

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 – Nadia La Rocca

INDICE-SOMMARIO

EDITORIALE

Metodo e giustizia. Sulla legge n. 125 del 24.7.2008 e altro di <i>S.C. Sagnotti</i>	pag. IV
---	---------

IL PUNTO SU ...

Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero di <i>G. Di Federico</i>	pag. 1
---	--------

TAVOLA ROTONDA

La disciplina in tema di trattazione prioritaria dei processi di <i>C. Santoriello</i>	pag. 14
Emergenza ed efficienza in tema di prevenzione <i>et similia</i> nel recente “pacchetto sicurezza” di <i>S. Furfaro</i>	pag. 21
La disciplina in tema di trattazione dei processi di <i>D. Cenci</i>	pag. 30
Le intercettazioni <i>contra alios</i> di <i>A. Cisterna</i>	pag. 37
Contributo minimo in replica all'intervento di Alberto Cisterna a proposito del contenuto etero-accusatorio di intercettazioni di conversazioni svolte tra altri di <i>D. Cenci</i>	pag. 40

DECISIONI IN PRIMO PIANO

L'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate: un'espressione del diritto di difesa di <i>N.E. La Rocca</i>	pag. 44
Presunzione di redditi mafiosi occulti e revoca del gratuito patrocinio di <i>A. Gaito</i>	pag. 48
Il registratore nel taschino: il Tribunale di Lecce investe la Corte Costituzionale di <i>V. Epifani</i>	pag. 50

STUDI

Le misure alternative alla detenzione tra strategie difensive e legislazione dell'emergenza. Profilassi agli abusi di <i>F. Giunchedi</i>	pag. 53
Brevi riflessioni in ordine all'istituto della messa alla prova dell'imputato minorenni di <i>G. Sambuco</i>	pag. 61

DOCUMENTI

Sulla possibilità censoria del Presidente di sezione su provvedimenti giurisdizionali dei giudici collegiali	pag. 71
--	---------

Metodo e giustizia.**Sulla legge n. 125 del 24.7.2008 e altro**

Leggendo i contributi dei colleghi Cenci, Fùrfaro e Santoriello, emergono con chiarezza le oscurità della legge n. 125 del 24.7.2008. Quella legge che, nelle intenzioni, doveva, invece, aprire spiragli di luce.

Alcuni degli articoli di tale testo normativo sembrano, almeno dal punto di vista logico, contenere disposizioni antinomiche, laddove non si rivelino lacunose. Su questo diremo appresso. Ma quello che mi ha colpito, sopra ogni cosa, è la difficoltà incontrata da alcuni dei colleghi ad individuare le diverse tipologie normative. Difficoltà più che giustificata di fronte a un legislatore che non sempre rispetta quei canoni che, come scriveva Norberto Bobbio, un “*bon législateur*” dovrebbe sempre rispettare (BOBBIO, *Le Bon Législateur*, in *Le raisonnement juridique*, Actes du Congrès Mondial de Philosophie, Bruxelles, Établissements Émile Bruilant, 1971).

E allora ecco sorgere delle domande: Cosa intendeva fare il legislatore? “Suggerire” una nuova disciplina? “Cercare” di imporne una nuova? “Imporla” direttamente?

Questi interrogativi, giustamente dotati di una qualche sfumatura critica, se non polemica o provocatoria, sono presenti, nei saggi di Santoriello e Cenci (che, in parte dibatte, se pur a distanza, con lo stesso Santoriello) con specifico riferimento agli artt. 2 *bis* e 2 *ter* della su detta legge.

Svolta questa premessa, mi accingo, comunque, a tentare di dare delle risposte ai quesiti sopra esposti. E, a questo proposito, anticipo che, nel tentativo di dare un qualche significato alle parole del normatore, opererò secondo un criterio ermeneutico, ormai noto, detto “principio di carità”. Questo principio assume che tra due interpretazioni, una priva di senso e l'altra no sia da preferire la seconda. Così, proverò a dare un senso compiuto alle parole del legislatore. Vedremo poi nelle, pur sintetiche, conclusioni se questo significato ci soddisfi o meno.

Si tratta, anzitutto, di stabilire quali tipi di norme siano quelle contenute negli articoli sopra ricordati. Come è noto, le norme hanno tutte carattere costitutivo (riguardo al concetto di “norma costitutiva”, v., in particolare, CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 1996, 177 ss.). Ossia ognuna di esse è, fattivamente, pragmaticamente, produttiva di una nuova realtà all'interno del mondo giuridico. Questa realtà frutto dell'idea e della volontà del legislatore può avere però, in prima battuta, almeno due diversi effetti. Un effetto detto primario o prescrittivo e un effetto detto secondario o di organizzazione (circa la contrapposizione tra norme primarie e secondarie, v., H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, 1961, ed. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965. È interessante notare come l'idea

che un ordinamento giuridico si componga non solo di norme prescrittive, ma anche di norme secondarie o di organizzazione provenga tanto da studi filosofico-giuridici (Bobbio, Carcaterra ...) quanto da studi di giuristi positivi. Tra questi ultimi, v., in partic., F. GRISPIGNI, *Diritto processuale italiano*, s.d. [1945], A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 18; ID., *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in CERQUETTI-FIORIO, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 91 s.). Il che equivale a dire che tutte le norme o (A) impongono obblighi o (B) organizzano in senso lato l'ordinamento giuridico.

Detto questo, tento già una prima risposta. Gli artt. 2 *bis* e 2 *ter* appartengono al secondo gruppo. Di fatti sono norme che tendono a organizzare (o meglio, dovrebbero...) il funzionamento degli uffici giudiziari.

Le norme di questo tipo (secondarie o di organizzazione) conoscono delle sotto-classificazioni, anch'esse ormai da tempo canonizzate e studiate dalla dottrina. In particolare ricordiamo la tripartizione classica delle norme di organizzazione in: norme di qualificazione, di conformazione e di validità (CARCATERRA, 142 ss.). Ricordiamo, più che brevemente, che le norme di qualificazione sono quelle che danno attributi giuridici, quelle di conformazione sono norme che riguardano enti dei quali predicano sia l'esistenza sia la struttura e quelle di validità stabiliscono la validità o l'invalidità di altre norme.

A quale sottotipologia appartengono le norme in oggetto? Mi sentirei di dire tanto alle norme di conformazione quanto a quelle di validità. *Nulla quaestio* sulle prime. È, infatti, evidente che tali disposizioni mirano a strutturare degli uffici, quelli giudiziari nella fattispecie, mediante la regolazione dell'ordine dei processi. Meno evidente era che queste norme sono anche di validità. A ben guardare l'essere sprovviste di sanzioni esplicite (fatta eccezione per una mera sanzione disciplinare) fa comprendere quali conseguenze siano ipotizzabili a seguito della loro inosservanza. L'invalidità degli atti prodotti. Riconosco a Cenci il merito di averlo intuito e ipotizzato.

L'interpretazione testé esposta si fonda sia su un'analisi linguistica del testo normativo sia su un'analisi logica del medesimo. Il legislatore non usa mai l'espressione "si deve" o "è obbligatorio" o "è tenuto" (formula più frequente di "*deon*" nel nostro ordinamento giuridico). Utilizza, invece, espressioni quali "[...] è assicurata la prorità" o "i dirigenti [...] possono individuare i criteri". La seconda espressione dà vita a una facoltà. Una facoltà esplicita (una c.d. facoltà "forte") e perciò da intendersi come espressione di una norma di validità. La prima ha un carattere che potremmo dire iperperformativo. La sua costitutività è di secondo grado. Tutte le norme costituiscono un *quid*. Ad esempio, come nel caso precedente una facoltà. Questa norma costituisce se stessa. Ossia dicendo "è assicurata", "assicura" direttamente. Anche questa altro non è che una norma di validità. Sono perciò da considerare nulli tutti gli atti in loro violazione. Quali?

Quelli che negano la suddetta facoltà, per esempio. O quelli che non assicurino la priorità.

Ma, si badi bene, i due tipi di norme, pur essendo entrambi di validità, differiscono in ordine ai propri effetti e al proprio oggetto. Di fatti gli effetti della prima sono rivolti al passato, cancellando tutte le precedenti norme incompatibili con la neo-istituita facoltà. Diversamente, gli effetti della seconda sono rivolti al futuro, “statuendo” che dall’entrata in vigore della norma saranno validi tutti e solo quegli atti che realizzino il fine previsto dalla norma. Come si vede, anche l’oggetto dell’invalidità è diverso. Nel primo caso si fa riferimento a fonti di diritto anche di pari grado a quella in oggetto. Non altrettanto nel secondo caso.

Fin qui il discorso, sul piano linguistico-pragmatico e logico funziona. Così tali norme *non* “suggeriscono”, *né* “tentano” di imporre obblighi. Esse costituiscono, ora e qui, validando o invalidando altre norme o atti giuridici.

Ma, come ho anticipato, non basta comprendere un testo, riempirlo di senso, dargli un’interpretazione, seppure “caritatevole”. Un autentico giurista deve fare ben di più. Chiedersi se questo testo risponda alle esigenze per le quali è stato pensato e redatto. Alle “esigenze” e non alle “emergenze”. Proseguendo il gioco di assonanze di Furfaro (“emergenza ed efficienza”) e condividendo appieno quanto da lui sostenuto, desidero, prima di giungere alle conclusioni e, quindi, rispondere alla domanda appena formulata, soffermare anch’io l’attenzione sulle disposizioni in materia di confisca e, latamente, riguardanti qualunque procedimento o provvedimento cautelativo o cautelare. Giuste tutte le aporie evidenziate dai colleghi in merito. Domanda: come è potuto accadere? Cosa è sfuggito al legislatore? Triste a dirsi, la risposta è semplice. Non si hanno le idee chiare in ordine alla distinzione *logica* tra un giudizio *ex post* e un giudizio prognostico. Le regole logiche che sovrintendono ai due tipi di giudizio sono differenti. Nel primo caso, quello in cui un giudice decide, esaminati i fatti, sentite le testimonianze, ecc., il giudizio si concretizza in un ragionamento “abduittivo” che “dall’effetto [le prove o indizi] giunge alla causa [la colpevolezza o l’innocenza]”; nel secondo caso, quello in cui un giudice si pronuncia in merito a situazioni future e/o eventuali (tipici i provvedimenti cautelari), il giudizio, seppur anch’esso induttivo, ha la struttura di un “sillogismo statistico” che “procede dalla causa all’effetto” (v. G. ROSSI, *Logica ed epistemologia della prova penale*, in SAGNOTTI, *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Perugia, 2005, 170). Attenzione: «la prognosi non è falsificabile» (G. ROSSI, 171 s.). Cosa vuol dire questo, in soldoni? Vuol dire che, comunque andranno le cose, il giudizio resterà valido o invalido, ovviamente. La condotta futura del soggetto sottoposto a un giudizio prognostico non influenzerà mai la bontà o la cattiveria del giudizio stesso. Questo dovrebbe permetterci di comprendere perché questo giudizio è particolarmente delicato. E che le conseguenze di un tale giudizio, se errato, avranno delle ripercussioni sul suo destinatario che l’altro giudizio, quello *ex post*, non potrà mai avere. E

questo spiega, a mio modesto parere, il senso di preoccupazione che traspare dalle parole di Fùrfaro in merito all'estensione di alcuni di questi provvedimenti anche agli eredi. Magari a degli eredi "incolpevoli" in spregio (*ad abundantiam*) al principio secondo cui la responsabilità penale "dovrebbe" essere personale. E l'aver confuso i due diversi giudizi, *ex post* e prognostico, spiega anche come sia stato possibile dotare queste misure di un carattere "repressivo". La misura cautelare perde il proprio senso e scopo e si trasforma, a pieno titolo, in una sanzione qualunque, per di più, secondo un evidente orientamento della sanzione come repressione.

Svolta questa breve analisi logica, è l'ora di tentare di rispondere alla domanda cruciale. *Risponde questa legge all'esigenza di efficienza?*

Se è pur vero che tutte le norme hanno una natura costitutiva, è altrettanto vero che il legislatore non è un "mago". Quando stabilisce che «la maggior età è fissata al compimento del diciottesimo anno», effettivamente riesce nell'intento. È questa una classica norma costitutiva, che non chiede di essere rispettata e non può essere violata. Le cose stanno esattamente così solo perché il legislatore ha disposto a questo modo. Ma, non tutte le ciambelle riescono col buco. E ci sono cose che il legislatore non può disporre. Non basta dire "è assicurata la priorità" perché questa si assicuri da sola e in automatico. Qui serviva qualcosina in più. Se, infatti, tanto per iniziare, andiamo a leggere con attenzione il resto, facilmente ci accorgiamo che questa "assicurazione" dipende dall'esercizio di una facoltà. E questo, prego di concedermelo, non è esattamente il modo migliore per assicurare alcunché. Andando avanti, mi chiedo: che senso ha prevedere, con un elenco dettagliato, fattispecie di reati e quant'altro, quando poi si aggiunge l'ipotesi dei reati per i quali è prevista la reclusione non inferiore ai 4 anni? Tanto valeva dire: escludiamo tutti quelli la cui pena prevista sia inferiore ai 4 anni. Ma a parte tutto, aggiungendo all'elenco delle "priorità" tutti quei reati per i quali è prevista una pena superiore ai quattro anni, ecco vanificato lo scopo della norma. Di fatti, anche così il numero dei procedimenti resta troppo elevato. L'esigenza non è soddisfatta, l'emergenza non è sanata e l'efficienza non è garantita.

A ciò si aggiunga che alcune di queste norme rischiano l'ineffettività per diverse ragioni. Prima: (come già segnalato) l'averla pensata in termini di facoltà. Seconda: non aver previsto la procedura attraverso la quale sia disposta l'invalidità. Terza: non aver esplicitato a quale forma di invalidità o nullità si vada incontro. Quest'ultima considerazione aprirebbe un'ulteriore riflessione o una nuova domanda. Siamo in presenza di casi di nullità o non anche di semplice inesistenza dell'atto? Quest'ipotesi, vista la seconda delle ragioni espresse (mancanza di una procedura atta a determinare l'invalidità dell'atto), non è del tutto peregrina a un'attenta indagine logico-giuridica. Ma preferiamo scartarla perché tutt'altro che "caritatevole". E sarebbe, inoltre, foriera di ulteriori sciagure.

Fùrfaro si domanda, neanche tanto implicitamente, se l'errore non sia quello di

ricorrere all'“emergenza”. Può darsi. Le legislazioni di emergenza hanno una triste storia. Ma non desidero soffermarmi su questo punto, altrimenti divagherei troppo. E già Furfaro ha toccato alcuni dei punti salienti della questione. Sta di fatto che la fretta è cattiva consigliera e non è neanche detto che, agendo velocemente, si risolva altrettanto velocemente alcunché. Un Vecchio, sempre attuale, scriveva: «Per non esser andati adagio nel dividere ne siamo venuti a capo più tardi» (PLATONE, *Il Politico*, VII, ed. it. *Platone. Tutte le Opere*, a cura di G. Pugliese Carratelli, Firenze, 1983, 286). Era Platone, che aveva chiaro come per giungere alla soluzione di un problema è opportuno possedere un metodo, altrimenti i risultati tardano ad arrivare.

Concludo, affermando che quanto fin qui detto non è, e non vuol essere, un mero esercizio di tecnica legislativa o ermeneutica, ma ha a che fare con la giustizia. Con quella giustizia che, troppe volte, a causa della mancanza di una seria riflessione giuridica, finisce per trasformarsi in “in-giustizia”. E una prova ne è anche il lavoro di Alberto Cisterna riguardante la disciplina relativa alle intercettazioni. Che, come lo stesso evidenzia, è, ormai e non di rado, vissuta come “violazione” di diritti, che direi, “fondamentali”. Senza, peraltro, per questa via fornire, un valido strumento utile alla ricostruzione della verità. Il riferimento alla trasformazione di “luoghi comuni” in “massime d'esperienza”, in un gioco di «false-inferenze» (il gioco di parole è con i “quasi-sillogismi” di Ch. PERELMAN-L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, con prefazione di N. Bobbio, Torino, 1966 e 1989) la dice lunga sul limite oltre il quale ci si è spinti. “Il fine non giustifica i mezzi”. In questo caso, si potrebbe aggiungere, i mezzi, per quanto ingiustificati, non servono neanche a raggiungere il fine.

Simona C. Sagnotti

IL PUNTO SU ...

Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero

***(Relazione tenuta al Convegno su «Obbligatorietà dell'azione penale
nell'Italia del 2008: un tabù da superare» – Roma, 29/30.9.2008)***

di Giuseppe Di Federico

Professore emerito di Ordinamento giudiziario nell'Università di Bologna

1. *L'indipendenza e responsabilità del pubblico ministero italiano in prospettiva comparata.*

– I poteri del pubblico ministero italiano e l'assetto istituzionale nel quale opera hanno nel loro insieme caratteristiche uniche, senza eguali nel panorama dei paesi democratici. Caratteristiche tutte rivolte a potenziare le condizioni di indipendenza del pubblico ministero e a depotenziare quelle della sua responsabilità.

Si tratta nel suo complesso di un assetto operativo che genera non poche disfunzioni sia sul piano del rendimento del “servizio giustizia” sia sul piano della protezione di valori che sono di grande rilievo in democrazia, quali: l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la protezione dei diritti civili nell'ambito del processo penale, il controllo democratico delle politiche criminali.

Ricordo brevemente le principali caratteristiche strutturali e funzionali del nostro pubblico ministero che nell'insieme lo differenziano molto da quelli degli altri paesi a consolidata democrazia.

1) Pubblici ministeri e giudici appartengono allo stesso ordine. Al pari dei giudici godono delle stesse garanzie di piena indipendenza esterna. A differenza di quanto avviene, con varie modalità, in altri paesi a consolidata democrazia, nessuna istituzione esterna può dare istruzioni al pubblico ministero su come svolgere le sue attività e quali priorità seguire nell'uso dei mezzi di indagine e nell'esercizio dell'azione penale. Nessuna istituzione esterna può supervisionare lo svolgimento delle sue attività.

2) Tutte le decisioni relative allo *status* del pubblico ministero, dal reclutamento fino alla cessazione dal servizio, sono assunte in via esclusiva da un Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.) composto in stragrande maggioranza da rappresentanti eletti congiuntamente da giudici e pubblici ministeri. Nessuno dei Consigli superiori in cui sono rappresentati giudici e pubblici ministeri (Francia, Belgio, Romania) esercita poteri paragonabili a quello italiano nel decidere sullo *status* del pubblico ministero. Anche in quei paesi il ministro della giustizia svolge un rilevante ruolo nelle decisioni in materia di *status* dei pubblici ministeri, cioè valutazioni di professionalità, disciplina, trasferimenti, nomine a uffici direttivi (si veda a riguardo G. DI FEDERICO (a cura di), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, The Netherlands and Spain*, Bologna, 2005; il testo può essere stampato accedendo al sito www.irsig.cnr.it).

3) A differenza degli altri paesi democratici non esiste una struttura gerarchica unitaria di livello nazionale che possa coordinare le indagini su tutto il territorio. Anche in Portogallo ove esiste un Consiglio superiore del pubblico ministero l'organizzazione del pubblico ministero è unitaria e opera nell'ambito di una struttura gerarchica al cui vertice è collocato un Procuratore generale che viene nominato per sei anni (ed eventualmente revocato) dal Presidente della Repubblica su indicazione del Governo [si vedano gli artt. 133, lett. m), 219 e 220 della Costituzione

portoghese]. In Italia, salvo casi assolutamente eccezionali previsti dalla legge, ma non utilizzati, le collaborazioni tra gli uffici del pubblico ministero possono avvenire solo su base volontaria.

4) I pubblici ministeri italiani godono di un regime di ampia indipendenza anche all'interno degli uffici cui appartengono. Certo, a livello dei singoli uffici di procura vi è formalmente una struttura gerarchica. Di fatto però i poteri di direzione e supervisione dei capi degli uffici vengono severamente limitati da alcune leggi, e più ancora dagli orientamenti del sindacato della magistratura e dalle regole molto analitiche di ordine generale che da molti anni sono fissate dal C.S.M. per disciplinare il funzionamento interno degli uffici del pubblico ministero: regole per la distribuzione del lavoro, per le avocazioni, per le sostituzioni nei casi di impedimento e moltissimi altri aspetti ancora. Non a caso si è sviluppato un marcato processo di personalizzazione delle funzioni del pubblico ministero quasi che anche per lui valesse il principio del giudice naturale precostituito per legge. Di fatto, cosa che ricorrentemente avviene, ciascun sostituto procuratore può richiedere in vario modo l'intervento del C.S.M. per ogni decisione del suo capo ufficio che sia in contrasto con i piani organizzativi prefissati o con la sua indipendenza nel gestire i casi che gli sono assegnati (l'abolizione del 3° comma dell'art. 7-ter dell'Ordinamento giudiziario non ha fatto cessare l'orientamento del C.S.M. a regolare la materia).

Nel processo di valutazione della professionalità e rendimento dei sostituti i pareri dei capi ufficio hanno di fatto poco rilievo poiché quelle valutazioni sono sostanzialmente nelle mani di organi rappresentativi composti in maggioranza da magistrati eletti dai colleghi sia a livello distrettuale (i consigli giudiziari) che nazionale (il C.S.M.).

5) A differenza di quanto avviene negli altri paesi democratici che hanno un assetto della magistratura simile al nostro (Germania, Francia, Austria, Olanda e tanti altri ancora) da oltre 40 anni i nostri pubblici ministeri

non sono più soggetti a reali, sostantive valutazioni di professionalità, che sono invece cadenzate sulla base del mero decorrere della loro anzianità di servizio. Certo, per tutto questo periodo le leggi formalmente prevedevano seri vagli di professionalità e ricorrenti valutazioni nel corso dei 40/45 anni di permanenza in servizio. L'interpretazione di quelle leggi data dal C.S.M. è stata tuttavia tanto compiacente nei confronti delle aspettative dei propri elettori che di fatto tutti i pubblici ministeri, raggiungono il più alto livello della carriera (salvo i casi di gravi violazioni disciplinari o di sanzioni penali).

A differenza di quanto avviene in altri paesi dell'Europa continentale che hanno sistemi di reclutamento burocratico simili al nostro, e di come avveniva anche in Italia fino a metà degli anni '60, le valutazioni di professionalità non prevedono che i magistrati di volta in volta valutati positivamente vengano differenziati secondo una graduatoria di merito.

6) Particolari strumenti sono stati predisposti anche per tutelare l'indipendenza del pubblico ministero sotto il profilo del trattamento economico. Onde evitare che i pubblici ministeri debbano ricorrentemente instaurare trattative col potere esecutivo per la determinazione e adeguamento del loro trattamento economico, la legge prevede un vantaggioso meccanismo automatico di adeguamento triennale. È uno strumento che non ha uguali in altri paesi. Va aggiunto che i pubblici ministeri italiani hanno il trattamento economico più elevato del pubblico impiego ed anche il più elevato tra i magistrati dell'Europa continentale. Soprattutto perché, a differenza dei loro colleghi europei, che subiscono severi e selettivi vagli di professionalità e solo in pochi raggiungono i vertici della carriera, i nostri magistrati invece raggiungono tutti – come abbiamo già detto – il massimo livello della carriera, della retribuzione, della pensione e del trattamento di quiescenza.

7) A differenza di altri paesi democratici ove l'inaamovibilità è prevista solo per i giudici (Olanda, Inghilterra-Galles, Francia e così via) in Italia i pubblici ministeri, al pari dei

giudici, non possono essere trasferiti da un ufficio all'altro nel corso della loro lunga carriera, salvo che non siano loro stessi a farne richiesta.

8) Nel condurre le indagini, la polizia deve operare chiedendo istruzioni al pubblico ministero e seguendo in via esclusiva e vincolante le sue direttive (art. 347 c.p.p.). Nella fase investigativa, cioè, il ruolo del pubblico ministero si differenzia da quello di un funzionario di polizia solo perché non risponde ad alcuno delle decisioni investigative che assume in piena indipendenza. In nessun altro paese a consolidata democrazia l'autonomia investigativa della polizia è tanto limitata.

9) Il pubblico ministero può di sua propria sponte iniziare e condurre attività investigative di qualsiasi tipo su qualsiasi cittadino quando ritiene che sia stato commesso un crimine (art. 330 c.p.p.). A differenza del giudice che ha una ben circoscritta competenza territoriale, il pubblico ministero può invece promuovere e svolgere di sua iniziativa e nella pienezza dei suoi poteri indagini su qualsiasi persona e su qualsiasi ipotesi di reato, ovunque commesso e che lui stesso ipotizza. Ha cioè una competenza territoriale illimitata.

Buona parte delle caratteristiche del pubblico ministero sin qui considerate si collegano direttamente o comunque vengono giustificate con riferimento, più o meno diretto, alla norma costituzionale (art. 112) la quale impone ai pubblici ministeri di perseguire tutti i crimini che vengono commessi. Un obbligo che non può essere fattualmente realizzato in nessun paese e che anche da noi è di fatto caratterizzato da ampi margini di discrezionalità (come vedremo più innanzi). Tuttavia poiché si tratta di un obbligo che formalmente è vincolante, esso porta con sé due implicazioni di grande rilievo:

a) lo Stato ha l'obbligo di finanziare tutte le spese che i pubblici ministeri considerano necessarie per condurre le attività investigative. Ciò in quanto qualsiasi limite relativo ai mezzi di indagine da utilizzare e sui criteri di spesa costituirebbe un limite all'osservanza

del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale;

b) i pubblici ministeri non portano nessuna responsabilità per ogni e qualsiasi iniziativa investigativa e azione penale cui danno inizio, anche se mesi o anni dopo le loro iniziative risultano del tutto infondate e ingiustificate. In ogni caso essi possono pretendere, con immancabile successo, che il loro sospetto che un crimine fosse stato commesso imponeva comunque loro di agire. In altre parole l'obbligatorietà dell'azione penale trasforma *ipso jure* qualsiasi loro decisione discrezionale in materia di indagini e di azione penale in un "atto dovuto", escludendoli da ogni forma di responsabilità (come valutazioni negative sulla loro professionalità, responsabilità per spese di indagini inutili e costose, danni di ordine sociale e/o economico, e/o familiare, e/o politico, e/o di salute causati a cittadini innocenti, e così via).

In nessun altro paese democratico, quindi, l'indipendenza del pubblico ministero è tanto ampia e la sua responsabilità tanto limitata quanto in Italia. I parziali tentativi sinora fatti di modificare alcune delle caratteristiche del pubblico ministero italiano fin qui sommariamente descritte hanno sempre incontrato la ferma opposizione del sindacato della magistratura e delle sue rappresentanze che nel C.S.M. costituiscono la maggioranza. Una opposizione che sinora ha avuto successo per il rilevante potere contrattuale che da vari decenni la magistratura organizzata ha nei confronti della classe politica, un fenomeno sulle cui cause non posso qui intrattenermi (a riguardo, vedi G. DI FEDERICO-M. SAPIGNOLI, *Processo penale e diritti della difesa*, Roma, 2002, 24-47).

Qualsiasi innovazione volta ad introdurre forme di responsabilizzazione del pubblico ministero viene considerata una minaccia per l'efficiente difesa della legalità e per il corretto funzionamento dell'assetto democratico. Se quegli stessi criteri di assetto e funzionamento del pubblico ministero italiano dovessero essere utilizzati per valutare i livelli di protezione della legalità degli altri

paesi a consolidata democrazia, nessuno di loro supererebbe l'esame di legalità (non la Francia, non l'Inghilterra, non l'Olanda, non la Germania, non l'Austria, non il Belgio, non gli Stati Uniti e così via).

L'indicazione fornita delle condizioni di elevata indipendenza e limitatissima responsabilità in cui opera il nostro pubblico ministero non sembri eccessiva. Che anzi non rappresenta appieno quanto avviene in realtà. A scopo illustrativo faccio riferimento solo a tre casi emblematici descrivendoli sommariamente per la parte che qui interessa.

Primo esempio. Il procuratore capo di una piccola pretura del Sud (Palmi) di sua iniziativa decise di svolgere indagini sul rapporto tra criminalità organizzata e massoneria. Due anni dopo decise di estendere le indagini anche ad un partito politico ed ai suoi dirigenti. Le indagini si svolsero su tutto il territorio nazionale con appendici perfino all'estero. Il materiale raccolto assunse proporzioni enormi. Dietro pressioni dello stesso C.S.M. il Ministro della giustizia – per non essere accusato di intralciare le indagini – fu costretto ad affittare un grande capannone che contenesse tutto quel materiale e ad assumere tecnici informatici che ne rendessero agevoli e veloci le consultazioni di volta in volta necessarie. Il procuratore in questione fu celebrato per l'indipendenza con cui perseguiva i poteri forti, ed il C.S.M. anche e soprattutto per questo lo chiamò poi a dirigere una delle più grandi ed ambite procure della Repubblica (quella di Napoli). Le risultanze delle indagini da lui promosse pervennero finalmente, dopo ben 9 anni dal loro inizio, al vaglio del giudice di primo grado che su parere conforme del pubblico ministero non solo archiviò l'inchiesta, non solo affermò che da quella monumentale documentazione non risultava alcun reato, ma affermò anche che non era stato neppure possibile individuare le ragioni che potessero giustificare le indagini compiute. Nonostante gli ingentissimi, quanto ingiustificati, costi in termini di risorse umane e finanziarie effettuate nel corso dei 9 anni, nonostante risultasse da

un giudicato che le iniziative investigative compiute erano prive di giustificazione, nonostante 60 persone fossero state per molti anni soggette ad indagini ed esposte alla gogna giudiziaria, nessuna conseguenza negativa ne derivò al procuratore in questione, né sul piano della valutazione della sua professionalità, né per l'ingente ed accertato spreco di pubblico danaro. Né avrebbe potuto essere altrimenti in regime di obbligatorietà dell'azione penale e di autonoma iniziativa del pubblico ministero nel promuovere e condurre le indagini di sua sponte e senza limitazioni di spesa (per una presentazione di questo caso e degli sviluppi successivi, vedi il mio intervento nel Plenum del C.S.M. del 18.9.2003. Vedi anche D. DEL BINO, *Il caso massoneria, un decennio di politica, giustizia e democrazia*, Firenze, 2001, in particolare i capp. 2 e 3).

Secondo esempio. Come si sa il pubblico ministero è tenuto per legge a svolgere anche indagini a favore degli indagati (art. 358 c.p.p.). Nelle mie interviste ad un campione di mille avvocati penalisti, effettuata nel 2000, non solo mi è stato segnalato che ciò avviene molto raramente, ma anche che (lo dice il 13,3% di loro) vi sono procuratori che ignorano deliberatamente le prove a discarico (v. G. DI FEDERICO-M. SAPIGNOLI, 106-107, ed in particolare la tabella 4.7.). Ritenni che si trattasse di una informazione inattendibile fino a quando non ne trovai la prova in una sentenza disciplinare. Un pubblico ministero aveva ommesso di rivelare al giudice del riesame (cioè al c.d. tribunale della libertà) che un indagato in carcerazione preventiva era stato scagionato dall'aver partecipato ad un sequestro dalla testimonianza di uno degli autori confessi del sequestro stesso. Il tribunale del riesame all'oscuro di quella testimonianza aveva quindi confermato il provvedimento di custodia cautelare ed il cittadino innocente rimase quindi in carcerazione preventiva per altri 8 mesi prima di essere scarcerato sulla base di quella stessa testimonianza. Il caso fu portato all'attenzione del giudice disciplinare. I fatti come dian-

zi sommariamente riferiti sono confermati dalla sentenza che tuttavia assolse comunque il procuratore in questione (si vedano: la sentenza della sezione disciplinare del C.S.M. del 23.1.1998, n. 9/98, e Cass. civ., S.U., 4.5.1999, n. 282).

Dopo questi eventi le valutazioni espresse sulla professionalità di quel pubblico ministero sono state tutte altamente positive.

Terzo esempio. Due procuratori della procura della Repubblica di Roma erano convinti che una testimone avesse visto chi aveva sparato e aveva ucciso una studentessa dell'Università. In sede di interrogatorio la signora in questione era accompagnata da un suo cognato poliziotto. Rispondendo al pubblico ministero, negò in preda a forte emozione di aver visto alcunché. Il pubblico ministero uscì dal suo ufficio lasciando la teste in compagnia del parente-poliziotto e ordinò che i loro colloqui fossero registrati. Anche di fronte alle insistenze del cognato poliziotto la signora negò tra le lacrime di aver visto chi aveva sparato. Il pubblico ministero tornò quindi nell'ufficio dimenticando di far disattivare la telecamera. Il filmato quindi ritrasse una pesante sequela di intimidazioni rivolte dal pubblico ministero alla teste che sempre più disperata e piangente seguiva a negare di sapere alcunché. Il pubblico ministero le disse che sarebbe finita in prigione come complice del delitto se non avesse detto quanto aveva visto e la invitò a riflettere su quali sarebbero state le conseguenze per i suoi figli se fosse finita in prigione. Alcuni giorni dopo la teste "confessò". Il filmato venne accidentalmente alla luce e fu anche trasmesso dalla televisione pubblica. Persino il Primo ministro di allora, Romano Prodi, espresse il suo sgomento a riguardo. Valutazioni negative sull'episodio furono espresse nell'immediato anche in sede C.S.M. (la trascrizione degli interrogatori e le valutazioni negative espresse per l'accaduto da parte del presidente del Consiglio, di parlamentari e dello stesso C.S.M. possono essere lette in A. BERETTA ANGUSSOLA-A. FIGÀ TALAMANCA, *La prenderemo per omicida. Caso Marta Russo: il dramma di Gabriella Alletto*, Roma,

2001). I pubblici ministeri in questione tuttavia non subirono conseguenze né sul piano disciplinare, né sul piano della valutazione della loro professionalità.

Si potrebbero fornire altri esempi sui comportamenti, per così dire, "anomali" dei pubblici ministeri italiani a partire dal caso giudiziario di Enzo Tortora. Il numero degli episodi che si possono ricordare è però poco rilevante per ciò che qui più importa, e cioè che tali episodi siano potuti avvenire senza conseguenze per i pubblici ministeri che ne sono stati gli autori. Il fatto che quei comportamenti non siano stati sanzionati e che le successive valutazioni di professionalità dei loro autori siano rimaste altamente laudative vuol infatti dire che di fatto quei comportamenti rientrano tra le opzioni comportamentali consentite al pubblico ministero dal nostro ordinamento, sono cioè pienamente legittime.

2. *Le principali conseguenze disfunzionali derivanti dal principio di obbligatorietà dell'azione penale.* – Passo ora a segnalare alcune delle principali conseguenze disfunzionali di ordine sistemico che sono generate dalle principali caratteristiche di assetto del pubblico ministero che ho dianzi descritto.

a) *L'obbligatorietà dell'azione penale vanifica il principio costituzionale dell'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge.*

Dagli anni '60 e fino a 15 anni fa, quando parlavo o scrivevo del pubblico ministero e dell'obbligatorietà dell'azione penale ero sempre costretto a fornire documenti ed esempi per mostrare l'inapplicabilità di quel principio costituzionale. Ora finalmente ne posso farne a meno. Sull'inapplicabilità di quel principio si è pronunciata una commissione di riforma composta in prevalenza di magistrati appartenenti alle varie correnti (vedi «Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento giudiziario», *Doc. Giust.*, 1994, 5, 1094-1102).

Il C.S.M. ha dovuto in alcune specifiche occasioni riconoscere l'inapplicabilità del principio di obbligatorietà anche se ha assunto a riguardo posizioni ambivalenti. Ad esempio, da un canto ha approvato – seppur solo a

maggioranza – i criteri con cui il procuratore capo di Torino, Marcello Maddalena, ha di recente fissato analitici criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, (suggerendo ai suoi sostituti di “privilegiare la strada della richiesta di archiviazione – anche generosa – ogni qual volta essa appaia praticabile o anche possibile” e indicando anche quali casi “accantonare” temporaneamente), ciò al fine di regolare la discrezionalità dei singoli procuratori ed economizzare le risorse del suo ufficio (vedi il documento della Procura della Repubblica di Torino, prot. n. 58/2007, del 10.1.2007 dal titolo «Direttive in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza dell'applicazione della legge che ha concesso l'indulto», che fissa in modo analitico le priorità da seguire. Questa iniziativa del Procuratore Marcello Maddalena fu discussa, e approvata, a maggioranza, dal C.S.M. nella seduta pomeridiana del 15.5.2007. Va ricordato che nei primi anni '90 anche un altro procuratore (circondariale) di Torino, Wladimiro Zagrebelsky, aveva adottato priorità per l'esercizio dell'azione penale, anche se meno analitiche di quelle del procuratore Maddalena).

Dall'altro canto il C.S.M. si è limitato ad approvare i programmi di priorità che venivano sottoposti alla sua valutazione non ponendosi il problema delle difformità nell'esercizio dell'azione penale tra le varie procure della Repubblica, né il problema di quali dovrebbero essere le responsabilità del pubblico ministero nel caso disapplicasse le priorità prefissate (che altrimenti la loro applicazione diviene solamente volontaria). Illuminante a riguardo è, poi, una sentenza disciplinare del C.S.M. con cui è stato assolto un sostituto procuratore che, trasferendosi ad altro ufficio, aveva lasciato un elevato numero di casi inevaso. La Sezione disciplinare del C.S.M. lo ha assolto perché, come ci dice la sentenza: «in assenza di indicazioni di priorità provenienti dal Procuratore della Repubblica è inevitabile che tali criteri di priorità siano individuati dai singoli sostituti» (sentenza del 20.6.1997. Un pubblico ministero era stato incolpato di aver trascurato

un notevole numero di procedimenti che, dopo il suo trasferimento ad altro ufficio, erano stati ridistribuiti aggravando pesantemente il carico di lavoro dei suoi ex-colleghi. Nella sentenza, dopo aver ricordato che negli uffici di procura «... la domanda di giustizia è notevolmente superiore alla capacità ... di esaminare i relativi procedimenti ...» e che quindi «... non ci si può sottrarre al compito di elaborare criteri di priorità ...», il pubblico ministero viene assolto perché «in assenza di indicazioni di priorità provenienti dal Procuratore della Repubblica, è inevitabile che tali criteri di priorità siano individuati dai singoli sostituti». Avendo salvato l'incolpato la sentenza salva anche il principio di obbligatorietà. Aggiunge infatti subito dopo «ciò non suona offesa (sic!) alla obbligatorietà dell'azione penale» perché «... non deriva da considerazioni di opportunità ... ma trova causa nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organizzazione giudiziaria nel suo complesso e della procura della Repubblica in particolare». Come si sa *res iudicata facit de albo nigrum*).

In altre parole, poiché solo in pochissimi casi i capi delle procure fissano quei criteri in modo articolato (nel 2007 tre su 166: oltre al procuratore Maddalena solo quelli di Busto Arsizio e Palermo. Va aggiunto che fissare le priorità è per un procuratore molto oneroso perché di fatto il C.S.M. non approverebbe priorità su cui non converga l'assenso di tutti i sostituti dell'ufficio (e, se del caso, dei procuratori aggiunti). Per renderse-ne conto basti leggere il già citato verbale del C.S.M. del 15.5.2007, seduta pomeridiana) (non sono tenuti a farlo), il C.S.M. riconosce che di regola sia legittimo che ogni sostituto fissi le sue priorità. Peraltro, che i singoli sostituti procuratori in casi del tutto simili tra loro seguano spesso criteri e priorità diversi l'uno dall'altro nell'uso dei mezzi di indagine e nell'esercizio dell'azione penale è ampiamente confermato dalla stragrande maggioranza delle interviste che abbiamo fatto a 3000 avvocati penalisti tra il 1992 ed il 2000 (il 67,7% degli avvocati afferma che vi sono differenze “rilevanti” nella defi-

nizione delle priorità da parte dei singoli pubblici ministeri. Il 56,8% degli avvocati sostiene che tra pubblico ministero e pubblico ministero vi sono differenze «rilevanti» nella utilizzazione dei vari mezzi di indagine «per reati molto simili tra di loro». Cfr. G. DI FEDERICO-M. SAPIGNOLI, 17: vedi la sintesi delle risposte a p. 17, ove sono indicate anche le tabelle che danno conto delle risposte in modo analitico).

Ciò non può che generare per il cittadino gravi disuguaglianze di fronte alla legge penale. Disuguaglianze che possono essere sante solo con una regolamentazione dei mezzi di indagine e delle priorità nell'azione penale nell'ambito di una struttura unitaria del pubblico ministero simile a quella degli altri paesi democratici, responsabilizzando i pubblici ministeri perché le rispettino ed effettuando verifiche sulla loro osservanza sia a livello locale che nazionale. Paradossalmente, quindi, il principio di obbligatorietà dell'azione penale voluto dal costituente per tutelare l'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge costituisce il principale impedimento alla sua regolamentazione, mentre è solo con la sua regolamentazione a livello *anche* nazionale che quella eguaglianza si può di fatto promuovere, per quanto umanamente possibile. Ricordo che l'unico tentativo sinora fatto per stabilire forme cogenti di coordinamento a livello nazionale, seppur limitatamente ai reati di criminalità organizzata, sono stati sconfitti perché considerati dalla magistratura associata e dal C.S.M. contrari alla indipendenza operativa dei singoli pubblici ministeri. Mi riferisco alla prima versione del decreto per la creazione della Direzione nazionale antimafia, predisposto da Giovanni Falcone, che prevedeva anche forme di collegamento con Parlamento e Governo di cui ci occuperemo qui di seguito (si veda il testo originale del D.L. 20.11.1991, n. 367 proposto dal Ministro Martelli, e successivamente modificato, con cui si creava la Direzione nazionale antimafia. In quel testo, tra l'altro, si assegnavano al Procuratore nazionale antimafia poteri di tipo gerarchico su tutto il territorio nazionale in materia di in-

dagini sulla criminalità organizzata. Era un testo normativo predisposto da Giovanni Falcone ed al quale io stesso avevo collaborato. L'opposizione della magistratura organizzata e del C.S.M. fu durissima ed il testo del decreto fu cambiato escludendo poteri gerarchici del Procuratore nazionale antimafia e la sua stessa possibilità di condurre direttamente indagini in materia di criminalità organizzata. Per i contenuti della prima versione del D.L. sulla Direzione nazionale antimafia, che prevedeva anche forme di collegamento con Parlamento e Governo si veda anche quanto detto *infra* alle note 20 e 21).
b) L'obbligatorietà dell'azione penale sottrae al controllo democratico le scelte di politica criminale a livello nazionale ed internazionale.

L'impossibilità materiale di perseguire tutti i reati lascia di fatto alla discrezionalità di un corpo burocratico reclutato per concorso, e quindi senza legittimazione democratica, la definizione di quali reati perseguire prioritariamente e con efficacia. In altre parole definire di fatto gran parte delle politiche pubbliche nel settore criminale. Ciò non avviene in nessun paese a consolidata tradizione democratica. Vale a riguardo ricordare quanto lapidariamente affermato dalla Commissione presidenziale francese a cui, nel 1997, il Presidente Chirac aveva, tra l'altro, demandato il compito di esplorare la possibilità di sottrarre il pubblico ministero al controllo gerarchico del Ministro della giustizia e quella di adottare il principio di obbligatorietà. La Commissione liquidò la questione in poche parole ricordando che nessun paese era mai riuscito né sarebbe mai potuto riuscire a perseguire tutti i reati. Che quindi un pubblico ministero pienamente indipendente chiamato ad applicare quell'inapplicabile principio avrebbe comunque dovuto compiere scelte di priorità. Cioè scelte di politica criminale. Concludeva ricordando che in un paese democratico le politiche pubbliche in tutti i settori, e quindi anche nel settore criminale, devono essere definite da organi che ne rispondano politicamente (il Presidente francese istituì la "*Commission de réflexion sur la*

justice” il 21.1.1997 e la commissione presieduta dal Presidente della Corte di cassazione consegnò il suo rapporto conclusivo nel luglio 1997. Solo 6 dei 20 componenti della commissione erano magistrati ordinari e 4 non erano neppure giuristi (giornalisti specializzati e professori di materie non giuridiche). All’inizio della relazione si afferma che la commissione si impegna a svolgere i lavori prendendo le distanze dal “corporativismo giudiziario anche se ammantato dall’ideale dell’indipendenza della magistratura”).

Solo una volta il Governo italiano ha tentato di intervenire su questa materia, quando il Consiglio dei ministri, nella sua riunione del 25 ottobre 1991, approvò un decreto legislativo in cui si stabiliva che, limitatamente ai reati di criminalità organizzata, il Governo ed il Parlamento potessero dare istruzioni al Procuratore nazionale antimafia. Prevedeva anche che delle attività della Direzione nazionale antimafia si desse un rendiconto al Governo ed al Parlamento.

Il testo di quel provvedimento era stato proposto dal Ministro della giustizia Claudio Martelli, ma di fatto predisposto – anche con la mia collaborazione – da Giovanni Falcone, il quale riteneva che tali aspetti potessero essere regolati da legge ordinaria (secondo la previsione dall’art. 107 della Costituzione nella parte in cui recita: «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull’ordinamento giudiziario»). L’Associazione nazionale magistrati reagì duramente accusando il Governo di violare il principio costituzionale dell’indipendenza del pubblico ministero (le dichiarazioni dei principali esponenti dell’Associazione nazionale magistrati – come Giacomo Caliendo, Mario Cicala, Giovanni Palombarini, Raffaele Bertone e altri ancora – sono riportate dai giornali sotto titoli catastrofici. Ne ricordiamo solo alcuni: «Giudici di Governo: oramai è cosa fatta» (*l’Unità* del 27.10.1991); «Magistrati schiavi dell’esecutivo: celebreremo solo i processi che vorranno i politici» (*Il Tempo*, 28.10.1991); «Le toghe insorgono: è fuori legge» (*Gazzetta del Mezzogiorno*, 26.10.1991).

Come è capitato in numerose occasioni, precedenti e successive, anche in questo caso l’opposizione del potente sindacato della magistratura indusse il Governo a modificare subito il testo già approvato eliminando le parti riguardanti il rapporto tra pubblico ministero e altri organi dello Stato. Falcone divenne a dir poco impopolare tra i suoi colleghi, ed il C.S.M. gli fece pagare a caro prezzo la sua iniziativa, una iniziativa che – come ho scritto altrove – era stata la principale ragione che lo aveva spinto ad accettare la nomina a Direttore generale degli affari penali del Ministero della giustizia (per le vicende che portarono Giovanni Falcone ad assumere l’incarico di Direttore generale degli affari penali del Ministero della giustizia il 13.3.1991, e per le motivazioni della sua scelta di accettare quell’incarico, cfr. G. DI FEDERICO, *Io, Falcone e la sua esperienza romana*, *Il Messaggero*, 29.5.2002).

Aggiungo subito che l’obbligatorietà dell’azione penale sottrae al controllo democratico le scelte di politica criminale anche a livello europeo. Nelle periodiche riunioni con i suoi colleghi degli altri paesi europei il nostro Ministro non può assumersi alcun impegno in materia di priorità nel perseguire i crimini di interesse europeo e transnazionale: può solo dire che per il nostro Paese gli unici soggetti legittimati ad assumere decisioni in materia di iniziativa penale e di conduzione delle indagini sono i singoli uffici del pubblico ministero o anche i singoli sostituti procuratori che delle loro scelte non possono essere chiamati a rispondere ad alcuno, e tanto meno al Ministro della giustizia. Quando il nostro Ministro della giustizia assume impegni a livello internazionale non è poi di fatto in grado di dare ad essi esecuzione proprio a causa dell’obbligatorietà dell’azione penale (vedremo un esempio più innanzi).

c) L’obbligatorietà dell’azione penale è di pregiudizio ai diritti del cittadino nell’ambito processuale.

Un uso avventato o indebito dell’iniziativa penale può produrre, e spesso produce, devastanti conseguenze sullo *status* sociale, economico, familiare, politico e della stessa sa-

lute dell'indagato o imputato. Conseguenze cui non si rimedia con una sentenza di proscioglimento che giunge spesso a distanza di anni. In vari paesi democratici le regole relative all'esercizio dell'azione penale sono specificamente mirate anche ad evitare che pervengano in giudizio processi che non siano basati su solide basi probatorie e che i cittadini possano da ciò risultare gravemente danneggiati (ad esempio in Inghilterra e Galles o in Olanda). In un discorso tenuto ai Procuratori federali degli Stati Uniti nel 1941 l'allora U.S. Attorney General Robert Jackson, poi divenuto notissimo giudice della Corte Suprema, ricordava che se si lascia al pubblico ministero la possibilità di scegliere i casi da perseguire si lascia a lui anche la possibilità di scegliere le persone da perseguire e di dirigere quindi le indagini alla ricerca di prove per i possibili reati da lui/lei commessi. Affermava che – per il cittadino e la democrazia – questo è il maggiore pericolo insito nel ruolo del pubblico ministero (vedi R.H. JACKSON, *The Federal Prosecutor*, *Journal of the American Judicature Society*, vol. 24, giugno 1940, 19).

I poteri concessi al nostro pubblico ministero – tutti in vario modo collegati al principio di obbligatorietà – sono tali da rendere quel pericolo molto più grave ed incombente che in qualsiasi altro paese a consolidata democrazia. E, infatti, pienamente legittimo che, se lo vogliono, i nostri pubblici ministeri conducano, di loro iniziativa ed in assoluta indipendenza, indagini di qualsiasi tipo su ciascuno di noi, dirigendo le varie forze di polizia ed utilizzando tutti i mezzi di indagine disponibili, senza limitazioni di spesa, per accertare reati che loro stessi (più o meno fondatamente) ritengono essere stati commessi. Per queste decisioni non possono in alcun modo essere ritenuti responsabili, neanche quando producono devastanti effetti su cittadini ingiustamente indagati o imputati e sulle loro famiglie. Come già detto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale trasforma tutte le loro iniziative, per discrezionali che siano, in “atti dovuti”.

d) *L'obbligatorietà dell'azione penale è causa*

di lentezza ed inefficienza della giustizia penale.

In altri paesi democratici le regole che impegnano e responsabilizzano il pubblico ministero a non portare a giudizio cause per cui non esistono solidi elementi di prova servono anche ad evitare di sovraccaricare il lavoro dei giudici. Inoltre consentono loro di celebrare i processi in tempi più rapidi e di evitare che vadano in prescrizione processi per cui quelle prove sono inconfutabili. Secondo le lapidarie parole usate nei lavori preparatori della riforma del pubblico ministero inglese del 1985, un diverso orientamento è “al contempo ingiusto per chi viene accusato e un inutile spreco delle limitate risorse del sistema di giustizia penale”. Ed a riguardo è opportuno ricordare che in Italia abbiamo i processi penali più lunghi d'Europa, e che il numero delle prescrizioni è ormai di poco inferiore alle 200.000 l'anno.

In una sua raccomandazione agli Stati membri, il Comitato dei ministri della giustizia del Consiglio d'Europa ha affrontato il problema dell'efficienza della giustizia penale e dei ritardi che la caratterizzano. Senza mezzi termini ha raccomandato a riguardo l'adozione di un sistema di discrezionalità dell'azione penale che sia regolata nell'ambito del processo democratico. Dopo aver aggiunto una serie di indicazioni su come regolamentare la discrezionalità del pubblico ministero, raccomanda agli Stati membri che hanno costituzionalizzato il principio di obbligatorietà di adottare misure che consentano di raggiungere gli stessi obiettivi deflativi che si raggiungono col principio di opportunità (raccomandazione del 17.9.1987, n. R 87, 18). Questa raccomandazione è rimasta priva di effetto nel nostro paese nonostante sia stata firmata dal nostro Ministro della giustizia.

È veramente sorprendente che in Italia le priorità siano state ripetutamente regolate dal Parlamento su iniziativa governativa non già con riferimento alle attività del pubblico ministero, come negli altri paesi democratici, ma bensì con riferimento allo svolgimento dei processi (ad esempio: l'art. 227, D.lgs. n. 51/1998, per iniziativa del Governo

Prodi, e l'art. 132 *bis* del c.p.p. del marzo 2001, per iniziativa del Governo D'Alema). Le norme sulle priorità nello svolgimento dei processi possono essere utili a rendere più probabile che quelli per i reati più gravi non vadano in prescrizione ma, a differenza di quelle che riguardano le attività del pubblico ministero, non sono atte a promuovere una maggiore efficienza dell'apparato giudiziario perché i costi processuali, in termini di risorse umane, finanziarie e di tempo, precedenti alla fase del giudizio, spesso molto elevati, sono comunque già stati "pagati" per tutti i processi pendenti (attività investigative, lavoro del pubblico ministero, lavoro del giudice dell'udienza preliminare, ecc.). Che ciò avvenga può sembrare illogico e senza una spiegazione, anche perché la regolamentazione delle priorità con riferimento alla celebrazione dei processi vanifica essa stessa, seppure in maniera meno visibile, il principio di obbligatorietà. La spiegazione invece c'è e va ricercata nel fatto che la fissazione delle priorità nella celebrazione dei processi non pregiudica i poteri del pubblico ministero ed è quindi accettabile da parte del potente sindacato delle toghe e delle sue rappresentanze nel C.S.M. In tal modo, infatti, l'iniziativa penale obbligatoria mantiene comunque nelle mani della magistratura un potere discrezionale di grande rilievo. Cioè la possibilità di svolgere indagini e di esercitare l'azione penale su ognuno di noi quando lo ritiene opportuno e pretendere che si sia sempre trattato di "atti dovuti". Ciò pone di fatto nelle mani del pubblico ministero un tremendo e temutissimo potere sanzionatorio autonomo e sostanzialmente illimitato. Infatti, come abbiamo già detto, il cittadino innocente sottoposto ad indagini e ad un'azione penale ingiustificate subisce spesso danni irreversibili non sanabili da una sentenza assolutoria, che spesso sopraggiunge dopo molti anni, mentre il pubblico ministero di ciò non porta responsabilità alcuna.

Che questo potere discrezionale venga esercitato in maniera ingiustificata da molti o pochi, con continuità o si manifesti con più evidenza solo in certi periodi, non altera il

rilievo ed il peso di questo potere nella percezione e nei comportamenti dei cittadini, della classe politica nazionale e locale, dei membri del Governo e del Parlamento. Ogni tanto viene comunque a tutti ricordato, come è avvenuto quest'anno con l'incriminazione del Ministro della giustizia Clemente Mastella e con la conseguente caduta del Governo Prodi, o come è accaduto l'anno scorso con l'assoluzione dopo oltre un decennio dell'ex ministro Antonio Gava.

3. Considerazioni in materia di indipendenza e responsabilità del pubblico ministero nei paesi democratici. – Quanto sin qui detto non deve essere inteso come se la fissazione di regole e delle priorità per l'uso dei mezzi di indagine e per l'esercizio dell'azione penale fosse cosa semplice e di facile manutenzione. L'esperienza di altri paesi ci mostra che non è così. Soprattutto negli ultimi decenni il ruolo del pubblico ministero è stato spesso oggetto di accesi dibattiti e/o di riforme anche e soprattutto nei paesi democratici a più consolidata tradizione democratica, come Inghilterra, Francia, Stati Uniti, Olanda e così via. In realtà, nell'affrontare o nel rivedere la posizione istituzionale del pubblico ministero, i paesi democratici devono cercare di bilanciare a livello operativo due valori confliggenti ma entrambi di grande rilievo. Da un lato la consapevolezza che il pubblico ministero partecipa alla formulazione e attuazione delle politiche criminali, impone l'adozione di meccanismi atti ad assicurare che il ruolo svolto in questo cruciale settore sia in qualche modo disciplinato e controllato nell'ambito del processo democratico. Dall'altro, l'esigenza di garantire che l'azione penale sia esercitata con rigore, uniformità e correttezza impone di evitare un collegamento troppo stretto col potere politico, che potrebbe essere usato dalle maggioranze del momento allo scopo di influenzare la condotta (attiva od omissiva) del pubblico ministero per obiettivi di parte; più in generale tale esigenza risponde anche all'obiettivo di assicurare l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale.

Se si considerano le modifiche introdotte

nell'assetto istituzionale del pubblico ministero in vari paesi ed il perdurante dibattito sul suo ruolo si può certamente dire che i tentativi sinora fatti per bilanciare i due valori dell'indipendenza e della responsabilità assumono le caratteristiche di un "equilibrio instabile" piuttosto che quelle di soluzioni definitive e pienamente soddisfacenti (una significativa illustrazione di questo fenomeno ci verrà anche da quanto ci dirà il prof. Zander sulle proposte di riforma che sono attualmente in discussione in Inghilterra). In particolare, in vari paesi democratici si può notare la ricorrente tendenza a modificare tale equilibrio con misure volte a rendere il pubblico ministero meno dipendente dalle maggioranze governative. Una tendenza che, tuttavia, mai viene spinta fino al punto di ignorare il "valore democratico della responsabilità" per le scelte di politica criminale e la necessità di regolamentare e responsabilizzare le attività del pubblico ministero nell'ambito di una struttura gerarchica di ambito nazionale. All'interno di questo quadro l'Italia si profila come un caso deviante. Priorità assoluta è qui data al valore dell'indipendenza. Nessun rilievo viene dato al valore democratico della responsabilità per le scelte che i pubblici ministeri sono comunque chiamati a prendere nel cruciale settore delle politiche penali. In buona sostanza il valore dell'indipendenza ha perso la connotazione strumentale che gli aveva voluto dare il nostro costituente, cioè strumento che in regime di effettiva obbligatorietà dell'azione penale avrebbe garantito l'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge penale, ed è di fatto diventato un valore di natura assoluta, non soggetto ad alcuna verifica.

Credo, quindi che sia necessaria una riflessione sull'uso del concetto stesso di indipendenza, perché se lo si usa indifferentemente sia con riferimento al giudice che al pubblico ministero si generano non poche confusioni e fraintendimenti, che seppur particolarmente evidenti nel caso italiano non sono assenti neppure nel dibattito sugli assetti giudiziari di altri paesi di *civil law*. Sotto il profilo funzionale il termine "indipendenza" ha, e non

può non avere, un significato diverso quando viene riferito allo *status* del giudice o a quello del pubblico ministero. Gli obiettivi, e quindi anche le garanzie, dell'indipendenza nei paesi democratici di regola sono cioè diversi a seconda che si tratti del giudice o del pubblico ministero. Discutere approfonditamente sul piano comparato di tali differenze, e delle disfunzioni che si verificano quando di quelle differenze non si tiene conto, travalica gli obiettivi di questa presentazione. Mi limito qui a ricordare che l'indipendenza del giudice è una condizione necessaria, anche se non sufficiente, per garantire alcune delle caratteristiche fondamentali del suo specifico ruolo, vale a dire quello di organo passivo che giudica in modo imparziale controversie da altri a lui sottoposte dopo aver ascoltato, su un piano di piena parità, le parti in conflitto. È quindi necessario creare le migliori condizioni perché egli venga sottratto ad influenze sia esterne che interne al giudiziario. In democrazia, la stessa legittimazione del suo ruolo dipende non solo dal suo essere ma anche dal suo apparire come indipendente ed imparziale.

Molto diverse le caratteristiche funzionali del ruolo del pubblico ministero. Lungi dall'essere passivo e *super partes* il suo ruolo è per sua natura essenzialmente attivo (spetta a lui l'iniziativa penale, ed in molti paesi, Italia inclusa, anche la direzione delle indagini di polizia). Non è quindi un organo imparziale, né la sua legittimazione dipende dall'apparire tale. Visibile la differenza tra i ruoli del giudice e del pubblico ministero sotto il profilo dell'indipendenza interna: per essere efficace l'attività del pubblico ministero richiede spesso un coordinamento delle sue iniziative con altri componenti del suo ufficio o con quello di altri uffici di procura, mentre per il giudice un tale coordinamento nel merito del suo agire e decidere rappresenterebbe una violazione della sua indipendenza. Rilevanti anche le differenze per quanto riguarda l'indipendenza esterna. La natura intrinsecamente discrezionale dell'azione penale rende la definizione delle priorità da seguire nel suo esercizio parte integrante e ri-

levante delle scelte da effettuare per un'efficace repressione dei fenomeni criminali. Proprio per il loro grande rilievo politico, tali scelte vengono di regola in vario modo fissate in via generale nell'ambito del processo democratico, e sono vincolanti per i pubblici ministeri. Sotto questo profilo l'indipendenza esterna del pubblico ministero consiste non tanto, come è invece per il giudice, nel non ricevere direttive di ordine generale dall'esterno, ma piuttosto nel non ricevere con modalità prive di trasparenza disposizioni di natura particolare rispetto a casi specifici.

4. *Note conclusive.* – Prima di chiudere un breve accenno al tema della divisione delle carriere dei giudici e pubblici ministeri che per molti sembra essere il principale problema da risolvere in sede di riforma del pubblico ministero. Sia ben chiaro anch'io sono decisamente favorevole a tale divisione. Ritengo, tuttavia, che l'efficacia di questa riforma rispetto agli obiettivi che si propone di conseguire non possa essere ottenuta senza la responsabilizzazione delle attività del pubblico ministero nell'ambito del processo democratico e di una struttura organizzativa unitaria e gerarchica. La divisione delle carriere viene, infatti, chiesta con l'obiettivo di rendere il giudice effettivamente terzo ed imparziale tra le parti del processo, cioè difensore e pubblico ministero. Un giudice terzo anche perché non più collega del pubblico ministero, cioè di una delle parti.

Attualmente i magistrati ordinari in carriera sono all'incirca 10.000. Con la sola divisione delle carriere questi giudici e pubblici ministeri già in servizio si considereranno, dall'oggi al domani meno colleghi a livello processuale? È quantomeno improbabile che ciò avvenga anche in una prospettiva di medio-lungo termine (quando saremo tutti morti), anche perché i giudici e i pubblici ministeri non solo seguirebbero a lavorare negli stessi palazzi con frequentazioni quotidiane come quelle di oggi, ma manterrebbero anche la stessa associazione professional-sindacale (né lo si può certo vietare), continuerebbero ad avere gli stessi interessi corporativi da difendere congiuntamente. In un tale

contesto potranno veramente cambiare in un prevedibile futuro i processi di socializzazione professionale, di interiorizzazione dei consolidati valori del loro associazionismo che ispirano e governano i loro comportamenti? Realisticamente parlando, a me sembra difficile da immaginare. Per riflettere sul rilievo istituzionale ed operativo che assumono da un canto la divisione delle carriere e dall'altro l'assetto del pubblico ministero in un sistema politico democratico, non è irrilevante notare che mentre esistono in Europa altri casi in cui giudici e pubblici ministeri appartengono alla stessa carriera ed hanno un comune Consiglio superiore (Francia, Belgio, Romania e Bulgaria), in nessuno di essi esiste un pubblico ministero che non sia inquadrato al contempo in una struttura gerarchica unitaria con al vertice un responsabile che risponda politicamente del suo operato.

Da ultimo voglio sottolineare che qui ho voluto porre in evidenza le caratteristiche di assetto ed operative del nostro pubblico ministero, le principali disfunzioni che genera e la sua profonda diversità dall'assetto del pubblico ministero negli altri paesi democratici. Non ho fatto proposte di riforma non solo perché in questa sede non mi competevano, ma anche perché sarebbe difficile disegnare un suo diverso assetto senza considerare anche le modificazioni che sarebbero necessarie in altre istituzioni (Ministro della giustizia, C.S.M., e altre ancora).

Chiudo ricordando che, a mia conoscenza, la prima proposta per l'abolizione del principio di obbligatorietà dell'azione penale la si trova nel progetto di riforma presentato da Forza Italia alla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, nel 1997. È stata di recente riproposta dall'On. Rita Bernardini in una mozione parlamentare seguendo un'idea che l'On. Marco Pannella coltiva da molti anni. Nell'ultima campagna elettorale l'On. Walter Veltroni, *leader* del principale partito di opposizione ha proposto di regolarla con il concorso del Parlamento (W. VELTRONI, *L'azione penale deve essere uniforme in tutte le procure*, *Il Riformista*,

19.3.2008). Si tratta di una proposta formulata in termini generali che dovrebbe comunque essere ulteriormente processata. Rappresenta tuttavia una novità di rilievo perché proviene da un'area politica da sempre contraria alle modificazioni dell'assetto e del ruolo del pubblico ministero.

Uno dei più noti promotori di riforme volte a migliorare la qualità ed efficienza del sistema giudiziario statunitense, A.T. VANDER-

BILT, sosteneva che *«judicial reform is not for short-winded people»*, cioè «le persone che hanno il fiato corto non sono adatte a promuovere riforme nel settore giudiziario». Ciò è particolarmente vero nel nostro Paese. Nel settore delle riforme giudiziarie io di fiato ne ho investito per oltre 40 anni. Vi è da sperare che la iniziativa riformatrice degli organizzatori di questo convegno non rimanga, anch'essa, a lungo improduttiva.

TAVOLA ROTONDA

Nelle pagine che seguono **Ciro Santoriello**, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pinerolo, **Daniele Cenci**, giudice presso il Tribunale di Perugia, **Sandro Furfaro**, avvocato e professore incaricato di Diritto dell'esecuzione penale nell'Università di Roma UNISU e **Alberto Cisterna**, sostituto procuratore presso la Direzione nazionale antimafia, si confrontano in una tavola rotonda virtuale sulle variegate tematiche emergenti dagli interventi legislativi emergenziali dell'estate.

La disciplina in tema di trattazione prioritaria dei processi di **Ciro Santoriello**

1. *Premessa.* – Fra le novità di carattere processuale introdotte con il decreto legge n. 92 del 2008 un ruolo ed una funzione affatto particolare rivestono le previsioni di cui agli artt. 2-bis e 2-ter del recente intervento normativo.

Tali disposizioni, infatti, non intervengono e non ridisegnano la disciplina di alcuni istituti del processo penale – come ad esempio accade con le modifiche in tema di presupposti del rito immediato o in tema di giudizio direttissimo –, bensì rappresentano lo strumento normativo con cui il legislatore suggerisce – o forse sarebbe meglio dire cerca di imporre – ai diversi organi giurisdizionali dislocati sul territorio nazionale le modalità con cui organizzare e pianificare il proprio lavoro quotidiano, così da garantire un più efficace e celere funzionamento della macchina giudiziaria; si tratta in sostanza, come è stato detto, del tentativo “di risolvere uno dei nodi più intricati del processo penale e cioè quello della compatibilità tra il volume dei procedimenti trattati attualmente nelle aule di giustizia ed i principi costituzionali della ragionevole durata e dell’obbligatorietà dell’azione penale” (BRICCHETTI-PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *GDir*, 2008, 32, 102).

2. *I precedenti in tema di definizione dei criteri per la trattazione prioritaria dei processi.* – “*Vaste program*”: le famose parole del Generale De Gaulle sono anche adatte per commentare l’ambizioso disegno del Parlamento italiano di regolamentare ed organizzare in maniera efficiente e con poche previsioni il lavoro dei diversi tribunali italiani.

L’ironia non pare fuori luogo: nonostante la contraria opinione del legislatore del 2008, ci sembra difficile negare che nella gestione dell’operatività di ogni ufficio giudiziario debbano prevalere – piuttosto che previsioni normative astratte e generiche, relative alla semplice gravità dell’illecito penale, definita per di più in relazione alla sola misura della pena prevista dalla fattispecie normativa – considerazioni attinenti il carico di lavoro del singolo tribunale, le disponibilità operative di cui lo stesso effettivamente dispone, la tipologia di reati che caratterizza il territorio su cui ogni tribunale opera, il differente allarme sociale ed interesse collettivo che i processi, pur se relativi ai medesimi illeciti, possono suscitare a seconda dei diversi uffici giudiziari in cui vengono trattati, le diverse capacità dei giudici di svolgere in maniera soddisfacente il proprio lavoro.

Tali critiche considerazioni, in verità, per lungo tempo sono state condivise anche dal

Parlamento italiano. Infatti, va ricordato come il tentativo del legislatore di fornire ai singoli giudici un criterio direttivo cui far riferimento per organizzare il proprio lavoro e per individuare una qualche priorità nella trattazione dei singoli procedimenti non rappresenta certo un'aspirazione recente, giacché già in precedenza vi erano stati interventi normativi in tal senso ma si era sempre trattato di riforme di portata modesta, che si limitavano a fornire indicazioni di scarso rilievo e dal contenuto facilmente condivisibile da parte della totalità degli operatori giudiziari.

In proposito va ricordato, ad esempio, l'art. 227 del d.lg. 19.2.1998, n. 58. In occasione della cosiddetta riforma del giudice unico, il legislatore, nell'esplicito intento di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti al momento dell'entrata a regime dell'importante novità processuale, richiese che si tenesse conto "nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento, della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa", stabilendo altresì che i singoli uffici giudiziari comunicassero tempestivamente al Consiglio superiore della magistratura i criteri di priorità ai quali si sarebbero attenuti per la trattazione dei procedimenti e per la fissazione delle udienze (su tale disposizione, cfr. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, Milano, 2000, 237; KOSTORIS, *Criteri di selezione e moduli deflativi nelle prospettive di riforma*, in AA.VV., *Il giudice unico nel processo penale*, Milano, 2001, 50; D'ELIA, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale*, in GiC, 1998, 1885).

Contenuto analogo può rinvenirsi nella antecedente versione dell'art. 132-bis disp. att. c.p.p. – introdotto dall'art. 1, 5° co., d.l.

24.11.2000, n. 341, conv. in l. 19.1.2001, n. 4 –, secondo il quale "nella formazione dei ruoli di udienza è assicurata priorità assoluta alla trattazione dei procedimenti quando ricorrono ragioni di urgenza con riferimento alla scadenza dei termini di custodia cautelare".

Come si vede, in entrambi i casi si era in presenza di disposizioni dal significato tanto generico da apparire quasi banale e che non apportavano alcuna sostanziale modifica al quadro normativo preesistente, giacché ad esempio anche per il tramite della corretta lettura delle disposizioni di cui ai commi 4° e 5° dell'art. 20 del decreto ministero 30.9.1989, n. 334 si sarebbe comunque potuto garantire adeguatamente la sollecita trattazione dei processi di maggior rilievo o di quelli in cui i termini della custodia cautelare erano prossimi alla scadenza. In conclusione, fino ad oggi il legislatore ha sempre avuto ben presente la difficoltà di fornire, con una serie di disposizioni dal contenuto necessariamente astratto ed avulse da ogni considerazione attinente il concreto funzionamento di ogni singolo ufficio giudiziario, compiuti e significativi criteri di priorità nella trattazione dei singoli procedimenti, per cui il Parlamento ha scelto fino ad ora di esercitare in questa materia i suoi poteri con interventi sostanzialmente di carattere simbolico, rimettendo poi alla discrezionalità dei vari dirigenti degli uffici giudiziari le modalità operative per l'attuazione di queste linee guida.

In conseguenza di tale impostazione del problema, nel corso degli anni – stante l'atteggiamento di *self restraint* del legislatore – erano proprio i singoli responsabili dei tribunali e delle procure a dare corso all'esigenza di una funzionale organizzazione dei tali uffici, emanando – in specie i titolari degli uffici inquirenti – una pluralità di circolari che cercavano in qualche modo di regolamentare la trattazione dei vari processi pendenti secondo i più diversi criteri in modo da adeguare le singole scelte alle concrete esigenze proprie e specifiche di ogni distretto giudiziario (si pensi, ad esempio,

alla Circolare del procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Torino 16.11.1990 – c.d. Circolare Zagrebelsky –, in *CP*, 1991, 362 ss., o alla direttiva in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza della applicazione della l. 31.7.2006, n. 241 che ha concesso indulto del capo della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 10.1.2007, nonché la nota in data 12.9.2006 del Ministro della giustizia riguardante la possibilità di differenziare, rispetto agli altri, la tempistica dei processi penali destinati ad esaurirsi senza la concreta infrazione di una pena ricorrendo al beneficio dell'indulto). Tuttavia, nemmeno tale modalità di gestione del carico di lavoro che affligge gli uffici giudiziari poteva andare esente da critiche: da un lato, infatti, si registrava la disomogeneità di contenuti fra le diverse direttive emanate dai dirigenti degli uffici (KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, relazione all'incontro di studi promosso dalla Camera Penale di Torino il 12 marzo 2007 su *“La circolare Maddalena ed il futuro dell'obbligatorietà dell'azione penale, § 2)* – che, peraltro, spesso si astenevano da qualsiasi intervento, non avvertendo l'esigenza di migliorare l'organizzazione del proprio lavoro – e dall'altro si contestava la possibilità che fossero gli stessi appartenenti al potere giurisdizionale a fissare criteri di priorità di qualsivoglia tipo, essendo tali criteri espressione di scelte di lavoro, di politica criminale da riservare in via esclusiva al Parlamento (D'ELIA, 1885).

3. *La nuova disciplina in tema di trattazione prioritaria dei procedimenti. La formazione dei ruoli di udienza e la trattazione dei processi secondo il nuovo art. 132-bis disp. att. c.p.p.* – Sulla scorta delle considerazioni critiche evidenziate alla fine del paragrafo precedente, il legislatore con la riforma del 2008 ha consapevolmente scelto di modificare radicalmente le modalità di approccio al problema rappresentato dalla definizione dei criteri per la trattazione prioritaria dei processi in sede dibattimentale, nell'intento di

rimettere in maniera pressoché esclusiva in capo alle Camere la definizione delle modalità organizzative e di concreto funzionamento dei diversi uffici giudiziari.

Espressione di tale nuova filosofia di intervento sono per l'appunto gli artt. 2-*bis* e 2-*ter* introdotti, in sede di conversione con la legge n. 125 del 2008, nel decreto legge n. 92 del 2008. Anche se il contenuto di tali disposizioni è decisamente mitigato rispetto alle originarie intenzioni paventate dall'Esecutivo ed accolte in prima lettura dal Senato – si era infatti proposto di disporre per legge la sospensione di un anno per tutti i processi in fase di udienza preliminare o di giudizio di primo grado relativi a fatti anteriori al 30 giugno 1992 –, è indiscutibile che le predette previsioni vogliano rappresentare una netta cesura rispetto alla precedente impostazione (GIORDANO, *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'insprimento non basta*, in *GDir*, 2008, 32, 79; FRIGO, *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, *ivi*, 2008, 33, 11), caratterizzandosi per il loro contenuto analitico e per la previsione di determinate modalità comportamentali che i dirigenti degli uffici ed i presidenti dei collegi giudicanti devono assumere nella trattazione di procedimenti che non presentano i requisiti indicati dal legislatore (nel senso, tuttavia, che tali previsioni non riescano comunque ad eliminare la discrezionalità dei capi degli uffici nell'organizzazione del lavoro e nella definizione delle modalità di trattazione dei procedimenti, FRIGO, 11).

Quanto al contenuto dei citati artt. 2-*bis* e 2-*ter*, la prima disposizione riscrive il contenuto dell'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., in tema di formazione dei ruoli di udienza e di trattazione dei processi ed il legislatore, per individuare quali processi debbano essere oggetto di particolare attenzione da parte dei dirigenti degli uffici giudicanti onde assicurarne una rapida definizione, ritiene si debbano utilizzare tre diversi criteri.

Il primo di tali criteri fa evidentemente riferimento alla tipologia di reato per cui si pro-

cede, richiamando indici di gravità da sempre tradizionalmente utilizzati dal legislatore (BRICCHETTI-PISTORELLI, 102). Il secondo criterio utilizzato dal legislatore invece fa riferimento alla sanzione edittale prevista per la fattispecie normativa per cui si procede: vengono ritenuti prioritari tutti i processi relativi a reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. Si tratta di una previsione assolutamente inopportuna ed in grado di rendere vano lo sforzo del legislatore: infatti, non solo tale criterio si sovrappone parzialmente a quello indicato in precedenza che fa riferimento alla tipologia di reati per cui si procede (BRICCHETTI-PISTORELLI, 102), ma è evidente che nella cornice edittale considerata dalla disposizione rientra un novero assolutamente considerevole di illeciti, così da potersi ritenere pressoché nulla la capacità selettiva della previsione in relazione al carico di lavoro dei diversi distretti territoriali (in proposito è infatti da aggiungere che, nelle aule di giustizia, il ricorso alla misura edittale della pena per definire una qualche priorità in ordine ai processi da trattare viene spesso effettuato laddove la sanzione prevista dalla norma supera di gran lunga i quattro anni di reclusione).

Infine, un terzo gruppo di processi a trattazione prioritaria è individuato mediante considerazioni di carattere processuale, che in alcuni casi esprimono preoccupazioni e valutazioni condivisibili, mentre in altre paiono espressione di una impostazione decisamente criticabile. In particolare, può condividersi la scelta di ritenere necessaria una trattazione più celere per i processi nei confronti di imputati detenuti, quale che sia il titolo della custodia, quindi anche se sono detenuti in relazione ad altri procedimenti. La *ratio* della previsione può sembrare non facilmente rinvenibile: infatti, in questo caso la definizione del procedimento cui riconoscere trattazione prioritaria non inciderebbe comunque sullo *status detentionis* dell'imputato e quindi l'indicazione normativa pare senza ragione; tuttavia va considerato come la trattazione di processi con detenuti rappre-

senta comunque un aggravio di costi e di lavoro per qualsiasi ufficio giudiziario, per cui può essere opportuno suggerirne una definizione il più possibile veloce ed immediata.

Assolutamente da accogliere poi è l'indicazione di priorità riferita ai processi in cui sia stata applicata una misura cautelare o precautelare – valutazione di urgenza persistente anche nel caso in cui il provvedimento cautelare sia stato revocato nel corso del procedimento. La ragione di questa previsione è appena ovvia con riferimento ai soggetti che sono tuttora sottoposti a misura coercitiva (contesta tuttavia la scelta del legislatore in quanto riferita a qualsiasi misura coercitiva, anche in assenza di significativa lesione della libertà personale dell'accusato – come allorquando venga imposto l'obbligo di firma, FRIGO, 13), mentre per i procedimenti nel cui ambito la misura è stata revocata l'indicazione del legislatore può spiegarsi con la apprezzabile volontà di definire con immediatezza la posizione di chi comunque è stato privato della propria libertà personale, anche per consentire – in presenza dei dovuti presupposti – l'esperimento della procedura per la riparazione dell'ingiusta detenzione (FRIGO, 13).

Decisamente più opinabili sono invece le ulteriori indicazioni rese dal legislatore con riferimento ad altre circostanze di carattere processuale. La valutazione di urgenza riferita ai processi nei quali sia stata contestata la recidiva, ai sensi dell'articolo 99, 4° co., c.p., è francamente incomprensibile, a meno di voler ipotizzare che il mero fatto della recidiva – sia pur gravemente qualificata – dell'imputato rende la posizione processuale di questi particolarmente delicata sì da meritare una immediata e severa risposta da parte dell'Amministrazione della giustizia. Si tratta tuttavia di una impostazione decisamente non condivisibile, perché ispirata ad una logica di “involutione soggettivistica e sostanzialistica del diritto penale ... che incentra sulla rilevanza e sulla figura dei rei, anziché dei reati, gran parte della nuova politica criminale” (FERRAJOLI, *Diritto e ragione*.

Teoria del garantismo penale, Roma-Bari, 2000, 513): fino ad ora tale impostazione rilevava solo con riferimento alla definizione del trattamento sanzionatorio, che adesso la recidivanza influenzi anche la condotta processuale del giudice – che viene indotto surrettiziamente a definire con inusitata celerità il giudizio – non ci sembra innovazione apprezzabile.

Considerazioni analoghe vanno formulate con riferimento alla previsione di una trattazione prioritaria per i processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato. Infatti, la necessità di garantire una spedita definizione di tali processi non necessitava certo di una apposita previsione normativa, giacché è evidentemente connaturata alla natura di tali riti la possibilità di una loro rapida conclusione, in ragione soprattutto del fatto che i presupposti per la legittima instaurazione degli stessi sono rappresentati dalla sussistenza di un chiaro quadro probatorio a carico dell'accusato sì da non richiedere accertamenti dibattimentali particolarmente complessi e di lunga durata. Quelle sopra esposte non sono le uniche osservazioni critiche che possono formularsi nei confronti del nuovo art. 132-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di rito, giacché "l'iniziativa legislativa, pur meritoria nelle intenzioni suscita non poche perplessità, atteso che la disciplina varata non sembra adeguatamente meditata in proporzione all'ambizioso obiettivo che si prefigge" (BRICCHETTI-PISTORELLI, 102).

In particolare, francamente perplessi lascia la valutazione circa le modalità con cui l'indicazione dei criteri di priorità potrà trovare attuazione. Innanzitutto, la circostanza che la norma affidi ai dirigenti degli uffici l'adozione dei necessari provvedimenti per il rispetto dell'elencazione di cui all'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. sembra quasi consentire agli stessi un intervento diretto sulla formazione del ruolo dei singoli collegi giudicanti e ciò – nonostante l'ironia di alcuni (in particolare, FRIGO, 13) – rappresenta comunque un rischio per un sereno esercizio della funzione giudicante, nel cui ambito, a differenza di

quanto accade con riferimento all'ufficio inquirente, non opera alcun principio di gerarchia.

In secondo luogo, ci pare più che lecito interrogarsi sull'effettiva applicazione della nuova disposizione, visto che è lo stesso legislatore ad aver omesso di indicare quali possono essere le conseguenze dell'inosservanza dei criteri di priorità (come evidenziato da BRICCHETTI-PISTORELLI, 103 e FRIGO, 13). Tale silenzio ci sembra escluda che il mancato rispetto dei predetti criteri possa determinare una qualsivoglia conseguenza di carattere processuale nell'ambito del giudizio che viene ad essere immediatamente trattato pur senza presentare i parametri ed in caratteri di urgenza previsti dall'art. 132-*bis* citato, la cui violazione quindi potrà al più dar luogo ad un'eventuale responsabilità disciplinare del singolo magistrato.

Infine, come non definire paradossale la circostanza che la norma – facendo riferimento ai soli "dirigenti degli uffici giudicanti" quali soggetti incaricati dell'adozione dei provvedimenti organizzativi – sembra escludere dal proprio campo di applicazione gli uffici di Procura? (per questa interpretazione, che comunque ci pare indiscutibile, GIORDANO, 80): in tal modo, la previsione legislativa infatti sembra privarsi da sé stessa di qualsiasi forza cogente, giacché la possibilità di applicare i criteri di priorità potrebbe essere elusa dalla circostanza che il Procuratore scelga di perseguire e quindi esercitare l'azione penale in relazione a fattispecie criminose non rientranti in alcuna dell'ipotesi di cui all'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. che diventerebbe così una norma *inutiliter data*.

4. *Le misure per assicurare la rapida definizione dei processi relativi a reati per i quali è prevista la trattazione prioritaria.* – L'intervento del legislatore della riforma per una definizione dei criteri di trattazione dei singoli procedimenti si compone poi, oltre alla previsione di modifica dell'art. 132-*bis* citato, anche dell'art. 2-*ter* introdotto in sede di conversione nel decreto legge n. 92 del 2008. Tale disposizione dovrebbe consentire l'effettiva applicazione ed osservanza dei cri-

teri di precedenza stabiliti nel medesimo decreto legge ed assicurare così la rapida definizione dei processi relativi a reati per i quali è prevista la trattazione prioritaria.

All'uopo, il legislatore nel predetto art. 2-ter ha in primo luogo previsto che i dirigenti degli uffici individuino i criteri e le modalità di rinvio della trattazione dei processi per reati in ordine ai quali ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'indulto, nel caso in cui la pena eventualmente da infliggere possa essere contenuta entro i tre anni di reclusione mentre la sanzione pecuniaria non superi gli . 10.000,00. Nell'individuazione dei criteri per operare tale rinvio i dirigenti degli uffici dovranno considerare comunque la gravità e la concreta offensività del reato, il pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché l'interesse della persona offesa alla trattazione immediata del processo.

Tale indicazione normativa delle ragioni e delle condizioni in presenza delle quali i dirigenti degli uffici possono disporre il rinvio di determinati procedimenti pone già una prima serie di problematiche. Costoro infatti saranno chiamati a formulare per ogni singolo procedimento non solo una prognosi sulla pena in concreto irrogabile all'esito del processo, ma dovranno valutare una serie di criteri calibrati sullo specifico oggetto trattato "che mal si conciliano con l'adozione di provvedimenti di respiro più generale come quelli descritti nel 1° comma dell'art. 2-ter" (BRICCHETTI-PISTORELLI, 104); di conseguenza deve ritenersi che il dirigente avrà di fronte a sé una drastica alternativa, nel senso che potrà tanto scegliere di rimettere al singolo giudice responsabile del procedimento la decisione sul rinvio o dovrà assumere quest'ultimo onere in prima persona, adottando una propria determinazione per ognuno dei procedimenti pendenti presso il proprio ufficio – compito, questo, da un lato assolutamente improbo e dall'altro idoneo ad introdurre "il seme di una progressiva gerarchizzazione degli uffici giudicanti, attribuendo ai dirigenti degli stessi un potere di interferenza diretta su decisioni di natura squisitamente proces-

suale che dovrebbero invece essere pacificamente di esclusivamente competenza del giudice, in virtù delle prerogative che allo stesso la Costituzione assegna" (ancora BRICCHETTI-PISTORELLI, 104).

In ogni caso, la nuova disciplina lascia comunque persistere una ampia discrezionalità in capo agli appartenenti al potere giudiziario circa l'ordine di trattazione dei vari procedimenti nonché circa la possibilità di un rinvio degli stessi: infatti, è evidente che i parametri indicati dall'art. 2-ter in commento quali criteri orientativi della scelta del giudice sono assolutamente astratti e generici, sì che anche sotto il vigore di tali nuove previsioni il rischio di una applicazione disomogenea e diseguale dei criteri di priorità della trattazione pare tutt'altro che venuto meno (FRIGO, 13).

I provvedimenti di rinvio dei vari processi vanno comunicati al Consiglio superiore della magistratura, il quale, unitamente al Ministro della giustizia, dovrà poi valutare gli effetti dei provvedimenti adottati dai dirigenti degli uffici sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, nonché sulla trattazione prioritaria e sulla durata dei processi.

5. *Conclusioni.* – Come risulta evidente dalle riflessioni condotte nelle pagine precedenti, la nostra valutazione del recente intervento normativo non può dirsi certo favorevole.

Indubbiamente, il problema cui il legislatore del 2008 ha inteso predisporre una soluzione – ovvero la compatibilità tra il volume dei procedimenti trattati attualmente nelle aule di giustizia ed i principi costituzionali della ragionevole durata del processo e dell'obbligatorietà dell'azione penale – rappresenta un'esigenza reale ed ormai inveterata nelle aule di giustizia, ma ciò nonostante non ci sembra possa apprezzarsi la risposta fornita dal Parlamento.

In primo luogo, le previsioni di cui agli artt. 132-bis disp. att. c.p.p. e 2-ter d.l. n. 92 del 2008 sono norme prive di ogni sanzione a presidio della loro eventuale disapplicazione e già questo rende le stesse fortemente inidonee ad incidere sul funzionamento degli

uffici giudiziari. Tale limite, peraltro, è accentuato dalla circostanza, già sopra segnalata, che soprattutto l'art. 2-ter citato presenta un contenuto talmente generico ed elastico da rendere ancora ogni singolo giudice – o quanto meno ogni singolo dirigente dell'ufficio – arbitro nella determinazione dell'ordine di trattazione dei procedimenti (come evidenziato da FRIGO, 13).

D'altronde, il riconoscimento di una necessaria autonomia in capo a ciascun magistrato nell'organizzazione del proprio lavoro ci sembra conclusione obbligata: solo il singolo giudice che opera sul territorio locale e che conosce le urgenze e le necessità del proprio lavoro può con cognizione di causa stabilire un ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti a lui assegnati in maniera da realizzare il miglior equilibrio fra le diverse esigenze – tutela della collettività, laboriosità dell'ufficio, corretto accertamento dei fatti, rispetto dell'accusato, considerazione delle ragioni della persona offesa, preoccupazioni di difesa sociale, ecc. – che devono essere soddisfatte dall'esercizio della funzione giurisdizionale. Di conseguenza, delle due l'una: o il legislatore fissa una serie di criteri rigidi e predeterminati cui ciascun distretto di tribunale deve uniformare la propria organizzazione ed il proprio funzionamento, rinunciando però così alla necessaria considerazione delle concrete circostanze ed esigenze sottostanti la trattazione di ogni singolo procedimento, oppure si rassegna ad affidare ai magistrati la cura dell'efficienza dell'ufficio giudiziario, accettando però di riconoscere un valore meramente simbolico alle indicazioni normative in tema di criteri di priorità per il trattamento dei procedimenti penali. In realtà, uscire da questa alternativa draconiana si può ma a condizione di abbandonare l'idea secondo la quale la gestione del carico giudiziario possa attuarsi mediante direttive – del legislatore o dei capi degli uffici, poco cambia – che indicano quali processi portare a termine e quali invece consegnare all'oblio o al lento ma inesorabile maturare della prescrizione in spregio ai valori della “uguaglianza dei cittadini (incrinata da scelte

discrezionali), della legalità (del procedere come complemento necessario della legalità sostanziale) ed, infine, dell'indipendenza esterna del pubblico ministero (quale baluardo contro indebite pressioni nei confronti dell'organo dell'azione)” (KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata*, § 3).

In luogo di tale censurabile rimedio – fino ad opera prediletta da legislatore o autonomamente utilizzato dai presidenti dei Tribunali e dai Procuratori della Repubblica – occorre infatti procedere – oltre che ad una valorizzazione di soluzioni di carattere processuale, interne cioè ad ogni singolo procedimento, come la valorizzazione degli istituti della particolare tenuità del fatto e della conciliazione fra le parti (sul punto CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005; QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2004) – ad una organica ed incisiva opera di depenalizzazione, che segni finalmente l'abbandono del diritto penale in tutta una serie di settori in cui non vi è alcun interesse primario da tutelare e nel cui ambito, quindi, è assolutamente fuori luogo il ricorso alla sanzione detentiva (come dimostra il fatto che spesso la sanzione applicanda è meramente pecuniaria o che comunque si tratta di fattispecie che possono essere estinte a mezzo di oblazione) o comunque ad una pena da comminare a mezzo dell'attività giurisdizionale. Solo tale opera di drastica diminuzione delle fattispecie penali – che da un lato avrebbe l'importante funzione di rafforzare le tavole dei valori primari (KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata*, § 5), e dall'altro porrebbe fine all'ipocrita criminalizzazione di una miriade di comportamenti che non vengono invece affatto perseguiti a cagione dell'inefficiente funzionamento della macchina repressiva –, sarebbe una soluzione trasparente al problema rappresentato dalla gestione del carico di lavoro giudiziario e profondamente rispettosa del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e dei valori allo stesso connessi, *in primis* l'osservanza del canone dell'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge.

Emergenza ed efficienza in tema di prevenzione et similia nel recente “pacchetto sicurezza”

di Sandro Furfaro

1. *Una riflessione preliminare.* – Emergenza, al di là dell'assonanza, spesso non fa rima con efficienza. A meno di non voler ritenere che ogni forma di risoluzione rapida dei problemi (e, quindi, anche la pena capitale inflitta da una corte marziale) sia, per ciò solo, sempre efficiente, i concetti sottesi ai due lemmi, soprattutto quando in gioco sono processo e diritti, devono essere tenuti ben distinti. Ciò che emerge – l'emergenza, appunto – di solito è una disfunzione, un disordine che solo laddove è strutturale mette in discussione l'efficienza. Questa, infatti, secondo lessico, è la capacità costante di rendimento e di rispondenza a date funzioni, per cui la relazione capacità-funzione sviluppa un sistema ordinato entro il quale la situazione emergente, salvo appunto carenze strutturali, dovrebbe poter trovare sempre la sua risoluzione. E, invece, no. La storia nazionale ci ha insegnato che ogni emergenza (*rectius*: ogni situazione che emerge) deve, quasi per forza, prescindere dal sistema preesistente, cosicché, in ricaduta, essa comporta reazione, urto, contrapposizione rispetto a quel sistema, come se proprio a questo, in ultima analisi, sia da imputare la contingenza.

Due sono le costanti rilevabili in tema di (presunto) stato emergenziale: l'aggravamento programmatico delle regole basilari del sistema che comunque si proclamano ferme; la costituzione di un diverso ordine di valori che si sviluppa come fonte metagiuridica di un pragmatistico approccio interpretativo anche degli stessi testi normativi fondamentali. Ottenuto un qualsivoglia risultato utile in tema di ordine pubblico e sicurezza sociale, la legislazione c.d. emergenziale ha, infatti, sempre mostrato una caratteristica: che alla prima, entusiastica “conquista”, ha fatto sempre seguito un diverso (deviato) approccio culturale verso qualsivoglia questione che

in seguito possa accedere. Il costo emergenziale che, nell'immediato, si pone in termini di *deminutio* di libertà e garanzia, nel medio-lungo termine diventa, insomma, vizio di considerazione dei problemi e, conseguentemente, nell'approccio di essi. Il sistema e i principi equilibratori dei rapporti che costituiscono lo stato di diritto e la società democratica, allora, scemano e il riferimento ad essi come limite alla legislazione quasi scompare o, nella migliore delle ipotesi, rimane confuso nel panorama dei più contorti distinguo usati dal mondo togato, del quale – giova ricordarlo – Rabelais “scherniva le filastrocche”.

Sovente, dunque, si definiscono emergenziali situazioni che a livello di struttura del sistema, sono tutt'altro che tali. A ben riflettere, anzi, le effettive emergenze attuali – quelle relative alla sussistenza di reali deficienze strutturali che impediscono l'affermazione dei valori costituzionali – sono riferibili quasi esclusivamente alla non effettività dei diritti umani pure ad ogni dove proclamati (in tema, v. l'approfondita analisi di MANTOVANI, *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, in RIDPP, 2008, 40 ss.). L'effettività di tutela nelle intercettazioni telefoniche e ambientali; la tutela della riservatezza della persona in tutte le sue espressioni; l'efficacia della tutela giudiziale dei diritti del cittadino e, quindi, la riforma dell'ordinamento forense; le garanzie di tempestiva conoscenza degli atti e dei provvedimenti restrittivi, appresi sovente dai mezzi di comunicazione e negati al difensore; il rispetto della dignità della persona “sbattuta in prima pagina” a seguito magari di un fermo non convalidato: queste, ed altre ancora, sono le carenze strutturali che costituiscono le vere emergenze della società che il processo esprime e alle quali il sistema non pare offrire soluzione, non la (solita) gestione, più o

meno difficile, di situazioni contingenti alle quali potrebbe tranquillamente avviarsi secondo i principi e nel rispetto delle regole del sistema.

Anche laddove i fenomeni sociali attuali paiono essere di portata eccezionale (come nel caso dell'immigrazione clandestina, per esempio), nondimeno, la gestione di essi secondo collaudati strumenti di controllo e, all'occorrenza, di repressione non sembra necessariamente implicare deviazioni dalle regole e dai principi. I problemi connessi a tali fenomeni rischiano, però, di risultare, come al solito, vere e proprie occasioni per restringere ancor più (e senza ragione) garanzie e diritti dei cittadini, posto che, come detto, è naturale che, evocata un'emergenza, segua sempre una restrizione. Nel circuito perverso nel quale la contingenza è assunta come parametro di un incomprensibile "universale in atto", è l'eccezione, contro ogni criterio logico e ontologico, a diventare regola e la disciplina particolare, elevata a momento sistemico che prescinde dal sistema, si pone, naturalmente, contro la realizzazione dei fini e delle priorità che esso esprime. Una volta si diceva che bisognava "attuare" la Costituzione; adesso la Costituzione "si legge" per non attuare i principi che essa proclama.

Il disordine – si sa – genera disordine ed è noto come la produzione normativa dell'ultimo decennio, salvo rare eccezioni, abbia alimentato il disordine, anche laddove proprio al disordine si voleva porre rimedio. L'approccio, sempre forzatamente "*congiunturale*", ai problemi di volta in volta agitati ha, così, viziato anche il modo attraverso il quale si sarebbero dovuti riequilibrare i rapporti individuo-autorità secondo i principi del sistema. Ad abitudine, poi, si aggiunge abitudine. E da più parti si è sottolineato come la stessa svolta involutiva che, a partire dai primi anni Ottanta, è stata imboccata, salvo poche eccezioni, dalla Corte costituzionale sui temi del rispetto dei diritti fondamentali nel processo e dei rapporti che, in genere, vedono contrapposti individuo e autorità abbia origine nei c.d. anni di piom-

bo. Paragonata, infatti, tale involuzione con l'adesione allo spirito, più che alla lettera, della Costituzione repubblicana che, invece, aveva segnato in precedenza le decisioni della Corte, è stato (ed è) gioco-forza ritenere che la legislazione emergenziale degli anni del terrorismo abbia definito impliciti, inespresi *input* interpretativi che si sono via via protratti nel tempo, fino a diventare costumi, abitudini culturali che hanno scalfito, agli inizi degli anni Novanta, finanche le basi sulle quali si reggeva l'assetto dell'allora nuovo processo rassegnato dal Codice del 1989. È inutile sottolineare come siffatta cultura viva ancora e quanto sia immanente il timore che l'affermazione di un diritto possa comportare più blandi livelli di guardia in tema di sicurezza sociale. Per avvedersene, basta rilevare come, proprio sulla scia delle emozioni indubitabilmente suscitate da alcuni aspetti patologici del costruito sociale, si perseguono ancora distorsioni, nonostante la diversa struttura del processo, l'interesse – ormai obbligato – verso l'ordine dei diritti e delle garanzie proposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la nuova formula dell'art. 111 Cost., da leggere, per necessità di cose come principio-cardine della legalità di qualsivoglia procedura.

Vien da chiedersi se, e in che modo, possa ancora parlarsi di sistema, e, di conseguenza, se sia il caso di indugiare, evocando regole generali e principi fondamentali laddove la definizione (o ridefinire) delle disposizioni particolari pare prescindere, al punto che regole generali e principi paiono ormai eccezioni rispetto al resto. Non ci si illude, ovviamente, ma se dietro i sistemi esiste un assetto delle diverse posizioni "*ordinato*" sui diritti, le garanzie e i controlli, il gioco vale la candela e, dunque, vanno stigmatizzati come negativi pure i recenti disimpegni sistematici in tema di misure di prevenzione e misure patrimoniali contigue *ex d.l. n. 306/1992*, contenuti nell'ennesimo "*pacchetto sicurezza*", frutto – ancora una volta – di una concezione dell'emergenza che sa tanto di arbitrio e che, comunque, risulta esiziale per quell'efficienza che, giova ripeterlo, è la capacità di ren-

dimento e di rispondenza a funzione, non inconsueta reazione a ciò che l'attualità propone o nel concreto emerge.

2. *I nuovi "indiziati" ex art. 1, l. n. 575/1965 e l'assenza di regole di giudizio.* – L'art. 10, recante modifiche alla l. n. 575/1965 (la legge antimafia, appunto), è un coacervo di disposizioni che si inseriscono a fatica in un contesto, quello delle misure di prevenzione, già a stento organico di suo. Vediamone qualcuna, a mo' di "assaggio" utile a dar conto di quanto l'emergenza – lungi dall'efficienza, si diceva – sconfini, appunto, in vera e propria carenza di visione d'insieme e anche in miopia assoluta del particolare sul quale si interviene.

Il 1° comma, innanzi tutto, amplia la categoria dei soggetti nei cui confronti si può applicare le misure di prevenzione previste dalla suddetta legge. Non più soltanto "gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, ecc.", ma pure i soggetti "indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, co. 3-bis, del codice di procedura penale".

L'ampliamento di per sé potrebbe essere ricondotto nell'alveo delle scelte – più o meno discutibili – del legislatore, se alla base non suscitasse un problema tecnico più serio: il richiamo del concetto di "indiziato" rispetto alla situazione considerata rilevante dalla norma e la sua ovvia diversità di relazione laddove riferito, in un caso, alla "appartenenza" del soggetto ad associazioni differenziali che, come l'associazione di tipo mafioso, sono fenomeni di devianza sociale oltre che fattispecie penale e, nell'altro caso, a reati specifici, in quanto tali individuati solo ed esclusivamente sulla condotta definita dalla norma penale.

Dov'è il nocciolo del problema? Che il termine "indiziato" ha la nota valenza giusprocessuale penale nel caso in cui si riferisce ad un qualsivoglia reato – e pure a quelli *ex art. 51, co. 3-bis* – mentre in relazione all'appartenenza del soggetto al fenomeno sociale deviato assume connotazione e valenza "*sui generis*", posto che il referente (la "*appartenenza*") è concettualmente e giuridicamente distinta dalla "partecipazione" rilevante ai sensi dell'art. 416-bis c.p.

Sulla distinzione tra "partecipazione" e "appartenenza" è stata sempre chiara e costante la giurisprudenza, secondo la quale, la locuzione utilizzata dall'art. 1, l. n. 575/1965 prima della recente riforma stava appunto a significare una situazione del soggetto nel proprio ambiente che, sia incerta in relazione al suo effettivo inserimento in un connettivo criminoso, faceva comunque propendere nel senso della sua contiguità. Discutibile o meno, la diversità della "appartenenza" ad una associazione evocata dalla norma di prevenzione dalla "partecipazione" richiesta invece dalla fattispecie *ex art. 416-bis c.p.*, è stata affermata, considerando che l'"*indizio di appartenenza*" si risolve(va) e riassume(va) nella sussistenza di diversi elementi dai quali dedurre "una situazione di contiguità all'associazione che, pur senza integrare il fatto-reato tipico del soggetto che organicamente è partecipe (con ruolo direttivo o meno) del sodalizio mafioso, risulti funzionale agli interessi della struttura criminale e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende il trattamento prevenzionale" (così, tra le tante, C., Sez. I, 12.2.2002, Scamardo, in *Mass. Uff.*, 221156).

Proprio da ciò, l'ovvio corollario, per cui "il presupposto per l'applicazione della misura di prevenzione non risiede necessariamente nella condanna per taluno dei reati associativi indicati dalla l. 31.5.1965, n. 575; né in proposito assume rilievo la circostanza che il proposto sia stato assolto dal reato associativo, in quanto la mera condizione di indiziato di appartenenza al sodalizio criminale può essere desunta da un complesso quadro di elementi indiziari, anche, ma non solo, attinti da un procedimento penale" (C., Sez. II, 18.9.2000, Coraglia, in *Mass. Uff.*, 217801). Tale la situazione, è evidente che la "*novità*" sia dirompente, dal momento che l'accertamento della situazione rilevante nei casi diversi dall'appartenenza del soggetto ad associazione di tipo mafioso risulta costituito in modo esclusivo da condotte penalmente rilevanti (quelle di cui all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p.), rispetto alle quali il richiamo all'indizio, pur se riferito al soggetto piuttosto che al

fatto, determina un'assoluta omogeneità dell'oggetto dell'accertamento nel processo penale e nel procedimento di prevenzione. La pericolosità sociale del soggetto, in assenza di un referente diverso, è, infatti, un tutt'uno con l'accertamento del fatto penalmente rilevante ed è, quindi, ontologicamente impossibile alcun discrimine tra la situazione rilevante ai fini del giudizio penale e quella rilevante per il giudizio di pericolosità sociale. Laddove la locuzione "indiziato di appartenenza" esprime un concetto a sé stante, il termine indizio (e, di seguito, indiziato) riferito, invece, ad un fatto penalmente rilevante pare assumere, nella logica della prevenzione, connotazione grettamente quantitativa: come situazione non compiutamente provata, ma, nonostante ciò, meritevole appunto di attenzione a prescindere dal naturale epilogo del giudizio penale. Ritorna, insomma, un concetto di indizio come "*prova imperfetta*" che anche la recente della giurisprudenza in tema di misure cautelari sembrava avere superato, non soltanto in considerazione dei parametri di utilizzabilità della prova richiamati dall'art. 273, co. 1-*bis*, c.p.p. (per C., Sez. I, 4.5.2005, Lo Cricchio, in *Mass. Uff.*, 232601, infatti, "l'art. 273, co. 1-*bis*, interpretato alla luce degli artt. 3, 1° co., e 27, 2° co., Cost. ... impone ... l'osservanza delle regole di esclusione e di valutazione probatoria anche nella materia cautelare ... 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").

E non solo: si propone in tal modo una concezione del procedimento di prevenzione come sfogo di tutte quelle situazioni processuali penali che hanno avuto esito favorevole all'imputato, vuoi a cagione dell'incompletezza o della contraddittorietà della prova, vuoi, quale conseguenza del sistema dei divieti probatori e delle inutilizzabilità conseguenti. Alla minusvalenza probatoria si vuol far corrispondere, dunque, un minor grado di garanzie; l'assenza, anzi, di regole di esclu-

sione sulle quali poter definire la "*giustizia*" di un giudizio – quello di pericolosità sociale – carico di conseguenze rilevanti sulla libertà di agire del cittadino.

Si profilano scenari inquietanti che è estremamente facile ipotizzare:

A) La via della prevenzione dissimulerà, con maggiore decisione ed evidenza rispetto ad oggi, l'aggiramento dei normali criteri fatto – responsabilità – sanzione. Stante, infatti, l'unicità dell'oggetto dell'accertamento sarà naturalmente consequenziale l'applicazione della misura di prevenzione in tutti i casi in cui la condotta tipica non è compiutamente provata, ovvero è risultata non provabile in sede penale a cagione dei divieti probatori non estesi *tout court* per il giudizio di prevenzione. Ai fini di tale giudizio, infatti, potrà refluire – e sarà valutato quale indizio rilevante – tutto lo scarto probatorio dell'indagine e/o del giudizio penale, riportato, magari, anche solo come notizia, informazione, dato contenuti nella proposta per l'applicazione della misura, posto che non è una novità la sorte equivoca che, in sede di prevenzione, è riservata alle eccezioni di inutilizzabilità dell'atto dal quale la notizia o l'informazione è tratta. Basterà ricordare, in proposito, quanto accade, ad esempio in tema di intercettazioni, laddove, non soltanto quelle inutilizzabili nel giudizio penale possono dare la stura per l'applicazione della misura (in forza del principio generale per cui "le intercettazioni derivanti da decreti non motivati o comunque inutilizzabili possono presentare peraltro una loro utilità ai fini del procedimento. La giurisprudenza unanimemente ritiene che esse possano costituire *notitia criminis* ai fini dell'espletamento di nuove attività di indagine, compresa quella di disporre nuove intercettazioni, motivando la sussistenza degli indizi alla luce del contenuto delle intercettazioni inutilizzabili": così Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione – Relazione n. 22/2005), ma, nonostante l'art. 15 Cost. e l'art. 8 C.e.d.u. espressamente lo vietino, il combinato disposto dagli artt. 16, l. n. 646/1982 e 25-*ter*, d.l. n. 306/1992 consente ancora "intercettazioni preventive",

autorizzate, senza l'intervento di alcun Giudice, dal procuratore della Repubblica del luogo nel quale devono essere eseguite, sia a seguito di richiesta della polizia giudiziaria (che le esegue), non solo quando questa "lo ritenga necessario al fine di controllare le persone nei cui confronti sia stata applicata una misura di prevenzione", sia a richiesta del direttore della D.I.A., dei responsabili dei servizi centrali o interprovinciali di polizia e del questore, "quando esse siano necessarie per l'attività di prevenzione e di informazione in ordine ai reati previsti dall'art. 51, co. 3-bis".

B) Sulla consolidata concezione dell'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, nonostante l'identità dell'oggetto dell'accertamento nel caso, sarà quasi inevitabile che ad ogni decisione di condanna per taluno dei reati di cui all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. consegua il procedimento di prevenzione, posto che il richiamo all'indizio, in caso di condanna penale, risulterà ovviamente integrare appieno il "*livello probatorio*" necessario affinché si sia corso al giudizio di pericolosità sociale. Se già l'applicazione della misura di prevenzione al soggetto condannato per associazione di tipo mafioso costituisce nella sostanza una sorta di superfetazione rispetto all'ambito normale dell'accertamento in sede di prevenzione, giustificata, però, dall'individuazione di due ambiti di accertamento (la pericolosità del soggetto legata alla sua appartenenza – e non alla partecipazione – all'associazione), ancor più nei nuovi casi considerati dalla disposizione in commento, caratterizzati, tutti, dall'identità della condotta posta a base dell'accertamento, tanto nel processo penale, quanto in quello di prevenzione: il fatto-reato considerato dall'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. Qui, davvero, il problema che si pone è costituito dalla legalità delle limitazioni alle libertà sostenibili quale conseguenza dell'unicità del fatto commesso e non pare proprio che alla condanna, necessariamente seguita dalla misura di sicurezza, possa aggiungersi pure la misura di prevenzione, senza così sconvolgere il senso della proporzione che

correla e giustifica le conseguenze comunque sanzionatorie a carico dell'autore di un fatto – non della situazione considerata dall'art. 1, l. n. 575/1965 nel testo precedente la riforma – costituente reato.

3. *L'autonomia della confisca e il suo anomalo approdo sanzionatorio.* – Il 3° comma dell'art. 10, d.l. n. 92/2008, ha innovato gli artt. 2-bis e 2-ter, l. n. 575/1965, inserendo, in particolare:

a) dopo il comma 6 dell'art. 2-bis, il co. 6-bis, secondo il quale "Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente. Le misure patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. Nel caso la morte sopraggiunga nel corso del procedimento esso prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa";

b) dopo il 9° comma dell'art. 2-ter, il 10° comma, che ha previsto la confisca "per l'equivalente" dei beni sequestrabili o confiscabili nel caso in cui il soggetto li "disperde, distrae, occulta o svaluta" ovvero di quelli che "non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede", stabilisce, soprattutto, che "La confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso".

Le due norme disarticolano i giudizi sulle misure personale e patrimoniale, ma, soprattutto, espungono la misura patrimoniale dalla logica della prevenzione.

Tale ultimo aspetto inquieta, posto che, contro ogni ragione di sistema, la misura di prevenzione patrimoniale diviene *tout court* vera e propria sanzione, sopportata, per altro, da terzi estranei alla situazione che l'ha prodotta. Il tema della confisca in genere è vasto ed ovviamente neppure se ne accenna in questa sede. Basta rilevare come l'ablazione risulti sempre (e comunque) *risultato utile*, posto che, quale che sia l'occasione e la natura di essa, pare soddisfare il consorzio sociale per-

sino di più che della sanzione detentiva inflitta a reo. Retaggi del passato (anche recente: basti pensare alla XIII disposizione transitoria della Costituzione repubblicana, divenuta inefficace soltanto nel 2002) e un certo disimpegno formale nell'adozione della misura consentono ancora (e in diversi campi) di colpire senza sconvolgere l'opinione pubblica e la pace sociale.

Nel variegato campo dell'ablazione, dominato dalla confusione dovuta alla progressiva erosione del legame confisca-pericolosità della cosa, la confisca-misura di prevenzione, nonostante le difficoltà di conciliare garanzie e pretesa ablatoria, si poneva, fino al "pacchetto" in commento, come uno dei pochi esempi nei quali la relazione tra acquisizione ingiustificata del bene e possibile disponibilità di esso definiva chiaramente il senso della pericolosità sociale alla base della misura preventiva. In essa, infatti, la "pericolosità del bene", lungi dal perseguire pretese afflittive, era un tutt'uno con la comprovata "pericolosa disponibilità di esso" da parte del soggetto "attualmente pericoloso". Ora, tutto cambia e la confisca antimafia assume connotati afflittivi superiori addirittura a quelli perseguiti attraverso la confisca *ex art. 12-sexies*, d.l. n. 306/1992 che, fatti salvi i possibili errori di lettura del contorto "pacchetto" da parte di chi scrive, presuppone pur sempre che sia il soggetto condannato (o chi per lui) a potere disporre del bene ingiustificatamente da lui posseduto.

Non sono state poche, sin dal passato, le sollecitazioni verso un approdo assolutamente sanzionatorio dell'ablazione, tutte condotte sulla scia della diversa proiezione della prevenzione. Questa, s'è detto, è raggiunta dalla misura personale, mentre la misura patrimoniale è applicata, non in conseguenza di comportamenti ritenuti pericolosi che possano far supporre la commissione di altri illeciti in futuro, ma sulla base di comportamenti che hanno già in passato dato luogo ad attività illecite, per cui costituisce vera e propria sanzione (in tal senso, COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in RIDPP, 1985, 84; sostanzialmente nello stes-

so senso MANGANO, *La confisca nella legge 13 settembre 1982, n. 646 ed i diritti dei terzi*, in IP, 1987, 653).

A ciò, però, è stato validamente opposto, sul piano dogmatico, che la confisca prevista dalla legge antimafia costituisce un istituto *sui generis* avente una funzione assolutamente preventiva, nonostante le conseguenze afflittive connaturate ad ogni intervento che, per qualsivoglia ragione, impedisce all'individuo l'esercizio di diritti comunque attribuitigli dall'ordinamento in quanto cittadino (in tal senso, C., S.U., 3.7.1996, Simoncelli, in CP, 1996, 3609); sul piano sistematico, che la deviazione verso concezioni e pretese sanzionatorie, slegando il soggetto pericoloso dai beni dei quali può disporre e considerando questi ultimi alla stregua di un profitto (che, pur nell'assenza della concreta riconducibilità della condotta a taluna delle fattispecie tipiche previste dal Codice penale, si ritiene comunque conseguente ad una situazione che implicitamente sottende la commissione di un qualche reato) raggiunge conseguenze a dir poco discutibili laddove determina una vera e propria scissione tra soggetto e beni, sì che questi ultimi, quasi divenuti pericolosi *in sé*, possano avere una sorte indipendente da quella del proposto e dagli eventuali accadimenti che lo riguardano (MOLINARI, *Confisca antimafia non esecutiva e morte della persona pericolosa*, in CP, 1996, 1166; ID., *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*, *ibidem*, 3620; GRILLO, *Rapporto tra misura di prevenzione personale e misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione antimafia*, *ivi*, 1999, 1599).

Si è pure aggiunto (FURFARO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, in Dig. Pen., *Aggiornamento* ***; Torino, 2005, 902), raccogliendo un'indiretta sollecitazione, che seppure è indubbio il fatto che già con l'introduzione della Legge antimafia è "mutata la filosofia del concetto stesso di pericolosità in quanto il riferimento al dato economico della l. n. 1423/1956, che si indirizzava verso un soggetto appartenente a classe disagiata (oziosi, vagabondi) ma con tenore di vita sproporzio-

nato, è stato ribaltato in quanto non è più la povertà a costituire il presupposto della pericolosità, bensì la ricchezza” (MACRÌ, *Misure patrimoniali*, in *La l. 1, 3 settembre 1982 n. 646 – problemi interpretativi ed applicativi*, in *Quad. CSM*, 1983, 105), ciò non può costituire *d’emblée* motivo per sostenere che sussista comunque una pericolosità attinente al patrimonio come entità staccata dalla condotta del soggetto, posto che, in generale, “la funzione della confisca, quale che sia la configurazione che di essa voglia adottarsi, non è costituita dall’acquisizione del bene al patrimonio dello Stato ma è identificabile nell’esigenza tipicamente preventiva di interrompere la relazione del bene stesso con l’autore del reato e di sottrarlo alla sfera di disponibilità di quest’ultimo” (C., S.U., 28.4.1999, Bacherotti, in *CP*, 1999, 1376). Prima di considerare succintamente alcuni profili di incostituzionalità e di deviazione dai canoni sovranazionali di tutela dell’innovazione, giova sottolineare come, non solo la possibilità di agire contro gli eredi ma pure la disgiunzione tra proposta di misura personale e proposta patrimoniale trovi sostanziale ragione nella necessità di aggredire i beni a prescindere dalla pericolosità concreta ed attuale del soggetto.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, sulla scorta delle disposizioni di cui ai commi 3° e 6° dell’art. 2-ter, l. n. 575/1965, aveva già segnato i “paletti” di azione, significativamente rappresentando come “In generale il primo periodo del comma 3° dell’art. 2-ter, l. n. 575/1965 fa obbligo al giudice di disporre la confisca con lo stesso provvedimento di applicazione della misura di prevenzione personale, tuttavia gli conferisce la facoltà di emettere la misura patrimoniale successivamente, ma la subordina alla complessità delle indagini e all’osservanza del termine annuale, prorogabile di un altro anno, dall’avvenuto sequestro, termine che, come è fatto palese dalla struttura grammaticale e logica della norma, va riferito soltanto alla confisca emessa successivamente all’adozione della misura di prevenzione personale e non anche a quella emessa contestualmente”

(C., Sez. VI, 27.5.1997, Di Giovanni, in *CP*, 1998, 178). Di seguito, C., Sez. I, 11.6.1999, Vernengo (in *CP*, 2000, 320), ha specificato che “La confisca dei beni prevista dall’art. 2-ter, comma terzo, della legge 31 maggio 1965, n. 575 nei confronti di persone assoggettate a misura di prevenzione in quanto indiziate di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso non può essere legittimamente adottata oltre il termine di un anno dall’avvenuto sequestro degli stessi beni, a nulla rilevando in contrario il disposto del successivo comma sesto, secondo il quale i provvedimenti ivi menzionati possono essere adottati anche dopo l’applicazione della misura di prevenzione ma prima della sua cessazione, giacché i provvedimenti anzidetti, come espressamente affermato dalla norma, sono quelli stessi previsti dalle altre disposizioni del medesimo articolo, per cui, trattandosi di confisca, questa deve essere sempre preceduta dalla misura strumentale del sequestro”.

È evidente che, volendo escludere il (necessario, in tema di prevenzione) legame tra pericolosità del soggetto e disponibilità del bene illegittimamente acquisito del quale egli possa disporre – e, quindi, la relazione processuale tra accertamento della pericolosità attuale del soggetto e illegittima acquisizione – per il legislatore recente è risultato gioco-forza disgiungere ciò che nell’ottica della prevenzione oggettivamente era ben definito dalle decisioni suddette.

A parte ciò, ritornando al tema, va detto immediatamente che la prosecuzione del giudizio patrimoniale verso il soggetto nelle more defunto e la proposta, entro cinque anni, di misura patrimoniale contro gli eredi dello stesso – e soltanto perché tali – risultano in contrasto palese, intanto con l’art. 27, 1° co., Cost., pure in lettura combinata con l’art. 7 C.e.d.u.; poi, con l’art. 42 Cost.; infine (*last, but not least*), con l’art. 1 Prot. Agg. alla C.e.d.u.

Noti i rilievi opponibili dal terzo incolpevole in forza dei limiti sanciti dagli artt. 42 Cost. e 1 Prot. Agg. C.e.d.u., in relazione all’art. 27 Cost. giova indugiare.

La dottrina più attenta già da tempo ha chiosato l'interpretazione della confisca *ex art. 2-ter* come sanzione per un illecito comunque commesso. S'è detto, infatti, che sostenere che possa sussistere comunque una pericolosità attinente al patrimonio in quanto entità staccata dalla condotta del soggetto significa *tout court* far "rivivere il medioevale istituto della confisca dei beni, insidioso [appunto] perché sganciato del tutto dal principio di cui all'art. 27 della Costituzione" (AMODIO, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in GP, 1985, III, 632). La disposizione fondamentale, infatti, consacra il principio di stretta colpevolezza, per cui, anche a volere ammettere che sempre e comunque l'ingiustificata acquisizione del bene sia la conseguenza della commissione di un illecito penale, l'ablazione, nel caso di morte del soggetto che in ipotesi l'avrebbe posto in essere, andrebbe a ricadere su soggetti incolpevoli.

È, a ben riflettere, la formulazione della stessa base razionale del problema a determinare tale soluzione. La confisca dei beni, invero, nel caso in cui sia ingiustificata l'acquisizione, o trova corpo e ragione in prospettiva squisitamente preventiva (e così è stata assunta, oltre che dall'art. 2-ter, l. n. 575/1965, dall'art. 12-sexies, d.l. n. 306/1992) e, in relazione a ciò, il pericolo che la ricchezza ingiustificata generi ulteriori illeciti discende dalla pericolosità del soggetto (mafioso oppure responsabile di gravi delitti), ovvero, ipotizzata come misura che colpisce direttamente i beni sul presupposto dell'acquisto illecito (diretto o mediato) di essi, presuppone una responsabilità per siffatto acquisto che non può "comunicarsi" – quasi come "situazione reale" – agli eredi incolpevoli, senza con ciò ledere il principio costituzionale suddetto. Nel caso, infatti, l'endiadi responsabilità-sanzione, implicita nella presunzione di illecita acquisizione che sorregge l'impostazione del problema, va a scindersi nella relazione soggettiva alla base della garanzia costituzionale. Il tutto risulta di tale evidenza che ogni altra aggiunta suonerebbe davvero pretestuosa.

Ancor più, ove tale garanzia la si voglia considerare in aggiunta a quella prevista dall'art. 7 C.e.d.u., nella quale la nozione di "*pena*", giuste le indicazioni della Corte europea (tra le tante, Corte eur., 21.2.1984, Öztürk c. Allemagne, §§ 49 e 50; Id., 9.2.1995, Welch c. Royaume-Uni, § 27; da ultimo, Id., 30.8.2007, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, sulla ricevibilità), possiede una "portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni", appunto per consentire alla Corte di "rendere efficace la protezione offerta dalla disposizione e ... al di là delle apparenze ... giudicare da sé se una misura particolare realizzi una pena ai sensi della disposizione convenzionale". Va ricordato che, proprio in forza di tale impostazione, i Giudici di Strasburgo, in ipotesi di lottizzazione abusiva non seguita dalla condanna degli imputati, hanno ritenuto che la confisca dei terreni lottizzati comunque disposta, *ex art. 19, l. n. 47/1985*, nei confronti dei proprietari terzi estranei al reato di lottizzazione abusiva, fosse una pena ai sensi dell'art. 7 C.e.d.u. E ciò, tanto in ragione del pregiudizio "grave" realizzato nei confronti di soggetti incolpevoli, quanto, soprattutto, in considerazione degli effetti che ogni confisca comporta, che si sostanzia, anche nel caso di dichiarata "prevenzione", in una vera e propria "repressione" di condotte che, quantunque illecite, non sono attribuibili ai soggetti pure da essa colpiti. Per la Corte europea, infatti, è la "repressione" a costituire la caratteristica classica che definisce la pena e non v'è chi non veda come la confisca dei beni del morto altro non sia che una misura repressiva.

4. *L'ennesima, inutile, modifica aggiuntiva dell'art. 12-sexies, d.l. n. 306/1992.* – Il segno di come la confisca sia diventata il normale approdo di pretese sempre più repressive, già evidenziato, per altro, dalla modifica (a dir poco scoordinata) che la legge finanziaria del 2007 aveva apportato alla norma in esame, estendendo il catalogo dei reati ivi previsti fino a ricomprendere anche quelli contro la pubblica amministrazione, registra però il tentativo di un ulteriore (questa volta incomprensibile, in verità) "passo avanti".

L'art. 10-*bis* del recente "pacchetto sicurezza" ha aggiunto alla norma due ulteriori commi (il 2-*ter* e il 2-*quater*) che, dati i rimandi, non si saprebbe come commentare ove si prescindesse dalla visione d'insieme della norma. È il caso, dunque, con buona pace dei puristi, di riportare il testo dell'intero articolo, nella versione definitivamente oggi in vigore:

"Art. 12-*sexies*. [1] Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis*, 325, 416, sesto comma, 416-*bis*, 600, 601, 602, 629, 630, 644, 644-*bis*, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale, nonché dall'art. 12-*quinqies*, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Le disposizioni indicate nel periodo precedente si applicano anche in caso di condanna e di applicazione della pena su richiesta, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale.

[2] Le disposizioni del comma 1 si applicano anche nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per un

delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché a chi è stato condannato per un delitto in materia di contrabbando, nei casi di cui all'articolo 295, secondo comma, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43.

[2-*bis*] In caso di confisca di beni per uno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis* e 325 del codice penale, si applicano le disposizioni degli articoli 2-*novies*, 2-*decies* e 2-*undecies* della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

[2-*ter*] Nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca in applicazione delle disposizioni ivi richiamate, il giudice ordina la confisca delle somme di denaro, dei beni e delle altre utilità delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato.

[2-*quater*] Le disposizioni del comma 2-*bis* si applicano anche nel caso di condanna e di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 629, 630 e 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, nonché dall'articolo 12-*quinqies* del presente decreto e dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309".

Cosa cambia? Salvo l'ampliamento, ad opera del contorto co. 2-*quater*, dell'applicazione delle disposizioni sulla destinazione dei beni confiscati (artt. 2-*novies*, 2-*decies*, 2-*undecies*, l. n. 575/1965) a seguito di condanna per ulteriori reati rispetto a quelli previsti dal co. 2-*bis*, praticamente nulla.

Il co. 2-ter, lascia addirittura perplessi. Si prevede, infatti, una confisca “*per l'equivalente*” del prodotto, del profitto e del prezzo conseguiti dalla commissione di reati di contrabbando aggravati dall'art. 295. d.p.r. n. 43/1973 e di quelli posti in essere avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste (quanto dire, dei reati aggravati ai sensi dell'art. 7, d.l. n. 152/1991, ma, con molta probabilità, è sembrato troppo semplice definirli in tal modo), della quale non si riesce a cogliere il senso laddove ricondotta, seguendo la norma, ai casi di confisca impossibile ai sensi del 2° comma che, a sua volta, richiama esplicitamente il 1° comma.

Stabilita, infatti, in termini generali la confisca “del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito,

dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica” (1° comma) e previsto (dal 2° comma) che tale la confisca si applica ai condannati per i reati suddetti, non si comprende il senso della “condizione” considerata dal co. 2-ter, l'operatività del quale presuppone, appunto, che non sia possibile la confisca di quanto indicato dal 1° comma.

Se, seguendo lo schema dell'art. 322-ter c.p., si voleva dire che alla condanna per taluno dei delitti indicati al 2° comma la confisca di presso, prodotto e profitto è obbligatoria e, nel caso in cui essa non sia possibile, “per equivalente” di prezzo, prodotto e profitto, la norma è mal fatta, in quanto fa riferimento, non già all'impossibilità di aggredire le conseguenze patrimoniali del reato, ma all'impossibilità di procedere alla confisca dei beni di ingiustificata provenienza; se, invece, il riferimento è proprio a tali beni, non si riesce a comprenderne il senso, stante, appunto, l'ampia latitudine della confisca in esame.

La disciplina in tema di trattazione dei processi di Daniele Cenci

1. Avendo letto con vivo interesse il contributo di Ciro Santoriello con oggetto «La disciplina in tema di trattazione prioritaria dei processi» introdotta con l. n. 125 del 24.7.2008, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica» (subito soprannominata “pacchetto-sicurezza”), di conversione del d.l. n. 92 del 23.5.2008, va detto che della ricostruzione di Santoriello vanno apprezzati la premessa, l'ordine degli argomenti, il livello di approfondimento, la generale impostazione sistematica.

Si dissente, però, almeno in parte, dalle conclusioni cui, pur motivatamente, giunge. Per le ragioni di seguito indicate.

Sperando di interpretare correttamente lo spirito dell'iniziativa, si è provato a struttu-

rare l'intervento come in una tavola rotonda reale, con relatori reali, con un tavolo ed un microfono reali. Sono state pertanto ridotti all'essenziale citazioni, rinvii e note, che, quand'anche presenti nelle relazioni talora depositate dai convegnisti, nei dibattiti restano però confinati negli scritti.

Ha perfettamente ragione Santoriello quando afferma che trovare un bilanciamento tra il volume, oggettivamente talora insostenibile, degli affari penali, la ragionevole durata del processo e la obbligatorietà dell'azione penale è impresa improba, al limite della “quadratura del cerchio”; ed ha ragione anche quando scrive che con gli artt. 2-bis e 2-ter della l. n. 125/2008 «il legislatore suggerisce – o forse sarebbe meglio dire cerca di

imporre – ai diversi organi giurisdizionali dislocati sul territorio nazionale le modalità con cui organizzare e pianificare il proprio lavoro quotidiano. Così da garantire un più efficace e celere funzionamento della macchina giudiziaria» (par. 1). Dice bene, benissimo, Santoriello: il legislatore, con ogni probabilità, davvero stavolta «cerca di imporre», piuttosto che suggerire, un qualche meccanismo che provi a dare ordine alla quotidiana gestione delle udienze penali, che più di qualche volta è, a dir poco, gravemente insoddisfacente.

Occorre capire se ciò sia un bene o un male. 2. L'antefatto cronologico delle norme in commento è noto a tutti e merita pochissime battute: il testo della l. 24.7.2008, n. 125, di conversione, con modifiche, del d.l. 23.5.2008, n. 92, nella parte che qui rileva (artt. 2-bis e 2-ter), infatti, prende il posto di un precedente progetto, a dir poco bizzarro, sul quale molto si è detto e si è scritto e che, nella impostazione originaria, per accelerare i processi più gravi ne intendeva paralizzare – per legge – molti altri, certo non bagatellari; il discrimine tra le due categorie (cause da trattare celermente e cause da “sacrificare” per fare spazio alle prime) stava nella pena edittale – non bassa (fino a dieci anni di reclusione) – ed anche nella data di commissione (30 giugno 2002). L'impianto originario era stato pesantemente criticato, non solo in ambito strettamente parlamentare (v. per tutti, a livello di mera cronaca, Csm, *norma blocca processi a rischio incostituzionalità*, in *www.ilsole24ore.com*, 21 giugno 2008; *La blocca-processi è incostituzionale*, in *www.corriere.it*, 25 giugno 2008; FRIGO, *Una corsia preferenziale troppo ampia*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 luglio 2008, 2; CANDIDI, *In coda i processi per furti e truffe. Tribunali presto alle prese con la trattazione prioritaria dei reati più gravi*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 luglio 2008, 3; CORDERO, *La battaglia finale*, in *la Repubblica*, 30 settembre 2008, 30): certo è che sulla ragionevolezza della proposta, in generale, e, nello specifico, della ragionevolezza della concreta individuazione della data di discrimine tra i processi da sospendere e

quelli da accelerare erano piovuti dubbi simili a macigni.

3. La disciplina in commento segna un'inversione significativa rispetto al progetto cui si è fatto cenno.

L'impostazione degli artt. 2-bis e 2-ter, l. 24.7.2008, n. 125 (il primo dei quali sostituisce l'art. 132-bis disp. att. c.p.p., la cui nuova rubrica è “Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi”, significativamente più ampia della precedente, che era “Formazione dei ruoli di udienza”), infatti, è quella di attribuire al giudice, caso per caso, la facoltà di calibrare i rinvii delle cause penali, spostando più avanti, comunque entro e non oltre diciotto mesi, con correlativa sospensione della prescrizione, quelli per fatti commessi entro il 2 maggio 2006 e che, con orribile neologismo, nelle aule si definiscono “indultabili”. Ciò al dichiarato fine di creare spazi per trattare prioritariamente altri processi. Questi ultimi sono indicati (come puntualmente ed esaustivamente ricostruito da Santoriello al paragrafo n. 3 del Suo contributo, cui si rinvia) mediante il ricorso a tre parametri:

a) la *gravità del reato* – non solo le ormai “classiche” imputazioni per mafia, per terrorismo, per sequestro di persona a scopo di estorsione etc. (ormai sistematicamente in ogni caso di intervento in deroga alle regole generali) richiamate dall'art. 407, 2° co., lett. a, c.p.p., ma anche altri reati giudicati dal legislatore gravi o comunque meritevoli di particolare attenzione (ad esempio, i delitti commessi in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro e delle norme in materia di circolazione stradale);

b) la *situazione processuale* (i processi introdotti con rito direttissimo o immediato o in cui gli imputati siano in custodia cautelare o comunque detenuti, anche per fatto diverso da quello per cui è processo, ovvero vi siano state misure cautelari personali, di qualsiasi genere, anche se revocate o cessate di efficacia, ma soltanto se relative al fatto da giudicarsi; inoltre, nei caso in cui vi sia la contestazione della recidiva, però qualora reiterata);

c) la *pena* – quando si tratti di delitti puniti con la pena della reclusione pari o superiore nel massimo a quattro anni. È questo il vero *punctum dolens* della novella, come si vedrà, e non già, come invece alcuni sostengono, la riferibilità ai dirigenti degli uffici anziché al giudice che procede del meccanismo di attuazione della disciplina.

4. Si è detto che si tratta di una facoltà, non già di un dovere, e ciò lo si ricava sia dal tenore letterale della norma (che non usa espressioni precettive: «i dirigenti degli uffici possono individuare i criteri e le modalità di rinvio della trattazione dei processi») che dal senso complessivo della novella. Che è quello di offrire al giudice uno strumento innovativo, duttile, da utilizzarsi con prudenza, apprezzate tutte le situazioni del caso, e cioè:

- la «gravità» (c'è truffa e truffa; come c'è tentata estorsione semplice e, invece, tentata estorsione semplice che, pur sussunta sotto i medesimi numeretti del codice penale della prima, in realtà cela un'iniziativa della malavita organizzata);

- la «concreta offensività del reato» (ampia la categoria dei cosiddetti «reati senza vittime»);

- l'eventuale «pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti» (ad es., l'età avanzata o il precario stato di salute dell'unico testimone dei fatti contestati; la necessità di periziare cose soggette a modificazione).

La decisione di differire una causa è sicuramente da assumersi in contraddittorio, cui hanno diritto di partecipare sicuramente il P.M., al quale, secondo i principi generali, incombe l'onere di segnalare eventuali elementi ostativi al rinvio o che impongono o che consigliano un differimento non eccessivo, l'imputato, che (ai sensi dell'art. 2-ter, 3° co., l. 24.7.2008, n. 125) ha diritto di opporsi al rinvio e, benché non espressamente indicato dalla norma, la parte civile e persino la parte offesa non costituita parte civile (arg. ex art. 2-ter, 1° co., ultima parte, l. 24.7.2008, n. 125), le quali possono motivatamente indicare l'interesse alla celebrazione; ed è evi-

dente che imputato e persona offesa, eventualmente costituita parte civile, possono intervenire personalmente, mediante il deposito di memorie (artt. 121, 1° co., e 90, 1° co., c.p.p.) o attraverso i rispettivi difensori. Gli elementi forniti dalle parti, benché non vincolanti, possono e debbono orientare il giudice nella scelta prima dell'*an* del rinvio della trattazione *ex lege* 125/2008 e poi del *quantum* del differimento.

E quand'anche sia problematico, ma non escluso, configurare una nullità (art. 178, lett. b e lett. c, c.p.p.) nell'evenienza che le parti non vengano poste dal giudice in grado di interloquire sul provvedimento di rinvio, tuttavia è da escludersi nettamente la possibilità di differimenti in blocco con provvedimenti «fuori udienza», posto che, ai sensi del chiaro disposto dell'art. 124 c.p.p. «i magistrati [...] sono tenuti ad osservare le norme di questo codice [e, deve ritenersi, anche quelle ad esse strettamente collegate, come l'art. 2-ter, l. n. 125/2008, che è funzionale alla corretta attuazione dell'art. 132-bis disp. attuaz. c.p.p., novellato dall'art. 2-bis, l. n. 125/2008] anche quando l'inosservanza non comporta nullità o altra sanzione processuale. I dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare».

Per questo motivo non si può convenire con Santoriello che, al paragrafo n. 5 del Suo contributo, reputa le previsioni in commento «prive di ogni sanzione a presidio della loro eventuale disapplicazione».

Il termine massimo di differimento «coperto» dalla correlativa sospensione della prescrizione è di diciotto mesi; l'eventuale rinvio ad oltre un anno e mezzo comporterà l'ordinaria decorrenza della prescrizione per la restante parte.

La disciplina sembra prevedere un unico rinvio, che comporta la sospensione della prescrizione per un tempo pari alla durata del differimento: è agevole immaginare, tuttavia, che la prassi presto porrà il caso di più rinvii disposti nel medesimo processo applicando l'istituto in questione ed è altrettanto agevole immaginare che via via si affermerà l'orien-

tamento secondo il quale non è esclusa la possibilità di più rinvii, purché entro il termine massimo di legge di diciotto mesi; oltre i quali la prescrizione ricomincerà il suo corso.

Quid iuris quando un processo rientra sia nella prima (processi da trattarsi prioritariamente) che nella seconda categoria (processi “indultabili” e, dunque, differibili)? Il caso non è astratto, potendo ben accadere che un processo per fatti anteriori al 2 maggio 2006 e non ancora definito con sentenza sia stato introdotto con rito direttissimo o con immediato o che abbia visto a suo tempo l'applicazione di misure cautelari. Le singole *rationes* sottintese al motivo di trattazione prioritaria (su cui v., puntualmente, il contributo di Santoriello, al par. n. 3) e la circostanza che la regola di cui all'art. 2-ter è derogatoria di quelle ordinarie, alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo, inducono a ritenere comunque preferibile la trattazione della causa (*contra* TENAGLIA, *Testo integrale dell'intervento del deputato Lanfranco Tenaglia in sede di illustrazione degli ordini del giorno sul disegno di legge di conversione n. 1366*, in www.camera.it; perplesse BRICCHETTI-PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *GDir*, 2008, 32, 104).

A sommosso avviso di chi scrive, la disciplina non è applicabile nei giudizi di appello (perplesso, anche su tale punto, l'opinione di BRICCHETTI-PISTORELLI, 103), e ciò per una ragione sistematico-letterale. Infatti, l'art. 2-ter, 3° comma, l. n. 125/2008 preclude il differimento «se è già stato dichiarato chiuso il dibattimento»; ora, pur preso atto della non coincidenza tra chiusura dell'istruttoria e chiusura del dibattimento (art. 524 c.p.p.), tra le quali si collocano le discussioni delle parti, posto tuttavia che la rinnovazione dell'istruttoria in appello è istituto eccezionale (art. 603 c.p.p.) e che la norma indica un sostanziale *favor* per la celebrazione dei processi già istruiti, appare preferibile una interpretazione restrittiva.

La struttura dell'udienza preliminare, ordinariamente non dedicata alla decisione di

merito, induce a ritenere la normativa non applicabile dal g.u.p.

5. Precedenti interventi normativi nel senso di cui alla novella non mancano, come nota Santoriello al par. n. 2 del Suo contributo.

- L'art. 20, 4° co., d.m. n. 224 del 30.9.1989, recante il “Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale”, recita: «Al dibattimento si procede secondo l'ordine del ruolo [...], salvo che per ragioni di urgenza o per altro giustificato motivo, il presidente [...] ordini che sia tenuto in precedenza un determinato dibattimento iscritto a ruolo»; e il 5° co.: «È in ogni caso data precedenza ai dibattimenti con imputati in custodia cautelare».

- L'art. 227, 1° co., d.lg. 19.2.1998, n. 59, già prevedeva, per i processi pendenti alla data di efficacia della riforma cosiddetta del “giudice unico”, che «nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento, si tiene conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento del fatto, nonché dell'interesse della persona offesa».

- L'art. 132 disp. att. c.p.p., nella stesura ante-novella, disponeva che «Nella formazione dei ruoli di udienza è assicurata priorità assoluta alla trattazione dei procedimenti, quando ricorrono ragioni di urgenza con riferimento alla scadenza dei termini di custodia cautelare».

Come si vede, dunque, l'intervento del legislatore del 2008 attinge a piene mani dal testo dell'art. 227 del d.lg. n. 59/1998, che, in pratica, da norma transitoria viene resa norma in qualche misura fondante la gestione delle udienze penali da parte del giudice. 6. Strali si sono lanciati contro la disciplina in questione che conterrebbe, addirittura, «il seme di una progressiva gerarchizzazione degli uffici giudicanti, attribuendo ai dirigenti degli stessi un potere di interferenza diretta su decisioni di natura squisitamente processuale che dovrebbero invece essere pacifica-

mente di esclusiva competenza del giudice, in virtù delle prerogative che allo stesso la Costituzione assegna» (BRICCHETTI-PISTORELLI, 104), in pratica ponendo il capo dell'ufficio di fronte ad una scelta: o la diretta consultazione dei ruoli di ogni giudice, attività quasi inesigibile, almeno negli uffici più grandi, e comunque a rischio di incidenza sulle prerogative propriamente giurisdizionali; ovvero la rimessione delle decisioni al giudice che procede (BRICCHETTI-PISTORELLI, 104; SANTORIELLO, *La disciplina in tema di trattazione prioritaria dei processi*, § 3).

L'alternativa prospettata non è esaustiva: infatti, ve ne è una terza, che appare preferibile.

Si provi a ricostruire il sistema con ordine. Il legislatore, con il combinato disposto degli artt. 2-bis e 2-ter, l. n. 125/2008 ha in pratica dato valore di regola generale e tendenzialmente stabile alla norma transitoria che aveva già posto in occasione della riforma del giudice unico, ampliata e specificata.

Con valutazione discrezionale e che non pare in contrasto con valori fondanti della Costituzione al 1° comma dell'art. 132-bis disp. att. c.p.p. ha indicato quali sono i processi da trattare con priorità: la norma è immediatamente precettiva e va applicata dall'entrata in vigore da parte di ciascun giudice che procede (presidente di collegio o giudice monocratico). Al 2° comma ha correlativamente, ed opportunamente, stabilito che «I dirigenti degli uffici giudicanti adottano i provvedimenti organizzativi necessari per assicurare la rapida definizione dei processi per i quali è prevista la trattazione prioritaria» (ad esempio, prevedendo, ove già non sia, turni dei giudici per le direttissime, eventuale aumento dei numeri o dei giorni delle udienze penali, e sollecitando i dirigenti amministrativi affinché provvedano alla distribuzione ed all'incremento, ove possibile, di personale di cancelleria, con particolare riguardo agli assistenti di udienza, alla predisposizione di turni, alla chiamata dei servizi di registrazione delle udienze penali).

Al fine di dare effettività alla «trattazione prioritaria» dei processi di cui al novellato

art. 132-bis disp. att. c.p.p., l'art. 2-ter, l. n. 125/2008 assegna ai capi degli uffici la facoltà di individuare («possono») in via di deroga transitoria «i criteri e le modalità di rinvio della trattazione dei processi per reati commessi fino al 2 maggio 2006 in ordine ai quali ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'indulto, ai sensi della legge 31 luglio 2006, n. 241, e la pena eventualmente da infliggere può essere contenuta nei limiti d[...ei tre anni di pena detentiva e dei diecimila euro di pena pecuniaria d]i cui all'art. 1, comma 1, della predetta legge n. 241 del 2006» (così l'art. 2-ter, 1° co., l. n. 125/2008).

In pratica, insomma, «la prima [... norma], modificando l'articolo 132-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale costituisce una norma “a regime”, che pone una nuova regola per la formazione dei ruoli di udienza e per la trattazione dei processi [...]»; la seconda [quella posta dall'art. 2-ter, l. n. 125 del 2008] costituisce, invece, una norma “transitoria”, complementare rispetto alla prima. La disposizione mira, infatti, ad agevolare il conseguimento dello scopo fissato dalla prima, in relazione ai processi pendenti e con esclusivo riguardo a quelli nei quali è applicabile l'indulto» (così TENAGLIA, *Testo integrale dell'intervento del deputato*, cit.). Il tessuto normativo che si descrive è il combinato disposto delle due disposizioni.

Cosa vi sia di anomalo in tale complessiva previsione non è dato comprendere.

In primo luogo, perché il primo rischio da evitare è quello di «una applicazione disomogenea e diseguale dei criteri di priorità della trattazione» (così SANTORIELLO, *La disciplina in tema di trattazione prioritaria dei processi*, § 4) già all'interno del medesimo ufficio giudiziario, da un'aula all'aula adiacente, con correlativo disorientamento del foro, del personale, degli utenti, ciò che può essere fatto solo ed unicamente facendo confluire in capo al dirigente il potere il questione.

In secondo luogo, perché appare corretto pretendere dal capo dell'ufficio la effettuazione della scelta, già a monte, se facultizzare

o meno i suoi giudici del dibattimento a fare applicazione dell'istituto del rinvio con correlativa sospensione della prescrizione, posto che è ben noto che vi sono tribunali in Italia nei quali il carico di affari penali già difficilmente giustifica in vita l'esistenza della struttura e, in conseguenza, il rinvio di alcune cause per celebrare altre relative ai reati di cui all'art. 407, 2° co., lett. a, c.p.p. che ivi (fortunatamente) non si celebrano apparirebbe assolutamente indivisibile; al contrario, sarebbe legittimo aspettarsi un massiccio ricorso al differimento in esame, persino nella sua massima estensione, ad esempio in un piccolo tribunale con falcidia di organico ed alle prese con maxi-processi per fatti di mafia o con imputati detenuti. E solo il presidente del tribunale può essere a conoscenza di peculiari situazioni locali, strutturali o di personale, contingenti o durevoli, che impongono o che suggeriscono il maggiore o minore ricorso all'istituto in questione; o persino la decisione di non ricorrervi. Ciò che qualifica la scelta del legislatore del rinvio rimesso al prudente apprezzamento del giudice in luogo dell'ipotizzato, almeno in origine, blocco "per legge", anche in territori tranquilli ed in situazioni prive di processi per gravi fatti e prive di significativo arretrato penale.

Inoltre, perché tra le scelte organizzative del capo dell'ufficio sarebbe legittima anche quella di delegare il presidente di sezione penale o uno dei presidenti di sezione penale ovvero direttamente i singoli giudici che procedono, con contestuale raccomandazione, sotto forma di circolare o di variazione tabellare, alla ponderata scelta da farsi sia nel rinviare o meno le cause sia nella individuazione delle date, raccomandando la scrupolosa applicazione dei parametri posti dal legislatore e, naturalmente, vigilando sull'andamento delle udienze. Il tutto – è ovvio – non secondo criteri capricciosi ma, ferma la regola di coinvolgere da parte dei presidenti di tribunale i presidenti di sezione penale e tutti i magistrati in apposite riunioni o mediante interPELLI scritti, con provvedimenti debitamente motivati e da

comunicarsi al C.S.M. (art. 2-ter, 1° e 4° co., l. n. 125/2008).

Infine, perché è al dirigente dell'ufficio che compete, ai sensi del già richiamato art. 124, 2° co., c.p.p., anche ai fini della responsabilità disciplinare, vigilare sull'osservanza delle norme, non esclusa, appunto, quella dell'art. 132-bis disp. att. c.p.p. ("Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi"), all'esatta applicazione della quale è funzionale lo strumento predisposto dall'art. 2-ter della l. n. 125/2008.

Ciò posto, che cosa vi sia di autoritario o di potenzialmente gerarchizzante gli uffici giudicanti non è chiaro: altre, infatti, sono le prerogative del giudice che procede in udienza, "coperte" dalla note garanzie costituzionali, altra invece è la responsabilità del capo dell'ufficio, con il quale tutti i magistrati debbono lealmente cooperare nell'organizzazione del servizio.

7. Per le ragioni che si sono sinora esposte, a sommosso avviso di chi scrive, la nuova disciplina appare legittima nelle finalità ed opportuna nei metodi, oltre che adeguatamente responsabilizzante sia i singoli giudici sia il dirigente dell'ufficio.

Appare però, ancora una volta, perfettibile, non essendo immune da pecche che rischiano di minarne il contenuto innovativo. Tre, in particolare:

- è alquanto dubbia la riferibilità delle norme in commento anche alle procure della Repubblica, cui fa cenno Santoriello (§ 3 del Suo contributo), riferibilità che non è condivisa da chi scrive per ragioni di ordine sistematico, essendo norme che riguardano il dibattimento, ma che comunque è ipotizzabile a causa della non coincidenza delle espressioni usate all'art. 2-bis, 2° co. («i dirigenti degli uffici giudicanti»), e all'art. 2-ter, 1° co. («i dirigenti degli uffici»), l. n. 125/2008;

- con il richiamo ad una pena editale pari o superiore a quattro anni, in effetti, «si è ampliato numericamente a tal punto il novero dei processi per i quali è prevista la corsia preferenziale da rendere questa tanto frequentata quanto un'autostrada alla vigilia di ferragosto» (condivisibilmente, FRIGO, *Una*

corsia preferenziale troppo ampia, 2; Id., *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, in *GDir*, 2008, 33, 13);

- la mancanza di una esplicita sanzione processuale per l'inosservanza ha già fatto pensare, come si è visto, che si tratterebbe di norme non cogenti. Al contrario, stavolta, attraverso la maggiore specificazione dei casi da trattare con urgenza, attraverso la messa a disposizione a tal fine del giudice di uno strumento duttile, adattabile alle esigenze della situazione locale con appositi provvedimenti dei presidenti di tribunale ed attraverso la norma di chiusura dell'art. 124, 2° co., c.p.p. sarà ben difficile sostenere che la norma è priva di effettività (tale sembra il pensiero di BRICCHETTI-PISTORELLI, 103), perché, per quanto sia difficile costruire un vero diritto delle parti al controllo, azionabile in via di reclamo o di opposizione giurisdizionale (conformemente, FRIGO, *Una corsia preferenziale troppo ampia*, 13), tuttavia appare chiara la possibile responsabilità disciplinare in capo al magistrato che faccia un uso non corretto dell'istituto in questione (conformemente C. SANTORIELLO, § 3). Il che non è poco.

8. Ed allora si torna ad un argomento accennato nell'apertura di questo intervento: è da condividere la chiave di lettura di Santoriello (§ 1), secondo cui «il legislatore suggerisce – o forse sarebbe meglio dire cerca di imporre – ai diversi organi giurisdizionali dislocati sul territorio nazionale le modalità con cui organizzare e pianificare il proprio lavoro quotidiano. Così da garantire un più efficace e celere funzionamento della macchina giudiziaria».

Da condividere, perché sembra l'intento del legislatore. Intenzione a sua volta da condividere, perché sinora non pare che vi sia stato sempre il buon governo del ruolo delle udienze e delle udienze penali in genere da parte dei giudici.

Quanto all'auspicato andamento celere, infatti, chi pratica le aule dei tribunali non avrà mancato di notare che non sempre i processi si rinviavano a causa dei pretestuosi cavilli in-

ventati dagli avvocati ma anche per i difetti di notifica, per la mancanza dei testi, a partire da quelli di accusa, non sempre citati e non sempre sanzionati se non presenti e non adeguatamente giustificati, per l'assenza del giudice dovuta ai più svariati – e legittimi – motivi, per il gran numero di testi da sentirsi, spesso della p.g., in cause che non appaiono di complesso accertamento, talora per difetti anche sostanziali del capo di accusa (cfr. i risultati del rapporto Eurispes – unione camere penali, su quasi 13.000 processi monitorati in 28 sedi giudiziarie, divulgati di recente: *Giustizia: ogni giorno rinviati 7 processi su dieci*, in *www.ansa.it*, 25 settembre 2008; *Giustizia. Rapporto Eurispes – Unione camere penali. Rinvii ogni giorno sette processi su dieci*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 settembre 2008, 19; *Febbre da cavillo. Dati choc da un'inchiesta: 76 processi su 100 rinviati per l'assenza di un giudice, di un testimone o di un imputato mai convocato. Oppure perché luce ed aria condizionata non funzionano*, in *La Nazione QN*, 26 settembre 2008, 1-3; MARTINELLI, *Radiografia di un fallimento. Sette processi su dieci saltano ogni giorno: ecco il naufragio della giustizia penale*, in *Il Messaggero*, 26 settembre 2008, 14).

Ebbene, i rinvii derivanti da tali situazioni non sono certamente addebitabili alla condotta ostruzionistica delle difese e, seppure in parte non risolvibili dal giudice, in altra e significativa parte possono essere evitati mediante un attento studio preventivo del ruolo e dei singoli fascicoli e mediante la scrupolosa applicazione da parte di chi dirige l'udienza delle norme di cui agli artt. 133 (sull'accompagnamento coattivo e sulla multa nei confronti di testi, periti e consulenti assenti), 468, 2° co. (sull'autorizzazione delle liste testimoniali), 495, 1° e 4° co., in relazione all'art. 190, 1° co., c.p.p. (sui criteri per l'ammissibilità delle prove, che non debbono essere vietate dalla legge né superflue né irrilevanti).

Per rimanere nello specifico, anche la rigorosa e prudente applicazione dei già citati (e già da tempo vigenti) artt. 20, 4° e 5° co., reg. c.p.p., 227, 1° co., d.lg. n. 59 del 19.2.1998 e

132-bis disp. att. c.p.p. avrebbe potuto – e dovuto – comportare una più efficiente gestione, in genere, dei ruoli di udienza.

Pur non mancando (rari) esempi virtuosi, così però non sempre è stato.

Dal canto suo, il Consiglio Superiore della Magistratura ha, forse, perso qualche occasione per provare a dare efficienza al sistema attestandosi, quando sollecitato, sulla posizione così, testualmente, espressa: «ambito di intervento del Consiglio nel settore della gestione degli affari giudiziari è sempre stato circoscritto alla sfera dell'organizzazione dell'attività giudiziaria, con esclusione di iniziative tese ad autorizzare – di diritto o di fatto – la mancata trattazione di alcuni procedimenti» (C.S.M., *Risoluzione adottata dall'assemblea plenaria nella seduta del 9 novembre 2006*, in www.csm.it; Id., *Criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti penali. Risposta a quesito del 10 ottobre 2007*, *ivi*).

Il legislatore, dunque, oggettivamente latitante sotto altri e fondamentali profili (ad esempio: la mancata depenalizzazione di fatti bagatellari o comunque non più avvertiti dai consociati come meritevoli di repressione penale; la mancata amnistia, in genere correlata all'indulto; la contrazione di personale, di mezzi e di fondi per la giustizia, da ultimo ri-emersa in tutta la sua evidente drammaticità: cfr. FERRARELLA, I “tagli” di 3.000 cancellieri. *Tribunali, il miracolo degli organici pieni*, in *Corriere della sera*, 20 settembre 2008, 24; *Giustizia, l'allarme dei magistrati*. “Tagli del 22 per cento, il Palazzo

rischia la paralisi totale”, in *la Repubblica*, 1° ottobre 2008, 7; ZANOTTI, *Un giorno con i cottimisti della giustizia: 73 euro a udienza*, in *Il foglio*, 29 settembre 2008, 2; salvo che per le intercettazioni, per cui i soldi si trovano sempre, anche in crisi economica “nera”: v. LONGONI, *Carissime intercettazioni. Valgono la metà delle spese di giustizia Ma guai a farne a meno*, in *Italia Oggi*, 30 agosto 2008, 1; v. altresì MARTINELLI, *L'intervista. Parla il presidente emerito della Consulta. “Alle procure servono pubblici ministeri che siano anche superpoliziotti. Cosa c'entrano con un giudice che deva applicare i codici?” “Inaccettabili le registrazioni come unico mezzo di prova”*. Marini: “I pm non sanno più fare indagini. Il rimedio? separare le carriere”, in *Il Messaggero*, 30 agosto 2008, 6), ha tuttavia, con specifico riferimento alla gestione dei ruoli delle udienze penali, fornito al giudice un duttile strumento operativo il cui buon o cattivo governo sarà, alla fine, giusto valutare.

In conclusione, dissentendo dalla valutazione di Santoriello al § 5 del Suo contributo, può esprimersi un giudizio sostanzialmente positivo sulle norme in commento.

Nella speranza, però, che i giudici non si incartino in sottili disquisizioni e che gli innumerevoli delitti puniti con pena pari o superiore ai quattro anni di reclusione, non tutti però crimini efferati, non intasino, come a volte si vede nelle metropoli, la corsia di emergenza, che è riservata ai soli mezzi di soccorso.

Le intercettazioni contra alios

di *Alberto Cisterna*

Il rapido procedere innanzi alla Commissione Giustizia della Camera del progetto di legge n. 1415 recante «Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di inda-

gine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche» rischia di non risolvere tutti i punti di criticità di una materia, quella delle intercettazioni appunto, sulla quale si sono addensate infinite polemiche negli ultimi an-

ni. La quotidiana diatriba che coinvolge le intercettazioni nel nostro paese, infatti, si concentra prevalentemente su due profili: da un lato l'individuazione delle tipologie di delitto in relazione alle quali ammettere le attività di captazione; dall'altro la definizione di nuove procedure di controllo che impediscano la divulgazione dei contenuti delle registrazioni. La veemenza del dibattito e il tono esasperato di taluni interventi non consentono spesso di focalizzare uno dei punti su cui più preoccupato appare l'allarme della pubblica opinione e rispetto al quale non sono annunciate riscritture in Parlamento. È il caso in cui i dialoghi intercettati abbiano a oggetto persone estranee alla conversazione e per le quali i conversanti formulino valutazioni gravemente lesive della sfera individuale o riferiscono addirittura fatti aventi rilevanza penale. Spesso è stata proprio la divulgazione a mezzo stampa dei contenuti di queste telefonate che ha animato la discussione sul tema delle intercettazioni e ha spianato la strada a soluzioni che si annunciano fortemente compressive per il mezzo d'indagine.

A fronte di questo diffuso disagio si registra nella giurisprudenza di legittimità il pacifico consolidarsi di un orientamento favorevole a un utilizzo delle intercettazioni *contra alios* senza la presenza di particolari requisiti o meccanismi di avalloazione dei dicta. Le comunicazioni che evocano la responsabilità di terzi soggetti vengono annoverate tra le prove utilizzabili a prescindere da una specifica procedura di verifica dell'attendibilità del dichiarato assimilabile a quella regolata dall'art. 192, 3° co., c.p.p. Nella scrittura della Cassazione, infatti, il contenuto di un'intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di terza persona, non è in alcun modo equiparato alla chiamata in correità e pertanto non è soggetto ai canoni di cui all'art. 192, 3° comma (da ultimo C., Sez. IV, 28.9.2006, n. 35860, mentre per l'efficacia autoaccusatoria cfr. C., Sez. V, 3.5.2001, n. 27656, in CP, 2002, 2845). Sono intuitive le ragioni d'ordine testuale che sostengono per implicito un siffat-

to paradigma probatorio. L'art. 192, nell'imporre il meccanismo di valutazione del narrato mediante i riscontri, traccia un perimetro applicativo («le dichiarazioni rese») inclusivo della mera prova dichiarativa, ossia delle proposizioni raccolte attraverso l'instaurazione di una formale relazione dialogica tra *loquens* e autorità investigativa. Tutto ciò non si realizza nel caso delle intercettazioni in cui i colloquanti sono, per definizione, inconsapevoli dell'ascolto altrui. Alla stregua delle medesime considerazioni è ammessa dalla giurisprudenza l'incondizionata utilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso di una conversazione ritualmente intercettata da persona che solo successivamente abbia assunto la veste di imputato. In proposito si osserva che, nella materia delle captazioni telefoniche e ambientali, non trovano applicazione gli artt. 62 e 63 c.p.p. e, quindi, le ammissioni fatte spontaneamente dall'indagato nel corso della telefonata non sono assimilabili alle dichiarazioni da lui rese in sede di interrogatorio dinanzi all'autorità giudiziaria (così tra altre C., Sez. VI, 22.5.2003, n. 31739; nonché C. Cost., 4.4.1973, n. 34).

La presunzione di sospetto che è sottesa alla *corroborazione* delle dichiarazioni del correo, e oggi del testimone assistito, rinviene la propria giustificazione in una ragionevole ponderazione delle istanze di accuse e difesa e mutua dalla storia del processo penale in Italia un ineludibile sostegno, sino al punto che il legislatore ha esteso con la legge n. 63/2001 il congegno di controllo *ex art. 192, 3° co.*, alla fase cautelare e al caso del testimone assistito. La convinzione che l'asimmetrica interlocuzione tra investigatore e proponente possa generare dichiarazioni di dubbia attendibilità da massima d'esperienza si è tradotta in un canone legale di valutazione che l'art. 192, 3° co., ha trasposto sul piano delle regole processuali. Dopo decenni di casistica nelle aule di giustizia, deve constatarsi che con altrettanta frequenza gli intercettati sono inclini a riferire circostanze imprecise o addirittura false; a esprimere conoscenze in cui non è possibile tracciare uno scarto apprezzabile tra effettiva percezione dei fatti e mere

congetture; ad articolare segmenti discorsivi inquinati dal doloso intento di ingannare l'interlocutore. Sorprende in questa prospettiva che la consistente giurisprudenza e la poderosa letteratura che governano la materia della prova dichiarativa non tentino un approccio convinto al tema delle conversazioni telefoniche e ambientali, onde saggiare più in dettaglio l'arduo argomento della parresia, come i greci definivano la virtù del «dire la verità» (M. FOUCAULT, *Discorso e verità nella Grecia antica*, Roma, 1997).

In questo contesto il filtro dell'intercettazione telefonica o ambientale, quale atto d'indagine «a sorpresa», non offre alcuna apprezzabile certezza circa la veridicità e, spesso, circa la stessa verificabilità del narrato. Solo una congettura argomentativa può consentire di aggirare il sospetto di mendacio che dovrebbe guidare l'utilizzazione *contra alios* delle intercettazioni e tale appare, in particolare, il richiamo operato dalla Cassazione agli oneri di motivazione di cui all'art. 192, 1° co. Un conto è invocare il prudente apprezzamento del giudice nell'interpretazione delle conversazioni intercettate (da ultimo C., Sez. VI, 11.12.2007, n. 15396), altro è imporre il meccanismo di controllo di cui al 3° comma. D'altronde, anche a voler condividere la tesi circa la persistente idoneità dell'interrogatorio da parte dell'autorità a generare narrazioni infide, v'è da rilevare che il dichiarante mendace si espone comunque a conseguenze sanzionatorie (calunnia, falsa testimonianza, revoca del programma di protezione se collaboratore di giustizia) del tutto inesistenti nel caso del *loquens* intercettato, la cui conversazione eteroaccusatoria è cristallizzata dalla registrazione senza la ragionevole previsione di una successiva interlocuzione chiarificatrice o integratrice (per l'utilizzabilità delle trascrizioni di intercettazioni ai fini della contestazione delle dichiarazioni «rese» in dibattimento cfr. C., Sez. II, 14.11.1997, n. 6216).

La strada percorsa sinora dalla giurisprudenza di stimare non suscettibile di cogente applicazione alla materia delle captazioni il canone di cui all'art. 192 3° comma, pur se

fondata su un univoco dato testuale, ripropone la conducenza probatoria di massime d'esperienza ormai smentite dalla prassi giudiziaria. Si pensi alla regola d'inferenza secondo cui «due uomini d'onore non possono mentire», nel momento in cui dialogano tra loro, per effetto dei doveri connessi alla comune appartenenza a un sodalizio mafioso (per un'applicazione Ass. App. Perugia, 13.2.2003, Andreotti). La fallacia di questo criterio, utilizzato per una certa fase a sostegno della veridicità intrinseca della chiamata di correo, è stata dimostrata attraverso la confutazione serrata delle implicazioni, anche di tipo antropologico, da cui essa traeva fondamento. Ammettere oggi una valutazione delle conversazioni *inter alios* a prescindere da una stringente allegazione degli «altri elementi di prova» che ne confermino attendibilità e direzione individualizzante, equivale a riproporre la massima d'esperienza degli «uomini d'onore» senza neppure il conforto di quel sostrato criminale e antropologico e per giunta traslandola in contesti locutori di dubbia affidabilità. Un indirizzo interpretativo che, così come accaduto per l'art. 273 c.p.p. prima del 2001, applichi alle intercettazioni un canone analogo a quello enunciato dall'art. 192, 3° co., potrebbe costituire la lungimirante anticipazione di una riforma legislativa al momento escluso dai d.d.l. in discussione (cfr. C., Sez. I, 24.9.2003, n. 39330 per l'uso delle captazioni quale riscontro al narrato). I soggetti estranei, per così dire i «conversati in reità», potrebbero stimare irrilevante la circostanza che la propalazione accusatoria, piuttosto che provenire da uno dei dichiaranti soggetti allo statuto dell'art. 192, 3° co., derivi da intercettazioni a carico di altri. Anzi proprio l'inapplicabilità del principio del contraddittorio nella materia delle intercettazioni rende ancora più meritevole di tutela la situazione in cui versa l'accusato, il quale quasi sempre non ha facoltà di escutere il soggetto captato per confutarne le affermazioni. La tutela che la posizione dei terzi estranei alla conversazione riceverebbe per effetto del sinergico operare del divieto di

pubblicazione e dell'obbligo del riscontro sui contenuti delle conversazioni, potrebbe tranquillizzare quanti oggi invocano pura-

mente e semplicemente la dismissione di un mezzo di prova allo stato privo di serie alternative.

Contributo minimo in replica all'intervento di Alberto Cisterna a proposito del contenuto etero-accusatorio di intercettazioni di conversazioni svolte tra altri
di *Daniele Cenci*

«Qualcuno doveva aver calunniato Josef K. poiché senza che avesse fatto alcunché di male una mattina venne arrestato»: così l'*incipit* del famoso romanzo di Franz Kafka *Der Prozess* (nella traduzione di Ervino Pocar, Milano, 2006).

Ma, mentre l'eventuale calunniato finito in carcere innocente ha la possibilità, costituzionalmente prevista, di far esaminare e contro-esaminare colui che lo accusa (art. 111, 3° co., nella versione introdotta dalla legge costituzionale n. 2 del 23.11.1999), in un dibattito da celebrarsi in tempi rapidi (art. 111, 2° e 3° comma, Cost. a seguito dell'intervento della legge costituzionale n. 2 del 23.11.1999, ed art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., come modificato dall'art. 2-*bis* della legge n. 125 del 24.7.2008), in ben diversa – ed oggettivamente peggiore – situazione si trova chi viene “chiamato in causa” da altre persone che parlano in conversazioni captate, sia mediante intercettazioni che in modalità ambientali.

Il tema è attualissimo, anzi “scottante”, ed assolutamente condivisibili appaiono le considerazioni di Alberto Cisterna a proposito delle propalazioni *contra alios*.

Due aspetti accennati dall'Autore meritano, tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, ulteriore riflessione.

Il primo aspetto.

Il Cons. Cisterna sia nella parte introduttiva che in quella finale accomuna due situazioni, in realtà, oggettivamente differenti, sebbene ricche di interferenze, allorché scrive, a proposito del procedere in Commissione giusti-

zia della Camera dei Deputati del progetto di legge n. 1415 recente “Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali” ed altro, che «La veemenza del dibattito e il tono esasperato di taluni interventi non consentono spesso di focalizzare uno dei punti su cui più preoccupato appare l'allarme della pubblica opinione e rispetto al quale non sono annunciate riscritture in Parlamento. È il caso in cui i dialoghi intercettati abbiano ad oggetto persone estranee alla conversazione e per le quali i conversanti formulino valutazioni gravemente lesive della sfera individuale o riferiscono addirittura fatti aventi rilevanza penale. Spesso è stata proprio la divulgazione a mezzo stampa dei contenuti di queste telefonate che ha animato la discussione sul tema delle intercettazioni e ha spianato la strada a soluzioni che si annunciano fortemente compressive per il mezzo di indagine»; per concludere così: «La tutela che la posizione dei terzi estranei alla conversazione riceverebbe per effetto del sinergico operare del divieto di pubblicazione e dell'[auspicato] obbligo del riscontro sui contenuti delle conversazioni, potrebbe tranquillizzare quanti oggi invocano puramente e semplicemente la dismissione di un mezzo di prova allo stato privo di serie alternative».

E appena il caso di notare che altro è il caso di chi, nel parlare di terze persone al telefono o in ambiente controllato da microspie, formuli valutazioni o faccia asserzioni lesive della sfera individuale altrui, ad esempio sotto il profilo della riservatezza (riservatezza praticata in Italia in proporzione inversa a

quanto se ne parla), ed altro e differente è il caso di chi, parlando per telefono o comunque sotto controllo, accusi altri della commissione di reati: nel primo caso, infatti, le eventuali affermazioni lesive dell'altrui sfera individuale sarebbero, di per sé, neutre (per configurarsi diffamazione occorre la comunicazione con più persone e per configurarsi ingiuria la presenza del destinatario) e resterebbero (*recte*: dovrebbero restare) confinate negli archivi delle Procure della Repubblica, se non si assistesse, sempre più di frequente, alla massiccia pubblicazione sulla stampa del contenuto di intercettazioni, così come di altri atti riservati. Il fenomeno in questione, seppure costituente sia reato che illecito disciplinare, non essendo state abrogate, almeno a quanto consta a chi scrive, né gli artt. 326 e 684 c.p. né gli artt. 329 e 114, 115 e 124 c.p.p. (su cui cfr. TRIGGIANI, *Art. 114*, in *Codice di procedura penale ipertestuale* a cura di A. Gaito, Torino, 2001, 374; ID., *Art. 115*, *ivi*, 379; VENTURA, *Art. 329*, *ivi*, 1170; TONINI, *Segreto investigativo*, in EG, XXVIII, Roma, 1992, 1; PISA, *Segreto (tutela penale del segreto)*, *ibidem*, 4; CORDERO, *Art. 114*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 139; ID., *Art. 329*, *ivi*, 398; LUPO, *Art. 114*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coord. da Chiavario, II, Torino, 1990, 44; ID., *Art. 124*, *ivi*, 84; UBERTIS, *Art. 114*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale* diretto da Amodio e Dominioni, II, Milano, 1989, 29; ID., *Art. 124*, *ivi*, 71; TOSCHI, *Segreto (diritto processuale penale)*, in ED, XLI, Milano, 1989, 1109; GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989; NEPI MODONA, *Profili contraddittori del rapporto tra giustizia e informazione: il segreto professionale del giornalista e il segreto istruttorio*, in *Quest. Giust.*, 1983, n. 3, 543; nonché, volendo, CENCI, *La "fuga" di notizie processuali tra norma e prassi*, in RIDPP, 1994, 1629), norme che nel vigente ordinamento non possono considerarsi abrogate per "desuetudine applicativa" (icasticamente, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987, 65), è comunque a tal punto feno-

meno diffuso da avere indotto l'A.N.M. a proporre, almeno stando a recentissima notizia diffusa dall'Ansa, l'abolizione del segreto investigativo (*Libro Bianco dei cronisti. E l'Anm propone: si abolisca il segreto investigativo*, in www.ansa.it, 24 ottobre 2008; *Giustizia: Cascini, il segreto investigativo va abolito del tutto*, in <http://notizie.alice.it>; *Un libro bianco sulle vessazioni...*, in www.iltampo.it, 25 ottobre 2008), fatta eccezione per i casi in cui vi siano esigenze investigative o di tutela di *privacy*, notizia questa che, ove fosse confermata, potrebbe suonare, seppure lodevolmente aliena da ogni ipocrisia, come una vera e propria resa dei rappresentati dall'Associazione nazionale magistrati di fronte ad un costume non solo davvero deprecabile ma spesso connotato dalla causazione di danni gravissimi e difficilmente riparabili. Il che lascia perplessi perché sarebbe un po' come dire: poiché non si riesce (ammesso che davvero non si riesca) a punire i trafficanti di esseri umani dai paesi poveri alle nostre coste, se ne prenda atto e si renda lecita questa moderna tratta di schiavi! Sarebbe senz'altro preferibile rendere effettivo, come auspica Cisterna nella parte finale del Suo contributo, il divieto di pubblicazione piuttosto che "gettare la spugna" di fronte ad una pratica dai connotati barbari e che ha il suo predente storico più affine nella gogna.

In tal senso condivisibile appare il contenuto dell'art. 2 del disegno di legge recante "Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali" ed altro, presentato il 30 giugno 2008 dal Ministro della giustizia On. Alfano alla Camera dei Deputati, norma che, ove introdotta, opportunamente vieterebbe la pubblicazione di qualsiasi atto sino alla chiusura delle indagini preliminari (v. il disegno di legge in questione, nel suo testo e nella relazione, n. C-1415, in www.camera.it).

Il secondo aspetto.

Ulteriore tema concettuale è quello su cui si sofferma, in maniera lucida e persuasiva, il Consigliere Cisterna nella prosecuzione del suo scritto: il problema cioè del valore da

attribuirsi alle dichiarazioni *contra alios* contenute in intercettazioni.

La soluzione che Cisterna offre è bene argomentata, efficacemente strutturata e, pertanto, apprezzabile e consiste nella motivata proposizione di un indirizzo interpretativo che, superando l'attuale "stato dell'arte", in attesa di un auspicato intervento legislativo che però ancora non è nemmeno all'orizzonte, applichi al contenuto delle intercettazioni un canone analogo a quello enunciato dall'art. 192, 3° co., c.p.p., che richiede, come noto, dei riscontri, per concludere che «proprio l'inapplicabilità del principio del contraddittorio nella materia delle intercettazioni rende ancora più meritevole di tutela la situazione in cui versa l'accusato, il quale quasi sempre non ha facoltà di escutere il soggetto captato per confutarne le affermazioni».

Ebbene, proprio il condivisibile richiamo di Cisterna alla "inapplicabilità del principio del contraddittorio alla materie delle intercettazioni" suggerisce la seguente riflessione, che si offre nella "tavola rotonda virtuale" dell'Osservatorio.

Posto, infatti, che si conviene che la prassi dimostra che spesso gli intercettati riferiscono circostanze imprecise, false, talora millantando conoscenze ed accadimenti non reali, che la categoria dell'atto "a sorpresa" non è di per sé idonea ad offrire alcuna certezza circa la veridicità e circa la verificabilità del narrato, che prescindere da altri elementi di prova che confermino quanto dichiarato all'insaputa del terzo pur destinatario del dialogo equivale, nella sostanza, a riproporre quella regola d'inferenza, rivelatasi fallace ma in passato drammaticamente in voga, secondo cui due "uomini d'onore" non potrebbero mentire quando parlano tra di loro, per effetto dei pretesi ineludibili doveri connessi alla comune appartenenza mafiosa, nella assiomatica versione aggiornata del "chi parla al telefono non può che dire la verità", ma posto che, al tempo stesso, non ci si può oggi attendere ausilio dalla Cassazione, dato il consolidato orientamento secondo cui la interpretazione non soltanto del linguaggio

ma anche del contenuto delle conversazioni intercettate costituisce questione di mero fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito e sottratta al sindacato di legittimità, se conforme ai criteri della logica e delle massime di esperienza (cfr. C., Sez. IV, 28.10.2005, Caruso, in *CP*, 2006, 4137; C., Sez. VI, 10.6.2005, Patti, *ivi*, 2007, 1710; C., Sez. I, 6.5.2005, Musin, in *Mass. Uff.*, 231856; C., Sez. V, 3.12.1997, Viscovo, *ivi*, 209620), appare forse possibile percorrere un altro approccio interpretativo.

Dando, infatti, per presupposta la nozione di norme costituzionali programmatiche e precettive (su cui v. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 21, 23 e 55; SPAGNOLI, *I problemi della Corte. Appunti di giustizia costituzionale*, Torino, 1996, 6 e 52; GUASTINO, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 120-121; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 43-46, 124-131, 147-162 e 270-279), attribuendo alle disposizioni secondo cui "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale" e secondo cui "La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita" (rispettivamente, art. 111, 2° co., ed art. 111, 5° co., Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 23.11.1999) valore non soltanto precettivo ma di vera e propria regola auto-applicativa, potrebbe desumersi in via interpretativa che le dichiarazioni etero-accusatorie nelle conversazioni tra altri, proprio perché per definizione sottratte al contraddittorio e non rientranti espressamente nei casi di deroga prevista per legge ordinaria sulla base dell'indicato rinvio costituzionale, non possono assumere valore di prova, nemmeno atipica (art. 189, prima parte, c.p.p.), essendo questa una categoria "aperta" che postula comunque il contraddittorio come metodo fondante (art. 189, seconda parte, c.p.p.).

Tali dichiarazioni avrebbero, invece, sicuramente il valore di mera notizia di reato, non

qualificata, alla stessa stregua, ad esempio, del contenuto di un articolo di giornale, notizia idonea, dunque, all'apertura di un procedimento ed all'avvio di investigazioni ma non certo a costituire dimostrazione giudiziale né cautelare dei fatti narrati. Se tale interpretazione fosse condivisa si potrebbe cominciare sin da ora porre rimedio, "dal basso", ad una situazione di imbarbarimento che a molti appare non più ulteriormente tollerabile.

In ogni caso, si auspica che il Parlamento approvi una disciplina in materia, che sia quella proposta dal Ministro Alfano, cui si è fatto cenno in precedenza, emendata o meno, ovvero altra, ma che ponga fine al vero e proprio *far-west* in materia di intercettazioni e di propalazioni etero-accusatorie di persone che, non sapendo di essere ascoltate, non si assumono impegni formali, non firmano un verbale, non rischiano l'incriminazione per falsa testimonianza o per calunnia e che di regola non vengono sottoposte ad esame incrociato ma che, allo stesso modo, nell'evenienza (non infrequente) che le loro parole siano male trascritte, male interpretate o "sbattute in prima pagine", rischiano di rovinare l'esistenza di un terzo inconsapevole di ciò che si dice alle sue spalle e, benché presunto innocente, privo di reali poteri di dimostrare il contrario, se non affidandosi, secondo l'orientamento consolidato della Corte di cassazione richiamato da Cisterna, ad un "prudente apprezzamento" un po' paternalistico di un giudice *bonus pater familias*, che è da un punto di vista statistico-

fenomenologico sempre più raro incontrare nelle aule di Giustizia.

E a proposito del tema del valore da attribuirsi al contenuto *contra alios* di intercettazioni ognuno dica la sua ma non si evochi, per favore, in senso contrario a quello esposto, il "trito e ritrito" ricorso alla asserita difficoltà di provare altrimenti determinati reati (oggi va di moda l'esempio della corruzione, come se non esistessero nel codice altre fonti di prova o strumenti investigativi: testimonianze, interrogatori, perquisizioni, sequestri, consulenze tecniche): è da 250 anni, precisamente dal 1764, che Cesare Beccaria ammonisce contro il rischio di capovolgere le regole generali sulla valutazione della prova e ciò proprio nei delitti di prova difficile: «strano parrà [...] che i delitti o più atroci o più oscuri o chimerici, cioè quelli de' quali l'improbabilità è maggiore, sieno provati dalle conghietture e dalle prove più deboli ed equivocate; quasiché le leggi e il giudice abbiano interesse non di cercare la verità ma di provare il delitto; quasiché di condannare un innocente non vi sia un tanto maggior pericolo quanto la probabilità dell'innocenza supera la probabilità del reato [...] Vi sono alcuni delitti che sono nel medesimo tempo frequenti nella società e difficili a provarsi, e in questi la difficoltà della prova tiene luogo della probabilità dell'innocenza [...]» (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione curata da Franco Venturi, Milano, 2008, 55).

Monito sempre attuale: quando vi è in gioco la libertà personale e l'onore, scorciatoie non sono ammesse.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

L'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate: un'espressione del diritto di difesa

Per la Corte costituzionale «è illegittimo l'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate. L'ascolto diretto delle conversazioni o comunica-

zioni intercettate non può essere surrogato, dalla trascrizione effettuata, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, la quale può essere, per esplicito dettato legislativo, anche sommaria» (C. Cost., 8.10.2008, n. 336).

Le osservazioni che seguono, corroborate da un seppur sommario esame degli istituti, esprimono condivisione per la scelta del Giudice costituzionale.

Osservazioni

di E. Nadia La Rocca

1. Il Giudice delle leggi, con la decisione n. 336 del 2008 ha risolto una questione giuridica di alto significato, dichiarando la manifesta illegittimità dell'art. 268 c.p.p. il quale, nella parte in cui non prevede la possibilità per il difensore di ottenere la trasposizione fonica delle conversazioni intercettate, quando da queste ultime siano stati tratti i gravi indizi per l'applicazione di una misura cautelare, lede gli artt. 24, 2° co., e 111, 2° e 3° comma, della Carta costituzionale.

Seppure l'art. 268, 4° co., c.p.p. prescriva il deposito nella segreteria del p.m. delle registrazioni delle comunicazioni intercettate – unitamente ai decreti autorizzativi ed ai processi verbali delle relative operazioni di ascolto, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni medesime –, potendo derivare dal deposito un grave pregiudizio per le indagini, il giudice può autorizzare il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Come ha avuto modo di rilevare la Corte, in

caso di autorizzazione al ritardo del deposito degli atti concernenti le intercettazioni, la trascrizione non può avere luogo prima che decorra il termine dilatorio accordato dal giudice. Solo a questo punto i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e far eseguire la trasposizione della registrazione su nastro magnetico (ex art. 268, 8° co., c.p.p.).

Il Giudice delle leggi ha giustamente evidenziato che l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, 2° co., c.p.p.), anche sommarie. E, infatti, necessario porre in evidenza che l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse. La qualità delle registrazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di «interpre-

tazione» delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere. In ogni caso, una forte rilevanza assumono le intonazioni della voce, le pause che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione.

È evidente che la trascrizione peritale dei colloqui costituisce una modalità di valutazione della prova più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia ed, a maggior ragione, la sintesi che può essere contenuta nei «brogliacci». Ma, in assenza della trascrizione effettuata dal perito, l'interesse difensivo si appunta sull'accesso diretto, tutte le volte in cui la difesa ritiene di dover verificare la genuinità delle trascrizioni operate dalla polizia giudiziaria ed utilizzate dal pubblico ministero per formulare al giudice le sue richieste. Proprio come avvenuto nel caso che ha occupato l'attenzione del Giudice delle leggi. La possibilità per il pubblico ministero di depositare solo i «brogliacci» a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell'indagato, se giustificata dall'esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, di certo non può limitare il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale.

Come è stato con rigore sostenuto dai Giudici costituzionali, l'interesse della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali. Nel caso in cui tali registrazioni non siano comprese tra gli atti trasmessi con la richiesta cautelare, la legittima pretesa difensiva di accedere alla prova diretta della comunicazione intercettata non è soddisfatta dal diritto di consultare gli atti depositati in cancelleria, secondo il disposto del 3° comma dell'art. 293 c.p.p., dopo l'esecuzione del provvedimento restrittivo. Da tanto la necessità di prevedere il

diritto dei difensori di accedere alle registrazioni in possesso del pubblico ministero, cosicché l'assenza di una previsione legislativa in tal senso non può che essere causa di illegittimità costituzionale.

2. Senza voler proporre sunti della normativa in materia, pare opportuno muovere dalla disciplina codicistica per mostrare la tendenza evolutiva intrapresa dalla giurisprudenza, prima ed all'esito della vicenda *de qua*.

Le intercettazioni di conversazioni o comunicazione vengono definite nel codice di procedura penale nella parte riguardante i mezzi di ricerca della prova. Questi ultimi rappresentano quegli strumenti di cui si serve l'Autorità Giudiziaria per individuare ed assicurare al processo elementi utili sui fatti che si riferiscono alla imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena; sono, pertanto, strumenti indispensabili per la ricerca probatoria ma destinati ad incidere pesantemente sui diritti garantiti a ciascun individuo, sia a livello costituzionale che internazionale (sul tema delle intercettazioni e la loro conformità al diritto convenzionale europeo, v. FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 118 ss.). Infatti, accanto alla particolare efficacia dello strumento, non vanno sottovalutati né sottaciuti i profili di estrema delicatezza che lo caratterizzano.

Nelle valutazioni che il pubblico ministero dovrebbe compiere nel decidere se avvalersi di tale "insidioso" strumento investigativo, sarebbe da tenere in considerazione il modo in cui esso potrebbe incidere sui diritti costituzionalmente garantiti, quali la *privacy* all'interno del domicilio, la libertà e la segretezza nelle forme di comunicazione, tutelati dalla Costituzione ma anche dall'art. 8 C.e.d.u., secondo cui ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza (cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 826 ss.).

Ad ogni modo, infatti, il mezzo di ricerca della prova *de quo*, nella varietà delle forme che può assumere – intercettazioni telefoni-

che, ambientali, telematiche – se per un verso rappresenta un utile mezzo di prevenzione del crimine ed a tutela dell'ordine pubblico, per altro va necessariamente ad incidere sui diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione e dalle Carte internazionali, avendo inevitabilmente un «costo in menomazione della libertà» (espressione sempre attuale ed utile utilizzata da CORDERO, 826).

Di conseguenza, tra l'interesse alla tutela della prova ed il riconoscimento garantito della salvaguardia della libertà in tutte le sue forme e manifestazioni, l'ordinamento impone che venga sacrificato il primo: è richiesto, pertanto, che si faccia e si sappia fare buon uso di tale mezzo, traendo dal suo utilizzo tutto quanto può offrire in termini di capacità acquisitiva di elementi probatori ma sempre evitando di regredire in usi illegittimi ed impropri dello strumento.

3. Le particolari modalità di esecuzione delle intercettazioni costituiscono il risvolto delle garanzie costituzionali prescritte dall'art. 15 Cost.

L'attuale disciplina codicistica impone, ex art. 268, 1° e 2° comma, la registrazione delle comunicazioni intercettate e la verbalizzazione delle operazioni compiute; nel verbale deve inoltre essere trascritto “anche sommariamente” il loro contenuto, attraverso i c.d. “brogliacci”. La verbalizzazione, invero, rappresenta lo strumento tipico di documentazione delle attività procedurali e processuali.

Ovviamente è la registrazione dei suoni e dei dati a costituire la fonte di prova, mentre il verbale ha un valore meramente confermativo del contenuto delle bobine (in tal senso CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*², Milano, 1990, 220). Correlativamente il verbale non può costituire da solo prova di ciò che non risulta registrato essendo le due forme di documentazione congiuntamente necessarie.

Per rientrare nell'ambito della vicenda oggetto della decisione in commento, occorre analizzare l'art. 268 c.p.p., norma che disciplina gli adempimenti procedurali che devono essere rispettati durante e successivamente alle operazioni di captazione.

Il 2° comma del citato art. 268 c.p.p. impone la trascrizione nel verbale, anche sommariamente, del contenuto delle comunicazioni intercettate: si tratta del c.d. “brogliaccio d'ascolto” che, come è risaputo, ha la limitata funzione di agevolare la consultazione delle bobine, ma non ha valore di prova (secondo CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 196, la mancanza del c.d. brogliaccio, infatti, non è causa di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, bensì di una nullità generale a regime intermedio, giacché lede l'assistenza dell'imputato nella consultazione delle registrazioni; v. anche FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 124); valore, quest'ultimo, che è riconosciuto, secondo parte della giurisprudenza di legittimità più garantista, solo ai documenti fonici ed ai verbali [C., Sez. VI, 3.6.1993, De Tommasi, in *GP*, 1995, III, 218; C., Sez. IV, 7.4.1995, Celone, in *ANPP*, 1996, 156. La suprema Corte, tuttavia, ha successivamente affermato che nel caso in cui la registrazione sia stata correttamente eseguita ma, successivamente si è deteriorato il supporto materiale (nastro magnetico), con conseguente impossibilità di trascrizione, essendo stata rispettata la formalità della registrazione, la prova del colloquio e del suo contenuto può essere realizzata utilizzando gli ordinari mezzi probatori, primo tra essi la lettura del brogliaccio di cui al 2° comma dell'art. 268. Così C., Sez. IV, 26.1.2001, Ghedi, inedita].

Al fine di garantire la genuinità delle registrazioni contro eventuali manomissioni, il Legislatore si è premurato di prevedere che i nastri contenenti le registrazioni siano racchiusi in apposite custodie numerate e sigillate. Evidente, pertanto, il valore riservato ai supporti contenenti la registrazione delle conversazioni, le sole idonee a garantire la genuinità della prova che non può lasciare spazio ad interpretazione alcuna.

4. Occorre a tal punto chiedersi quale sia il momento in cui il soggetto, vittima della captazione ma allo stesso tempo presunto autore di condotte delittuose, possa esercitare il suo diritto di difendersi.

Ebbene, se nel codice abrogato le garanzie di difesa potevano dirsi apparenti, poiché l'art. 226 *quater*, 7° co., si limitava ad imporre il deposito nella cancelleria del giudice istruttore o nella segreteria del ministero dei verbali delle operazioni compiute e delle registrazioni, con avviso ai difensori degli indiziati o imputati che potevano solo effettuare un controllo esteriore delle bobine ma non ascoltare le registrazioni né estrarne copia, nel vigente codice al diritto di difesa viene apprestata tutela, ma solo in un momento posteriore allo svolgimento delle operazioni. Entro cinque giorni dal termine delle operazioni, i verbali e le registrazioni devono essere depositati nella segreteria del pubblico ministero insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato o prorogato l'intercettazione. La violazione di tale adempimento non può che comportare una lesione del diritto di difesa del soggetto colpito dalle captazioni che non è messo nelle condizioni di prendere conoscenza della prova a suo carico.

5. Se il diritto del soggetto perseguito di conoscere della prova a suo carico deve essere generalmente riconosciuto poiché solo in tali termini lo stesso può predisporre la sua difesa, ciò vale ancor di più nel momento in cui i risultati delle attività di intercettazione siano utilizzati per l'applicazione di una misura cautelare.

La giurisprudenza di legittimità da sempre è orientata a ritenere che il pubblico ministero, nel richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale, possa depositare a supporto della richiesta stessa solo i "brogliacci" e non le registrazioni delle comunicazioni intercettate (cfr. C., Sez. IV, 26.5.2004, Trabelsi, in *Mass. Uff.*, 229570; C., Sez. I, 28.4.1999, Bollo, *ivi*, 213727; C., Sez. VI, 16.12.1997, Valenti, *ivi*, 210067).

Ma a ben vedere, solo il supporto fonico della comunicazione e la possibilità di ascolto dello stesso possono dare l'esatto significato dei contenuti e della paternità delle conversazioni, senza pericolo di equivoci che di certo caratterizzano un modo di procedere che da tali adempimenti si discosta.

Invero, il brogliaccio d'ascolto, inidoneo a riprodurre i suoni, le pause, i rumori di fondo, le intonazioni della voce non può che far emergere una visione del tutto stravolta della realtà.

Ed è per tali motivi che non può che conditarsi la decisione annotata. Per usare le parole della Corte costituzionale, «ai fini della tutela del diritto di difesa in relazione ad una misura restrittiva della libertà personale già eseguita, i difensori devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest'ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria. Il diritto all'accesso implica, come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime».

Solo attraverso tale *modus operandi* può realizzarsi il diritto al contraddittorio sancito dall'art. 111 Cost. che è canone fondamentale per la formazione e presupposto per la corretta valutazione della prova nonché garanzia individuale dell'imputato che ha diritto a confrontarsi con il suo accusatore e con la qualità del materiale da questi raccolto.

Solo il diretto interessato è normalmente in grado di rilevare la falsità di una circostanza narrata dal teste d'accusa, di suggerire domande e/o proporre verifiche; solo l'imputato è in grado di portare quel contributo di conoscenze rilevanti per la ricostruzione del fatto storico e per la sua difesa (in tal senso GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, cit., 47; v. anche UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, 53).

D'altro canto sono proprio le norme sulla prova che costituiscono una garanzia per i diritti del soggetto coinvolto nel processo (CONSO, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *RDP*, 1970, 10). Nel concreto, la *chance* di contestare le "prove a carico" e di offrire la prova contraria, equivale a consacrare il canone dell'equilibrio tra le parti, inteso quale "diritto di

difendersi provando" anche mediante la possibilità, per l'accusato, di ottenere l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore.

6. È su tali assunti che si è fondata la decisione del Giudice delle leggi che, tuttavia non risolve i problemi pratici rinvenibili nella mancanza di un'espressa previsione codicistica che consacrì il diritto dell'indagato/imputato ovvero del suo difensore, di ottenere

la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare. Pertanto, pur mostrando condivisione per tale significativo intervento del Giudice delle leggi, non può che auspicarsi un intervento legislativo che consenta di garantire il diritto di difesa ed il diritto al contraddittorio anche durante la delicata fase dell'incidente cautelare.

Presunzione di redditi mafiosi occulti e revoca del gratuito patrocinio

La questione della revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio è senza dubbio uno dei temi più controversi nel panorama giurisprudenziale. Di recente la Cassazione ha scritto un'ulteriore pagina che dà atto della metodologia di accertamento che il giudice di merito è tenuto ad osservare.

Per completezza riportiamo i passaggi più significativi.

«Il ricorso-opposizione, proposto ai sensi dell'art. 99 del D.P.R. n. 115/2002 contro la decisione del Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila di revocare l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato concessa a B., è stato rigettato dal Tribunale medesimo con ordinanza del 24.1.2006, sul rilievo che le informazioni fornite dalla Direzione Nazionale Antimafia davano ampia e documentata contezza, non sminuita dagli indimostrati rilievi critici difensivi, che l'istante, al quale potevano attribuirsi notevoli risorse economiche e finanziarie, frutto di occulte attività illecite, fosse titolare di un reddito complessivo superiore a quello indicato dalla legge per godere del chiesto beneficio.

(Omissis)

Ciò premesso, giova ricordare che, ai sensi dell'art. 112, 1° co., lett. d), del citato D.P.R., il magistrato revoca l'ammissione se, tenuto conto del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari e delle attività econo-

miche eventualmente svolte, risulta provata la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito di cui agli artt. 76 e 92.

Essendo pacifico che la prova della titolarità dei redditi può essere data anche per mezzo di presunzioni semplici ex art. 2729 c.c., il cui impiego sia giustificato dal giudice con una persuasiva motivazione, va rilevato che, nel caso di specie, il giudice dell'opposizione ha esaurientemente spiegato nell'impugnato provvedimento di avere desunto, ricorrendo appunto anche alle presunzioni semplici, la prova della titolarità in B. di redditi complessivamente superiori a quelli indicati dagli artt. 76 e 92 del citato D.P.R., in essi comprendendo anche quelli derivanti dalle lucrose attività illecite poste in essere dal predetto o per conto del predetto anche durante la detenzione carceraria, in virtù del ruolo assolutamente apicale svolto in seno al sodalizio mafioso di appartenenza.

Trattasi, all'evidenza di una logica e congrua motivazione, tenuto conto che il predetto è accusato di essere al vertice di una cosca mafiosa, dedita appunto ad innumerevoli e lucrose attività illecite, che sfuggono in quanto tali ad una formale verifica fiscale che si basi soltanto sulla presentazione delle dichiarazioni di redditi e sulla impossidenza di beni immobiliari, ma che è possibile e corretto giuridicamente disvelare in virtù dei calcoli presuntivi condotti, co-

me lo sono stati nella fattispecie, dalle autorità competenti in materia: proprio per tale ragione tale motivazione sfugge al sindacato di legittimità proposto dal ricorrente.

Né vale ad infirmare la correttezza della decisione impugnata il rilievo difensivo che, richiamandosi alla disposta revoca del regime speciale di cui all'art. 41 bis ord. penit., vuole inferire, dalla dismissione di tale regime carcerario, anche l'interruzione dell'esplicazione occulta ed ininterrotta delle attività ad alta valenza patrimoniale che, grazie al riconosciuto ruolo apicale, al B. sono state attribuite in via presuntiva.

L'assunto difensivo, pur se suggestivo, e an-

ch'esso infondato, posto che la dismissione del regime del carcere c.d. "duro" risponde a finalità interne all'ordinamento che organizza la vita carceraria, finalità che nulla hanno a che vedere con la possibilità giuridicamente consentita, da parte degli organi all'uopo deputati dalla legge, di desumere per mezzo di presunzioni semplici che un capo mafioso tragga, anche durante la restrizione in carcere, i mezzi di sostentamento proprio e della propria famiglia dalle occulte attività illecite esplicate dalla cosca mafiosa di sua appartenenza» (C., Sez. IV, 2.7.2008, B.).

Per completezza si riportano i motivi di ricorso presentati dal difensore.

I motivi di ricorso

di Alfredo Gaito

Si legge nell'ordinanza impugnata che la revoca del "gratuito patrocinio" è giustificata dalle «informazioni fornite dalla Direzione Nazionale Antimafia» dalle quali sarebbe «emerso che il B. ha tratto i mezzi di sussistenza per sé e per i propri familiari da attività illecite» (p. 1).

In realtà, appena poche righe più avanti è svelata la natura del tutto congetturale della conclusione raggiunta: «quello che emerge dalla nota della DNA è... il ruolo assolutamente apicale [del B.] nell'ambito della propria associazione mafiosa da cui scaturisce la considerazione che egli abbia tratto i mezzi di sussistenza per sé e per la sua famiglia dalle attività illecite ad elevata valenza patrimoniale da lui poste in essere».

In sostanza, viene affermata la presunzione per la quale il mafioso "di rango", quale che sia la durata della sua detenzione (è pacifico che B. sia detenuto, in regime di 41-bis ord. penit. fino alla recente "declassificazione" in E.I.V., dal 1993) "abbia tratto" (e tragga, par di capire) i mezzi di sussistenza dalla propria attività criminale.

Ciò fino a prova contraria, posto che si ad-

debita alla difesa di non aver documentato «che il ruolo del B. nel sodalizio criminoso non gli consentisse di godere di cospicui proventi».

In realtà, la normativa speciale, proprio ad evitare simili, non previste, presunzioni (per le quali l'ammissione al beneficio dovrebbe essere allora esclusa *ratione delicti*) prevede la possibilità di verifiche, da parte della Guardia di Finanza, sulle capacità finanziarie del richiedente; verifiche effettuate – si legge nell'ordinanza impugnata – con esiti negativi ma non appaganti (p. 2).

In tal modo, però, la presunzione si dimostra resistente ai meccanismi di controllo previsti dal legislatore, e finisce per svelare la sua propria – non dichiarata – assolutezza.

Pertanto, la stessa circostanza che al B. sia stato revocato, dopo un decennio, il regime speciale di cui all'art. 41-bis (il che equivale al riconoscimento dell'insussistenza di indebiti collegamenti del detenuto con l'associazione criminale di riferimento) avrebbe dovuto far meditare sulla gratuità delle informazioni fornite dalla DNA.

In conclusione.

L'unico dato concreto emergente dalla motivazione concerne la constatazione della tipologia dei reati per i quali l'interessato è in espiazione pena, con un generico riferimento alla posizione rivestita dal detenuto all'interno dell'organizzazione mafiosa. Ciò senza neppure il tentativo di dimostrazione dei redditi che deriverebbero da tale – asseritamente persistente – ruolo, ed anzi con l'inversione dell'onere dimostrativo a tale riguardo.

Donde, la denunciata violazione della normativa speciale, in uno con la totale mancan-

za di una effettiva (e non soltanto formale) motivazione sull'esistenza di redditi "criminali" occulti.

Infine, stante anche il principio dell'affidamento e della buona fede, è a ritenersi che la revoca potrebbe al massimo essere pronunciata per prestazioni professionali future ma comunque non mai per prestazioni professionali già effettuate dai legali *illo tempore* nominati di fiducia i quali, in buona fede e sulla scorta delle risultanze dei controlli della G.d.F., si sono impegnati, conseguendo altresì risultati pienamente apprezzabili.

Il registratore nel taschino: il Tribunale di Lecce investe la Corte Costituzionale

Il Tribunale di Lecce, intervenendo sulla *vexata quaestio* relativa alla captazione di comunicazioni effettuata da uno degli interlocutori o dai soggetti ammessi ad assistere alla conversazione medesima, ne ha rimesso la risoluzione alla Corte Costituzionale «*in relazione agli artt. 2, 15, 24 e 117, 1° co., Cost., con riferimento agli artt. 234 e 266 ss. c.p.p. nella parte in cui escludono dalla nozione di intercettazione di conversazioni e comunicazioni, per considerarle documenti, e, quindi, dall'applicabilità della disciplina in materia di intercettazioni, o comunque dalla possibilità di svolgere l'attività solo sul-*

la base di un provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria, le registrazioni di conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori o dei soggetti ammessi ad assistere alla conversazione medesima, ma all'insaputa di altri interlocutori o partecipanti alla stessa, di intesa con la polizia giudiziaria, eventualmente utilizzando mezzi messi a disposizione della polizia giudiziaria e, in ogni caso, nel contesto di un procedimento penale già avviato» (T. Lecce, 19.5.2008).

Le osservazioni di seguito ripercorrono l'iter motivazionale del tribunale salentino.

Osservazioni

di Vito Epifani

Con ordinanza del 16/19.5.2008 il Tribunale di Lecce ha ritenuto di dover sollevare "di ufficio" una interessante questione di legittimità costituzionale, inerente – in maniera specifica – gli artt. 234 e 266 ss. c.p.p. nella parte in cui escludono dalla nozione di inter-

cettazione di conversazioni e comunicazioni, per considerarle documenti (ritenendo, quindi, inapplicabile la disciplina in materia di intercettazioni), le registrazioni delle conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori all'insaputa

di altri, di intesa con la polizia giudiziaria e nel contesto di un procedimento penale già avviato.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata in relazione agli artt. 2, 15, 24 e 117, 1° co., Cost.

Il fatto storico è il seguente: la parte lesa, che aveva in precedenza formalmente denunciato ai Carabinieri di avere ricevuto per telefono delle richieste estorsive, dopo avere preso accordi con l'ignoto interlocutore per un incontro, contattava la polizia giudiziaria. Su indicazione dei Carabinieri veniva predisposto un servizio investigativo teso ad ottenere, con il consenso della stessa parte lesa, la captazione e registrazione del colloquio che sarebbe avvenuto con l'ignoto estorsore. Orbene, a prescindere dalle modalità attraverso le quali tale conversazione veniva registrata (con un registratore messo a disposizione dai Carabinieri oppure con l'utilizzazione di microfoni applicati sulla persona, attraverso i quali veniva ascoltata e registrata a distanza dai Carabinieri in luogo appartato e nascosto) è dato assolutamente certo che la registrazione veniva operata da uno degli interlocutori e con il suo consenso.

Fissato in questi termini il fatto, occorre fermare l'attenzione sui diversi passaggi motivazionali attraverso i quali il Tribunale ha ritenuto di dovere articolare e sollevare la questione di legittimità costituzionale. Innanzitutto il Tribunale ha fissato, in termini tecnico-giuridici, il concetto di intercettazione "ri-attuale", che richiede, tra gli altri, un imprescindibile presupposto: quello della assoluta estraneità al colloquio (conversazione o comunicazione tra privati) del soggetto captante che, in modo clandestino, consenta la violazione della segretezza della conversazione. Il Tribunale ha poi ricordato il principio ripetutamente ribadito dal Giudice di legittimità, secondo il quale «la disciplina di garanzia prevista per le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni concerne esclusivamente la "intramissione esterna" della Autorità in una conversazione telefonica o tra presenti, e non si applica, pertanto, nel caso di colloqui privati registrati da parte di uno de-

gli interlocutori». Ne consegue che, alla luce del consolidato orientamento della Suprema Corte, la registrazione operata da uno degli interlocutori andrebbe qualificata come "documento", ai sensi dell'art. 234 c.p.p., legittimamente acquisibile in quanto tale agli atti del fascicolo dibattimentale ed utilizzabile in quanto registrato con il consenso di uno degli interlocutori.

Ciò premesso, il Tribunale ha ritenuto che tale pacifico orientamento giurisprudenziale contrasti, in primo luogo, con gli artt. 15 e 24 Cost., poiché la prova documentale di cui all'art. 234 c.p.p. ha un suo specifico ambito applicativo. In particolare, ai fini dell'ammissione della prova documentale, deve ricorrere una imprescindibile condizione: che il documento risulti materialmente formato fuori, ma non necessariamente prima, del procedimento. Pertanto, soltanto le registrazioni effettuate fuori dal procedimento possono essere introdotte nel processo come documenti e diventare, quindi, prova documentale, mentre le altre, effettuate nel corso delle indagini, costituiscono la documentazione dell'attività investigativa, e non documenti. Il Tribunale rileva altresì che la relazione al progetto preliminare del vigente codice di rito ha operato una netta distinzione tra documenti ed atti del procedimento, perché «le norme sui documenti sono state concepite e formulate con esclusivo riferimento ai documenti formati fuori dal processo nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso».

Pertanto, alla luce di questa chiara distinzione, la fonoregistrazione di una conversazione effettuata da uno degli interlocutori o dei partecipanti alla stessa può assumere la natura giuridica di documento, acquisibile al processo ai sensi dell'art. 234 c.p.p., soltanto se effettuata al di fuori del procedimento, non anche all'interno dello stesso, nell'ambito di attività investigativa svolta dalla Polizia Giudiziaria. Ed invero, in quest'ultimo caso, non si versa più in tema di prova documentale, bensì di un atto di indagine che deve trovare una sua disciplina processuale, anche perché lo stesso incide su diritti fonamen-

tali della persona, costituzionalmente tutelati. Sul punto, nell'ordinanza in questione, si legge testualmente: «Invero, in questo modo si realizza pur sempre un'occulta (rispetto al soggetto ignaro) attività di captazione di una conversazione ad opera della polizia giudiziaria, senza alcuna garanzia procedimentale. Ciò incide inevitabilmente sul diritto alla segretezza delle conversazioni e comunicazioni, costituzionalmente tutelato (art. 15 Cost.), senza che l'attività sia preceduta dal doveroso controllo dell'Autorità Giudiziaria, espresso attraverso il provvedimento motivato». Ed ancora: «non può negarsi che anche il diritto alla riservatezza o, più in generale, il diritto al rispetto della vita privata gode di riconoscimento e tutela costituzionale ai sensi dell'art. 2 Cost., oltre che di un chiaro riconoscimento internazionale ai sensi dell'art. 8 C.e.d.u. Sicché, incidendo l'attività investigativa così svolta sul diritto dell'interlocutore ignaro alla riservatezza, deve essere necessariamente eseguita sulla base di un provvedimento motivato dalla Autorità Giudiziaria che la autorizzi, che costituisca quel livello minimo di garanzie come ripetutamente affermato dalla Corte Costituzionale». Quali le conclusioni cui perviene il Tribunale?

L'attività di fonoregistrazione di una conversazione o comunicazione, effettuata direttamente da uno degli interlocutori partecipanti alla stessa, all'insaputa di altri interlocutori o partecipanti alla medesima, sulla base di intese intercorse con la Polizia Giudiziaria, e, dunque, all'interno di un procedimento penale, non può essere effettuata senza essere preceduta, almeno, da un provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria, che ne determini i limiti di ammissibilità, gli scopi probatori e le modalità esecutive. E tanto perché, l'attività così svolta, essendo assimilabile alle intercettazioni, deve essere disciplinata ai sensi degli artt. 266 ss. c.p.p., che contengono una disciplina completa sotto i profili evidenziati. Conclusivamente, scrive il Tribunale: «la mancata previsione di ciò, e la persistente interpretazione giurisprudenziale, che inquadra il supporto che contiene la

fonoregistrazione in tal modo ottenuta nell'ambito delle prove documentali di cui all'art. 234 c.p.p., si pone in contrasto con i principi riconosciuti dagli artt. 2, 15 e 24 Cost.». Nell'ordinanza in questione si evidenzia – da ultimo – che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato, in plurime pronunce, principi alquanto diversi rispetto alla Cassazione. Ed invero in casi analoghi (registrazioni di conversazioni effettuate da uno degli interlocutori e nel contesto di una indagine ufficiale) la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare che si era verificata una interferenza con la vita privata dell'imputato rilevante ai sensi dell'art. 8, 2° §, C.e.d.u. (norma secondo la quale le interferenze con la vita privata possono essere consentite solo nei casi previsti dalla legge). Le garanzie legislative che l'art. 8 C.e.d.u. richiede riguarderebbero soprattutto l'attività di formazione dell'elemento probatorio, nel momento in cui l'attività investigativa finalizzata alla ricerca delle prove viene ad interferire con la vita privata e la segretezza e riservatezza che le è propria. In proposito l'estensore dell'ordinanza rileva: «Solo ritenendo che l'attività in questione rientri nel concetto di intercettazione e che, quindi, risulti disciplinata ai sensi degli artt. 266 ss. c.p.p., è possibile garantire il rispetto della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (in specie dell'art. 8)».

Pertanto, poiché il contrasto – tra i principi enunciati dalla Corte di Strasburgo e quelli della Suprema Corte – non può essere sanato in alcuna maniera, si impone – secondo il Tribunale – la necessità di sottoporre al vaglio della Corte Costituzionale anche «la questione dell'eventuale violazione dell'art. 117, 1° co., Cost., se del caso in combinato disposto con gli artt. 2, 15 e 24 Cost., per contrasto con l'art. 8 C.e.d.u., come interpretato sul punto dalla Corte di Giustizia europea dei Diritti dell'Uomo».

Ne consegue che non appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 234 e 266 e ss. c.p.p. in relazione agli artt. 2, 15, 24 e 117, 1° co., Cost.

*Le misure alternative alla detenzione tra strategie difensive
e legislazione dell'emergenza. Profilassi agli abusi*

(Relazione tenuta all'Incontro di Studio

«Le misure alternative alla detenzione» – Salerno, 2.10.2008)

di Filippo Giunchedi

1. – Negli ultimi anni è affiorata una metodologia di approccio alla fase *post rem iudicatam* ed in particolare all'effettività dell'esecuzione della pena, a dir poco contraddittoria. Per un verso si tratta di attenzione eccessiva frutto di un allarmismo esasperato dalle campagne mediatiche; per altro verso, si tratta della presa di coscienza di un'ingiustificata tolleranza verso il delitto, oramai radicatasi nella cultura del nostro Paese (così TAMBURINO, *Misure alternative e pene sostitutive – Le prassi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 47).

Prescindendo da questo genere di valutazioni, che implicano approcci estranei alla ragion propria del diritto, il tema che si intende sviluppare è legato alla capacità di saper conciliare istanze riformistiche legate alle pulsioni della collettività – e recepite *per tabulas* – e la speculazione difensiva nella ricerca di un quadro d'insieme persuasivo e incontaminato dagli abusi. Come dire: utilizzare gli strumenti apprestati dal legislatore secondo la *ratio* propria e non per scopi eterogenei. Ed in tutto ciò sicuramente uno sguardo ai *partners* europei potrebbe essere di ausilio, vuoi perché l'esperienza comparativa costituisce sempre un motivo di arricchimento e la via di fuga verso un microcosmo asfittico ed incapace di cogliere i moti di riforma esterni; vuoi per "sfruttare" vicende positive e negative per migliorare lo stato delle cose interno.

E proprio l'occasione di questo incontro, consente di ricordare come, ad esempio, ben difficilmente nel nostro Paese una con-

danna a tre anni di reclusione possa essere eseguita, a tacer di provvedimenti clemenziali come il recente indulto. Non solo perché occorre attendere i diversi gradi di giudizio e il vaglio di legittimità, ma addirittura perché risulta necessario un ulteriore giudizio avanti al Tribunale di Sorveglianza che dovrà valutare la misura idonea per conseguire il fine rieducativo della pena, secondo i paradigmi modulari previsti da oltre un decennio dalla l. 27.5.1998, n. 165, c.d. legge Simeone. Eccesso di giurisdizione, quindi?

Una risposta secca, affermativa o negativa, svuoterebbe di contenuto il sistema, coniato dal legislatore proprio per creare una "valvola di sfogo" al sistema carcerario. Il tema lo approfondiremo in seguito; ora il dato che è necessario fissare a corollario dell'indagine, è quello che attiene al rapporto tra il microcosmo delle misure alternative alla detenzione e l'ortodosso utilizzo che ne fanno le parti.

È vero che oggi l'area di operatività del potere-dovere del pubblico ministero di sospendere l'esecuzione della pena dopo l'emissione dell'ordine di esecuzione si è ridotta in forza della dilatazione dei reati per i quali è preclusa la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione – è il caso dei più o meno recenti interventi legislativi: l. 5.12.2005, n. 251 e l. 24.7.2008, n. 125 –, ma nel contempo la fruizione delle stesse continua ad essere ancora molto elevata (riporta i risultati di un'indagine statistica condotta sulla base dei dati provenienti dal D.A.P., TAMBURINO, 61 ss.). Peraltro, la norma non è nuova per il nostro sistema processuale, posto che già l'art. 47, 4° co., ord. penit.,

prevede la sospensione dell'emissione dell'ordine di esecuzione o dell'esecuzione stessa fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza. La riforma del 1998 ha previsto, però, che la sospensione operi d'ufficio, qualora si verta nei casi previsti dalla legge (esauriente la disamina effettuata da KALB, *La esecuzione delle pene detentive*, in AA.VV., *Sospensione della pena ed espiatione extra moenia*, Milano, 1998, 1 ss.).

La *ratio* – intorno alla quale ruota tutta la tematica dei possibili deragliamenti delle finalità proprie della norma – è costituita dalla necessità di realizzare un decremento della popolazione carceraria in vista del superamento dell'ingravescente problema del sovraffollamento degli istituti penitenziari, mediante la c.d. «deflazione detentiva» (KALB, 8), tale da favorire la concessione di misure alternative e contenere l'onere economico dell'amministrazione penitenziaria per il mantenimento dei detenuti, oltre a ridurre il contagio criminale, secondo l'icastica espressione in forza della quale il carcere costituisce la scuola elementare del crimine.

In questo contesto, si inserisce l'aspetto della difesa; tema, invero, al quale non tutti hanno offerto la dovuta importanza. Gli studiosi più sensibili hanno però sottolineato come l'ipotesi della possibilità di accedere all'istituto delle misure alternative durante il corso dell'esecuzione trovava delle difficoltà anche di ordine pratico in considerazione del fatto che «a causa di ragioni disparate, prevalentemente connesse alle condizioni sociali, culturali ed economiche degli interessati che non potevano disporre di un'adeguata e, soprattutto, efficace assistenza difensiva, l'istanza non veniva presentata tempestivamente, ma solo dopo l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, con la iniqua conseguenza che per tali soggetti la concessione della misura alternativa interveniva quando la pena detentiva era stata già, in tutto o in parte, scontata» (letteralmente KALB, 9). La previsione che l'ordine di carcerazione con contestuale sospensione, oltre che al condannato, venga notificato anche al difensore «nominato per la fase dell'esecuzione della pena o, in difet-

to, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio» (art. 656, 5° co., c.p.p.), costituisce, da un punto di vista generale, una forte presa di coscienza in linea con i parametri del giusto processo d'esecuzione – che, in letteratura, è stato denominato con l'indovinata espressione di «esecuzione leale» (diffusamente sul punto GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, *passim* e spec. 1 ss.) –; da un'angolatura specifica, invece, crea le condizioni per l'effettività della difesa mediante l'ultrattività del mandato del difensore del giudizio di cognizione o l'incarico ad un professionista *ad hoc* per la fase esecutiva. 2. – Già da queste prime considerazioni appare evidente l'importanza del ruolo strategico della difesa anche nel procedimento di esecuzione della pena. L'alto tasso di alternative che la legge offre rende sempre più fondamentale l'intervento del difensore che – anche in considerazione dei poteri investigativi riconosciuti nella fase dell'esecuzione (art. 327, 2° co., c.p.p.) – ne valorizzano la funzione tanto sul piano dell'assistenza in senso lato, quanto nella ricerca degli elementi gnoseologici finalizzati al conseguimento della misura.

Ci si trova, pertanto, al cospetto di scelte che implicano una doverosa strategia – da intendersi quale «arte di far concorrere la forza del conseguimento dei fini della politica» (ANCONA, *Tattica/strategia*, in *Enc. Einaudi*, XIII, Torino, 1981, 953) –; anzi, in modo ancor più ortodosso, la strategia è strettamente connaturata alla possibilità di scegliere, «mentre ogni qualvolta non si è in grado di fare scelte, non è a parlarsi di strategia o tattica ma di comportamenti necessitati» (GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale*, in *I giudizi semplificati*, coord. da Gaito, Padova, 1989, 8).

Appare evidente, dunque, che un insieme di disposizioni legislative (Specificamente: l. 7.12.2000, n. 397; l. 6.3.2001, n. 60; l. 29.3.2001, n. 134. Per un compiuto commento al quadro normativo d'insieme, AA.VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano,

2002), complementari all'attuazione della riforma del giusto processo, costituiscano lo strumento per rendere effettivo questo potere di scelta a fronte delle variegate opzioni che offre il legislatore al fine di dare esecuzione al principio costituzionale della finalità rieducativa della pena per tramite della possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione.

Il punto, quindi, è determinare quando, a fronte delle variegate opzioni esercitabili, il tessuto normativo si presti ad abusi, nel senso che le scelte difensive possono insinuarsi nei varchi legislativi. D'altronde è la fisionomia del processo come giuoco che potrebbe trarre all'erroneo convincimento che tutti gli atti ed i comportamenti che il legislatore consente *per tabulas* possano essere adottati al fine del raggiungimento dello scopo. Ciò vale, a maggior ragione, laddove si inquadri il tema nell'ottica della difesa e nel supremo valore ad essa assegnato dalla Carta costituzionale che lo eleva a diritto del cittadino, garantendone l'invulnerabilità in ogni stato e grado del giudizio. Da queste premesse diviene automatica l'equazione "abuso del processo" = "abuso del diritto" in quanto il processo è innanzi tutto un diritto, un diritto di fonte primaria consacrato nella Costituzione. Nel difficile bilanciamento tra interessi del processo ed interessi delle parti, sicuramente devono prevalere i primi. La petizione di principio per quanto scontata possa apparire, trova il suo limite pratico nel *fil rouge* che, spesso, divide, degradandolo, il diritto di difesa in comportamenti vietati, illeciti e finanche sanzionabili sul piano deontologico.

Sia chiaro che in questa breve relazione non si ha la pretesa di trovare una soluzione al perdurante problema dell'utilizzo per scopi eterogenei degli strumenti processuali, quanto piuttosto quella di cercare un monitoraggio – seppur limitato e settoriale (per un'analisi capillare, CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004) – che consenta ai soggetti, protagonisti e comprimari del processo, di prevenire l'utilizzo distorto degli istituti processuali nello specifico campo oggetto d'indagine.

Si potrebbe obiettare che il processo penale – ma lo stesso vale per quello civile, amministrativo e tributario – è costituito da un insieme di regole che servono ai contendenti per pervenire ad una decisione non solo formalmente giusta, ma anche sostanzialmente equa, ove le esigenze formalistiche degradano alla ricerca di una giustizia "a misura d'uomo", volta innanzi tutto a rimuovere tutte quelle situazioni di ingiustizia che si trincerano dietro lo schermo di un corretto esercizio della giurisdizione mediante buon governo delle norme che la disciplinano.

3. – Dopo queste premesse di carattere generale, è opportuno soffermarsi, a titolo esemplificativo, su alcuni punti controversi ove detti abusi possono realizzarsi con maggior facilità.

Particolarmente interessanti sono le considerazioni a trarsi in tema di "naturalità" del giudice di sorveglianza, deputato a valutare una determinata istanza volta ad ottenere l'accesso ad una misura alternativa alla detenzione. Infatti, la diversificazione dei criteri individuativi della competenza *ex art. 677 c.p.p.* si presta a potenziali strumentalizzazioni (sul punto v. le considerazioni di DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1994, 99; FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, in *Le sanzioni ed i protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti e Fiorio, Padova, 2004, 175 ss.; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale (Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive)*, Milano, 1983, 201; GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 123; KOSTORIS, *Linee di continuità e prospettive di razionalizzazione nella nuova disciplina del procedimento di sorveglianza*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 548; PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in RIDPP, 1993, 145). L'interessato potrebbe sfruttare la per-

manenza temporanea in un dato istituto per “godere” della competenza di un giudice “occhiatamente” individuato perché (ritenuto) più sensibile; e alle medesime considerazioni si può pervenire per i soggetti liberi interessati a scegliersi il giudice mediante un semplice mutamento di domicilio. In ordine alla prima situazione (condannato detenuto o internato) sono intervenuti dei temperamenti che hanno imposto una sorta di *perpetuatio iurisdictionis*, offrendo una lettura all'espressione «*si trova*» più coerente con il principio di naturalità e precostituzione ancorandola ad un rapporto di apprezzabile stabilità con il luogo di detenzione (C., Sez. I, 8.10.1996, Tamburella, in *CP*, 1997, 2762; C., Sez. I, 14.4.1994, Milo, *ivi*, 1995, 2202; C., Sez. I, 28.6.1993, Berni, *ivi*, 1994, 2219), escludendo rilevanza alla mera presenza fisica del soggetto in un qualsiasi istituto per ragioni del tutto contingenti, quali possono essere temporanei motivi di giustizia o di semplice transito (C., Sez. I, 5.4.1996, Moccia, in *CP*, 1996, 2761; C., Sez. I, 19.10.1994, Cutaia, *ivi*, 1996, 149; C., Sez. I, 26.1.1994, Baldi, *ivi*, 1995, 310; C., Sez. I, 1.12.1993, Consoli, in *ANPP*, 1994, 410; C., Sez. I, 20.2.1989, in *CP*, 1989, 2082). L'approccio metodologico, d'altronde, risponde all'esigenza insita nel procedimento di sorveglianza che prevede l'osservazione da parte dei tecnici del trattamento della personalità del detenuto in vista della sua rieducazione (C., Sez. II, 5.1.1999, Radunanza, in *CP*, 2000, 100), ritenendo che il “miglior” giudice idoneo a conoscere dell'affare sia quello topograficamente collocato rispetto all'istituto di pena, tale da avere una visione compiuta dei progressi personologici del detenuto. Peraltro, nonostante i tentativi volti a stabilizzare i criteri attributivi della competenza, residuano ipotesi “incontrollabili” che sviano dal paradigma costituzionale. È il caso del pubblico ministero che non sospenda l'ordine di carcerazione ai sensi dell'art. 656, 5° co., c.p.p., oppure dell'omesso provvedimento di unificazione delle pene concorrenti. In queste ipotesi si realizza una distrazione dal giudice naturale precostituito per legge per

fatto attribuibile all'altra parte (problematiche evidenziate da FIORIO, 176).

Non trascurabile, infine, che il condannato può – senza attendere la notificazione dell'ordine di esecuzione – costituirsi in un carcere di sua scelta, creando deliberatamente un rapporto di stabilità con una determinata magistratura di sorveglianza, scegliendosi, in tal modo, il “proprio” giudice.

4. – Questo il fronte dei possibili abusi che, invero, possono solo aumentare in considerazione del margine che offre il legislatore. Pertanto è d'uopo chiedersi che spazio sia consentito dopo le restrizioni che nel corso degli ultimi anni sono state apportate nell'ambito delle misure alternative alla detenzione.

In primo piano, sicuramente, v'è da annoverare la c.d. legge *ex Cirielli* (legge n. 251/2005) che, nell'ambito di una generale ridefinizione in senso restrittivo delle condizioni di applicazione dei benefici penitenziari e delle misure alternative ha posto due divieti. Uno è costituito dalla preclusione alla misura di cui all'art. 47 ord. penit. «al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p.» (1° comma dell'art. 58-*quater* ord. penit.). L'altro è dettato dal limite di una seconda concessione «al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, 4° co., c.p.» (co. 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. penit.).

Il primo problema che gli interpreti hanno dovuto affrontare è stato quello dell'applicazione (o meno) della legge limitatrice ai reati commessi prima della sua entrata in vigore. La risposta, riposa nel carattere delle norme in materia di ordinamento penitenziario: se le si considera di ordine sostanziale non opera il principio della irretroattività della legge penale più sfavorevole; se, al contrario, le si considera di natura processuale, salvo diversa disposizione, si applica il principio *tempus regit actum*, per cui nel caso di specie opera la nuova e più restrittiva disciplina introdotta dalla legge n. 251/2005. La Corte di cassazione in materia analoga (requisito della collaborazione con la giustizia) optò per questa

seconda soluzione (tra le tante, Cass., Sez. I, 14 ottobre 2004, Manca, in *Mass. uff.*, n. 230298; Id., Sez. I, 20 marzo 2004, Prandin, *ivi*, n. 227977; Id., Sez. I, 14 gennaio 1997, Dessolis, *ivi*, n. 206923). Seppur minoritaria, altra frangia della giurisprudenza, partendo dalla consapevolezza che le misure alternative appartengono al *genus* delle sanzioni penali, riteneva che «tutte le disposizioni che prevedono quelli che vengono definiti benefici penitenziari e che, in realtà, descrivono modalità di esecuzione delle pene alternative alla detenzione carceraria, non siano estranee alla sfera di applicazione dell'art. 25, 2° co., Cost., in quanto disposizioni intrinseche al sistema delle norme penali intese in senso lato (ossia di un sistema che comprende anche le norme che regolano l'esecuzione delle pene e che configurano i presupposti di ammissibilità delle misure alternative» (Trib. Sorv. Firenze, ord. n. 5186/2005, Guizzerotti). Interpretazione che riteniamo preferibile – avallata in ciò da autorevole dottrina (per tutti DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *CP*, 1992, 402 s.) – anche in considerazione dell'esplicita previsione dell'art. 10, legge n. 251/2005 che, ad eccezione dell'art. 6 della legge in discorso, fa prevalere il principio del divieto di irretroattività (per una disamina del tema, FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (ex Cirielli)*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, 309 ss.). Invero, le problematiche emergenti da un siffatto quadro sono di non poco momento. Si è osservato, ad esempio, che l'esecuzione della pena detentiva è un fenomeno duraturo nel tempo che gestisce situazioni afferenti l'esecuzione della pena e l'evoluzione del reo. Ciò consentirebbe di escludere il carattere retroattivo della legge in esame, in quanto un conto è parlare di retroattività in relazione a reati che sono stati commessi in passato, sotto l'egida di una diversa disposizione di legge, in quanto in questo caso non sorge la necessità di far conoscere al cittadino mi-

nacciato quale sia il limite che pone lo Stato nell'esercizio della potestà punitiva; e altro è la possibilità, in materia di esecuzione delle pene, che lo Stato faccia gestire i benefici di coloro che sono stati già condannati, vale a dire laddove lo Stato ha già applicato la pena. D'altronde – secondo questa linea di pensiero – sarebbe paradossale pensare che il cittadino goda di un diritto a conoscere anzitempo i benefici di cui potrà fruire, in quanto ciò costituirebbe una sorte di dote che non è ammessa dal sistema penale (queste considerazioni sono tratte da DEGL'INNOCENTI-FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2006, 60 s. che riprendono le idee di Tamburino in un commento senza titolo alla legge n. 251/2005 pubblicato in www.diritto.it/osserv.esecu.pen).

A prescindere dagli aspetti intertemporali, passiamo all'analisi delle due norme in esame.

La preclusione dettata dall'evasione risulta operativa non tanto per le pene applicate in conseguenza del reato previsto dall'art. 385 c.p., poiché tenderebbe ad escludere le misure alternative per determinate tipologie di reato. Una lettura più coerente ed in linea con l'orientamento della Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 306/1993), consente di affermare che l'ambito di operatività della norma è legato alla condanna definitiva (lo si desume dall'utilizzo del termine «colpevole») di una condotta tale da rendere inaffidabile il condannato, in particolare circa la sua incapacità di rispettare le prescrizioni limitative della libertà personale; il che giustifica una prognosi negativa in ordine alla meritevolezza del beneficio.

Ovviamente non vi sarà alcuna preclusione ad accedere al beneficio in parola per il condannato non definitivo per uno o più fatti di evasione, in quanto l'art. 58-*quater*, comma 1, ord. penit., non lascia alcun margine valutativo al Tribunale di Sorveglianza.

Sul piano della speculazione difensiva, è facile immaginare come si possa cercare di dilatare il più possibile il passaggio in giudicato della sentenza, coltivando le impugnazioni,

anche pretestuose, per non rendere operativa la preclusione. Così come si potrebbe cercare di sottoporre a revisione la condanna, riacquisendo – dopo il preliminare e positivo vaglio di ammissibilità operato *de plano* dalla Corte territoriale – lo *status* per poter fruire dei benefici.

È opportuno chiedersi, se, invece, l'interessato per accedere alle misure alternative, e vincere la preclusione prevista dal 1° comma dell'art. 58-*quater* ord. penit., possa optare per la definizione del procedimento con l'applicazione della pena concordata, in relazione alla particolare fisionomia della sentenza. La risposta riposa nella natura che si intende attribuire alla pronuncia di patteggiamento. Se si aderisce all'indirizzo – assolutamente prevalente prima dell'introduzione nel nostro ordinamento del c.d. patteggiamento allargato (l. 12 giugno 2003, n. 134) – che ritiene che la decisione in esame non contiene un accertamento della responsabilità in ordine ai fatti ascrittigli – è agevole escludere che la definizione di un processo per il reato di evasione nelle forme dell'applicazione della pena concordata possa costituire titolo idoneo a precludere o revocare i benefici penitenziari (C., S.U., 26.2.1997, Bahrouni, in *Mass. Uff.*, 207245; C., S.U., 27.3.1992, Di Benedetto, *ivi*, 191134) in quanto non si perviene ad una declaratoria di colpevolezza. Di converso, invece, l'accesso alle misure alternative o la loro revoca sarà possibile sostenendo la tesi secondo cui, pur essendo in presenza di una decisione che prescinde dall'accertamento della responsabilità penale in quanto esclude solo che vi siano cause evidenti di proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p., la sentenza di patteggiamento costituisce una condanna. Secondo questa impostazione, infatti, allo Stato è inibito infliggere una condanna senza che sia stata raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, anche perché allo stesso tempo, come ha sottolineato a più riprese la Corte costituzionale (Corte cost., sent. n. 313/1990), il modello legale di motivazione fissato dall'art. 546 c.p.p., è applicabile anche alla sentenza di patteggiamento

e non può prescindere dalle prove poste a base della decisione (lett. *e*).

5. – Un secondo limite nella concessione delle misure alternative è rappresentato – come detto – dall'applicazione della recidiva reiterata prevista dall'art. 99, 4° co., c.p., vale a dire l'ipotesi del condannato che già recidivo commetta un altro delitto non colposo. Il limite, in questo caso, opera precludendo la concessione del beneficio per più di una volta (comma 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. penit.), in quanto la recidiva – circostanza aggravante *sui generis* – costituisce l'indice di una maggiore capacità a delinquere poiché la ricaduta nel reato dopo la precedente condanna induce a ritenere sussistente il pericolo che egli possa commettere ulteriori reati. Va, però, precisato che ad eccezione dell'ipotesi delineata dal 5° comma dell'art. 99 c.p., la recidiva ha carattere facoltativo: spetta cioè al giudice accertare con riguardo al singolo caso concreto, se la commissione del nuovo delitto sia espressione di una particolare inclinazione a delinquere del reo oppure costituisca un evento occasionale per motivi contingenti ed eccezionali che lo hanno determinato o per il lungo lasso di tempo che divide il precedente reato, o anche per l'eterogeneità dei fatti. A questo margine di discrezionalità, fa da contraltare l'incapacità delle attenuanti generiche di bilanciare, *ex art.* 69 c.p., la recidiva, essendo sufficiente che sia stata ritenuta sussistente dal giudice (si è escluso, invece, che possa influire la c.d. recidiva di fatto, vale a dire la sussistenza di più condanne desumibili dal certificato del casellario giudiziale).

Le problematiche applicative per quanto attiene al tema che ci occupa sono di non poco momento. Deve innanzi tutto stabilirsi quale debba essere la collocazione topografica della recidiva reiterata ai fini della preclusione prevista dall'art. 58-*quater* ord. penit. In altri termini, deve essere stata applicata nella sentenza per la quale si chiede la concessione della misura alternativa, o, più genericamente, è sufficiente che sia stata applicata in altra sentenza? L'elemento di discriminazione è costituito dalla determinazione della finalità della

norma, in quanto se il regime restrittivo trova la sua ragion d'essere nella pericolosità generica del condannato, la preclusione diverrà operativa solo in forza dell'accertamento della recidiva *ex art. 99, comma 4, c.p.* indipendentemente dal titolo che l'abbia accertata; ma se, al contrario, la valutazione del trattamento sanzionatorio risponde alla logica della tradizionale impostazione dell'esecuzione penale che rifugge da qualità soggettive disgiunte dall'accertamento dei fatti (così, esattamente, MARCHESELLI, *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *GDir, Dossier*, 2006, 1, 79), la preclusione opererà solo se la recidiva attiene a quel determinato titolo di condanna in esecuzione.

Le anomalie sistematiche si enfatizzano rivolgendo lo sguardo all'impossibilità di far accedere alla misura alternativa i condannati che ne hanno già fruito una volta, anche quando la nuova pena si riferisce a un delitto commesso anteriormente alla concessione della prima misura, oppure nel caso in cui siano venute meno le condizioni per la prosecuzione della misura stessa, per fatto non imputabile al condannato e quindi inidoneo a giustificare la revoca (perplexità giustamente evidenziate da DEGL'INNOCENTI-FALDI, 68 s.).

Parrebbe che in tali situazioni non sussistano ragioni plausibili per escludere l'accesso a nuove misure alternative. È vero che la legge non distingue «la recidiva nel delitto dopo un primo beneficio (recidiva che effettivamente potrebbe, valutate tutte le circostanze del caso, dipingere il soggetto come immeritevole), dalla semplice successione, a carico di un soggetto recidivo, di più pene (tutte per reati antecedenti), che arrivino, come succede spesso, in esecuzione uno dopo la fine dell'altra, quando il soggetto è già stato completamente risocializzato. La violazione degli artt. 3 e 27 Cost. è assolutamente evidente e non necessita di ulteriore commento» (MARCHESELLI, 83), in quanto non determinerebbe la presunzione di non risocializzazione poiché il reato è stato commesso anteriormente al precedente beneficio. Appare evidente come con il comma 7-bis il legisla-

tore abbia peccato di chiarezza, poiché sarebbe stato preferibile che l'operatività della preclusione alla concessione della misura alternativa venisse ancorato alla commissione di un altro reato durante o dopo l'espiazione della pena con la misura alternativa (tesi alla quale aderisce anche FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, 236, nonostante la ritenga poco sostenibile). Peraltro, non può trascurarsi come l'elemento ostativo dipenda dalla diligenza del pubblico ministero procedente nel contestare la recidiva, così come dalla possibilità di accedere ad un sistema informatizzato aggiornato che consenta di conoscere “in tempo reale” lo status del condannato al fine di non discriminare i diversi condannati nell'accesso alle misure alternative.

Un'ulteriore questione interpretativa è costituita dalle ipotesi in cui la sentenza che ha applicato la recidiva reiterata sia contenuta all'interno di un provvedimento di cumulo. In questo caso, in virtù del principio dell'unicità dell'esecuzione, la preclusione opera in riferimento a tutte le pene inflitte con le sentenze contenute nel provvedimento di cumulo, oppure, in aderenza al principio del *favor rei*, si potrà procedere allo scioglimento del cumulo (secondo l'interpretazione offerta da C., S.U., 30.6.1999, Ronga, in *CP*, 2000, 570, in forza della quale «nel corso dell'esecuzione il cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato è scindibile, ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, in ordine ai reati che di questi non impediscono la concessione e sempre che il condannato abbia espia la pena relativa ai delitti ostativi»), onde verificare, una volta espia (virtualmente per prima) la condanna comprensiva di recidiva reiterata, se sussistono le condizioni per la concessione della misura alternativa.

Il regime transitorio della legge n. 251/2005, si è detto, impone che le preclusioni previste dal comma 7-bis dell'art. 58-*quater* ord. penit. si applichino anche ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge. È vero, però, che la norma va contemplata su quelli che sono stati i passaggi dettati

dalla Corte costituzionale in relazione al rapporto tra la progressione del trattamento penitenziario e le preclusioni intervenute nel corso del trattamento. Ricordava, a tal proposito, la Consulta «come il percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla più volte ricordata sentenza n. 306/1993, fosse diretto a mantenere il rispetto del principio rieducativo nella fase della esecuzione penale, anche in presenza di leggi con le quali si era ritenuto di restringere gli accessi alle misure alternative alla detenzione o a determinati benefici penitenziari, per far fronte ai pericoli creati dalla criminalità organizzata. In tale cornice si era così iscritta la sentenza n. 445/1997; in essa si era affermato che quando la condotta penitenziaria del detenuto ha consentito “di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire”, “la innovazione legislativa che vieta la concessione di misure alternative alla detenzione finisce per atteggiarsi alla stregua di un meccanismo a connotazioni sostanzialmente ablativo, riproducendo così quei caratteri di ‘revoca’ non fondata sulla condotta colpevole del condannato”, che la stessa Corte aveva già censurato nella sentenza n. 306/1993. Il punto di arrivo del percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, era così rappresentato – osservò la Corte – dalla affermazione secondo la quale “non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell’art. 27, con il precludere l’accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure» (Corte cost., sent. n. 173/1999). Questo *iter* motivazionale è stato ripercorso di recente dalla Consulta che ha dichiarato «l’illegittimità costituzionale dell’art. 30-*quater* l. 26.7.1975, n. 354 [...], introdotto dall’art. 7, l. 5.12.2005, n. 251 [...], nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, pri-

ma della entrata in vigore della citata legge n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto» (Corte cost., sent. n. 257/2006.); principio che riteniamo possa valere anche in riferimento alle misure alternative alla detenzione, come ha di recente spiegato la Corte costituzionale che ha dichiarato «costituzionalmente illegittimi i commi 1 e 7-*bis* dell’art. 58-*quater*, l. 26.7.1975, n. 354, introdotti dall’art. 7, commi 6 e 7, l. 5.12.2005, n. 251, nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della legge suddetta, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti». Il percorso motivazionale si snoda, premettendo «che la finalità rieducativa della pena, stabilita dall’art. 27, 3° co., Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria la quale deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l’emenda e la risocializzazione del condannato, e premesso altresì che le diverse valutazioni di carattere generale e preventivo, operate dal legislatore in ordine alla previsione di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari, non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato, con la conseguenza che, nell’ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda dal beneficio una categoria di soggetti, l’applicazione della nuova restrizione a chi aveva maturato le condizioni per godere del beneficio rappresenta una brusca interruzione dell’*iter* rieducativo, alla quale non corrisponde un comportamento colpevole del condannato, le norme censurate – che appunto detto effetto producono – violano l’art. 27, 3° co., Cost., posto che l’opzione repressiva finisce per relegare nell’ombra il profilo rieducativo, al di fuori di una concreta ponderazione dei valori coinvolti» (Corte cost., sent. n. 79/2007).

6. – Gli esempi potrebbero continuare, ad esempio affrontando la vischiosa tematica della collaborazione “impossibile” o “inesigi-

bile” quale requisito necessario per accedere a misure alternative altrimenti precluse per condannati a determinate categorie di reati, ma non sarebbe produttore continuare ad affastellare questioni controverse e possibili abusi, dovendosi piuttosto cercare di offrire un’interpretazione conforme al dettato costituzionale che – lo ripetiamo – si propone il fine rieducativo della pena e pertanto tutti gli “addetti” ai lavori dovrebbero, in questo settore ancor più che in altri, recedere dalle proprie posizioni speculari per cercare di realizzare questo obiettivo. Epperò un’ultima considerazione si rende necessaria in quanto strettamente collegata: il ruolo del pubblico ministero. In un proce-

dimento di parti, ove vige il principio del contraddittorio, molto spesso quest’importante soggetto, la cui partecipazione è necessaria, svolge un ruolo di mero “convitato di pietra”, senza cioè che dal proprio apporto possa scaturire quella “scintilla” produttiva ai fini della decisione finale. Ecco. Anche alla luce di queste ultime considerazioni, ci auspichiamo maggiori forme di responsabilizzazione da parte di tutti i protagonisti del procedimento volto all’applicazione delle misure alternative alla detenzione secondo il fine primario e ineludibile che la Costituzione gli assegna, in uno con le linee programmatiche poste dagli artt. 1 ord. penit. e 1, d.p.r. 30.6.2000, n. 230.

Brevi riflessioni in ordine all’istituto della messa alla prova dell’imputato minorenni

di Gioia Sambuco

1. Il d.p.r. n. 448/1988, fissa le coordinate per orientarsi all’interno del particolare micro-sistema di giustizia minorile. Questo ha una peculiare struttura in quanto è diretto in modo specifico, alla ricerca delle forme più idonee alla ri-educazione degli imputati minorenni, perseguendo di guisa un obiettivo che va aldilà della mera repressione del soggetto autore del reato.

La differenziazione dello scopo del processo è d’altra parte giustificata in relazione al diverso soggetto che prende parte alla vicenda processuale: l’imputato è una persona ancora in crescita, la cui personalità non è ancora dotata di strutture definitivamente disegnate e tale constatazione implica che, con ragionevole certezza, è più facile operare ed avere aspettative in ordine a un vero e proprio recupero del soggetto in questione.

Di conseguenza, l’impostazione del sistema di giustizia penale minorile predisposto dal legislatore impone non tanto un’attenzione al fatto di reato commesso, ovvero sull’evento criminoso, ma piuttosto sulla personalità

in formazione del minorenni e sul suo diritto all’educazione: l’oggetto del processo si sposta dunque dal fatto alla persona, verificando se il reato commesso dal minore possa essere considerato un “disagio temporaneo” ricollegabile alla variabilità adolescenziale, facilmente superabile ove aiutato.

Il principio di centralità del minore imputato nel processo penale minorile trova, nell’istituto della messa alla prova, la massima espansione: l’istituto *de quo*, offre la possibilità al minorenni imputato, entrato nel circuito penale a causa di una condotta antisociale e penalmente rilevante, di intraprendere un percorso finalizzato al cambiamento del suo stile di vita; a tal fine, gli operatori dei servizi sociali predispongono un progetto personalizzato, anche ridefinibile *in itinere* che prevede un costruttivo inserimento del minorenni nella collettività, supportandolo nella attività di trattamento ed assistenza.

In realtà la messa alla prova è un’implicazione della funzionalizzazione rieducativa propria del processo minorile, cristallizzata pro-

prio nella disposizione di apertura del d.p.r. n. 448/1988, e della conseguente esigenza di una conoscenza approfondita della personalità dell'imputato. È infatti indiscutibile che la messa alla prova costituisca il più appropriato e ordinario strumento di attuazione della specifica finalità rieducativa del processo minorile e che, rispetto all'ordinaria finalità cognitiva del processo, potrebbe configurarsi come un procedimento speciale. Tale connotazione, la specialità, è a tutti gli effetti l'epiteto che meglio si attaglia all'istituto in quanto tale definizione racchiude in sé tutte le peculiarità proprie della misura *de qua*: è in questa prospettiva, dunque che occorre definire i presupposti di ammissione del rito. In realtà le norme che prevedono i presupposti per l'applicazione della messa in prova, sembrano attivare una sorta di tautologica spirale in quanto si limitano a stabilire reciproci rinvii: l'art. 28, 1° co., d.p.r. n. 448/1988 stabilisce che il giudice può ordinare la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova a tal fine disposta; l'art. 29 prevede invece che, decorso il periodo di sospensione, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minorenne e dell'evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo.

Sebbene non esplicitamente richiamate da nessuno dei due articoli, si ritiene che siano proprio gli artt. 1 e 9, d.p.r. n. 448/1988 che consentono l'individuazione delle condizioni e della finalità dell'istituto della messa in prova dell'imputato minorenne.

È evidente, infatti, che il giudice può disporre la messa alla prova solo quando la valutazione del fatto e della personalità del suo autore inducano a ritenere concrete le prospettive di una rieducazione dell'imputato, quale che sia il titolo del reato per il quale si procede.

In particolare, secondo la giurisprudenza di legittimità, ai fini della concessione della messa alla prova dell'imputato minorenne, il giudice deve rivolgere la sua indagine alla ricerca di elementi che gli consentono di va-

lutare se sia adeguato il ricorso a detto istituto al fine della rieducazione e del positivo reinserimento nella società del minore, elementi da individuarsi nel tipo di reato commesso, nelle modalità di attuazione di esso, nei motivi a delinquere, nei precedenti penali del reo, nella sua personalità, nel suo carattere e in quanto altro di utile per il raggiungimento di tale giudizio (C., Sez. I, 23.3.1990, Liistro, in *CP*, 1990, III, 664; C., Sez. I, 20.1.1999, Canale, *Mass. Uff.*, 212546; C., Sez. II, 27.3.1998, Svetina, *ivi*, 212789).

Proprio l'assenza di specifiche preclusioni, ad esempio legate al titolo di reato per il quale si procede, ovvero alla gravità o tenuità del fatto commesso, la valutazione o meno in ordine all'occasionalità del comportamento, costituisce dimostrazione tangibile della peculiarità dell'istituto *de quo* la cui applicabilità appare assolutamente svincolata da valutazioni ed elementi fattuali in ordine al reato commesso, poiché esclusivamente subordinata alla prognosi di evoluzione della personalità dell'imputato «verso modelli socialmente adeguati» (cfr. Trib. minorenni Cagliari, 2.3.2000, M. T., in *RGS*, 2001, 864). In tal senso il giudice ha il potere di valutare in concreto la possibilità di rieducazione ed inserimento del minore nella vita sociale, con una misura innovativa che potrebbe dirsi dunque avere un "valore aggiunto" rispetto sia al perdono giudiziale, sia all'improcedibilità per irrilevanza del fatto, e con l'attribuzione di una discrezionalità molto ampia, non circoscritta nei limiti di cui all'art. 169 c.p. ed all'art. 27, d.p.r. n. 448/1988.

Sebbene la gravità del reato commesso e la raggiunta maturità dell'imputato infradiciotenne non costituiscono ostacolo all'applicazione dell'istituto, tuttavia occorre precisare come tali circostanze sono, solitamente, tenute in considerazione dal giudice come elementi dai quali desumere una improbabile possibilità di ravvedimento del reo, e per tale ragione inducono l'organo giudicante a procedere con maggior rigore alla opportunità del ricorso all'istituto.

Tale beneficio tuttavia, prescinde dai prece-

denti penali e giudiziari, ostativi all'applicazione del perdono giudiziale, e dalla tenuità del reato e dall'occasionalità del comportamento delittuoso, che sono richieste, invece, per la pronuncia d'improcedibilità – irrilevanza del fatto, postulando soltanto una prognosi di positiva evoluzione della personalità del soggetto –.

Il presupposto perché il minore possa intraprendere tale percorso è infatti, che il Tribunale dei minori, valuti l'esistenza o meno nell'imputato di risorse sufficienti ad intraprendere il suddetto percorso di responsabilizzazione e maturazione e se vi sia da parte sua una disponibilità al cambiamento. Soltanto in seguito a tale valutazione, a tutti gli effetti un vero e proprio giudizio prognostico, può essere disposta la sospensione del processo e consequenziale messa alla prova dell'imputato con l'ulteriore conseguenza che il processo viene congelato in attesa di conoscere l'espletamento e quindi la riuscita o meno dell'istituto della messa alla prova; per questa ragione la messa alla prova va disposta nel contraddittorio delle parti con ordinanza motivata e la motivazione deve avere riguardo ai presupposti di ammissione del rito, in particolare alla prognosi di rieducazione (C., Sez. IV, 23.9.1997, Mattiolo, *Mass. Uff.*, 208838; C., Sez. V, 15.1.2004, Pantano, *ivi*, 227941). Nel caso in cui non si proceda secondo la metodologia in discorso, omettendo uno specifico giudizio di prognosi in ordine alla possibilità o meno di rieducazione del minore, limitandosi a richiamare genericamente un progetto già predisposto in altri procedimenti, senza neppure indicarne il contenuto e senza chiarirne la funzionalità alle prospettive di rieducazione dell'imputato, conseguirebbe un motivazione illegittima nella misura in cui, un provvedimento di tal genere non fornisce la dimostrazione che il giudice abbia preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento né che le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione (seppur in riferimento ad altro istituto, v. gli insegnamenti di C., S.U., 21.6.2000, Primavera, in *DPP*, 2001, 621).

L'elaborazione del progetto dunque deve necessariamente precedere l'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova, tanto che «il giudice al momento della pronuncia non può prescindere dal medesimo», poiché, l'eventuale assenza, costituisce una grave menomazione delle garanzie dell'imputato in ordine al suo diritto, imprescindibile, di comprendere il significato di tutte le attività processuali che lo riguardano (C., Sez. V, 9.6.2003, p.m. in proc. S., in *FI*, 2004, II, 14). Per acquisire le conoscenze necessarie ai fini di questa decisione, il giudice può avvalersi dell'ampio ed elastico ventaglio di strumenti d'indagine offertogli dall'art. 9, d.p.r. n. 448/1988, eventualmente anche richiedendo ai servizi minorili di elaborare il progetto di rieducazione.

Tale progetto appare come «un'unità complessa perché risulta dalla combinazione di elementi diversi quanto a legittimazione, impegnatività, prescrittività e metodologia operativa, che vanno tenuti distinti» (CHINNICI, *La sospensione del processo e messa alla prova: analisi dell'applicazione dell'istituto nel distretto di Corte d'Appello di Palermo (anni 1990-1991)*, in *GM*, 1996, 841).

Questo, deve rispondere a dei requisiti fondamentali sintetizzati dalla dottrina nei caratteri dettati dall'art. 27, 2° co., d.p.r. n. 448/1988: *in primis*, deve possedere il carattere della “consensualità”, in quanto il minore è chiamato ad aderire al progetto; di poi, deve presentare quello dell’“adeguatezza” alle esigenze educative del ragazzo anche in rapporto al reato commesso e quello della “praticabilità” del progetto inteso come concretezza nei contenuti delle prescrizioni che il minore deve rispettare; e infine, ma non per importanza, il progetto deve caratterizzarsi per la sua “flessibilità nel corso di prova”, laddove sorga la necessità di modificarlo per garantirne la fattibilità.

In ordine al primo profilo, il progetto deve essere frutto di accettazione da parte del minore, che non consiste in una mera adesione formale alle prescrizioni nello stesso contenute, ma deve esserci una sua disponibilità al cambiamento che il percorso della messa alla

prova può – e dovrebbe – in lui determinare. Il coinvolgimento del minore deve essere dunque volontario e non forzato e l'adesione dello stesso al progetto deve avvenire dopo aver lui prospettato le conseguenze dell'eventuale esito negativo della prova: ciò presuppone che il minorenne sia in grado di comprendere, quasi sillogisticamente, le conseguenze del proprio agire e le prospettive che gli si aprono al di fuori ed oltre il processo.

In ordine al secondo e terzo profilo, determinante è il ruolo del giudice: questi deve prospettare modifiche e suggerire integrazioni al suddetto progetto d'intervento, al fine di renderlo quanto più possibile idoneo alle esigenze del minore, in modo tale da adattare le singole modalità attuative ivi previste alla peculiare realtà evolutiva del singolo imputato.

D'altra parte, la caratteristica della "flessibilità" propria del progetto, è connotazione tanto più opportuna ove si consideri la mutazione, continua, che costituisce la peculiarità della personalità del minore.

Nonostante la sua flessibilità, nel progetto si distinguono due momenti riferiti ai caratteri che esso presenta l'uno descrittivo, l'altro prescrittivo: il momento descrittivo fa riferimento agli impegni volontariamente assunti dal minore e riguardano la sua collocazione all'interno della società (ad esempio attraverso lo studio, il lavoro, le attività sportive); l'altro, prescrittivo, si riferisce invece alle condotte attinenti alla riparazione-conciliazione.

In riferimento al secondo profilo, la cui portata innovativa dal punto di vista della risposta sanzionatoria è evidente, anelano dubbi in ordine alla sua effettiva esperibilità: muovendo infatti dalla pacifica considerazione della impossibilità per la persona offesa di costituirsi parte civile nel processo penale minorile, potrebbe venire a mancare uno dei presupposti per la composizione del conflitto, secondo la logica della mediazione.

Generalmente il progetto dei servizi sociali offre al minore dei punti di riferimento concreti uniformando ad essi il proprio compor-

tamento risultato deviante; in questo contesto, l'opera svolta dalla famiglia riveste un ruolo di primaria importanza.

Occorre, però, prestare attenzione a casi specifici in cui la causa della condotta antigiuridica del minore trae la propria origine dalla famiglia di appartenenza: in questa situazione così particolarmente delicata potrebbe risultare utile l'allontanamento del minore da quest'ultima onde collocarlo presso una comunità; al di fuori di questa ipotesi, si cerca però di coinvolgere il nucleo familiare proprio perché si ritiene che il recupero sia maggiormente raggiungibile evitando di recidere tutti i collegamenti con il mondo che circonda il ragazzo.

Ne consegue dunque, che il progetto educativo deve essere "personalizzato", elaborato sulla base dei risultati ottenuti attraverso l'indagine compiuta sul minore da parte degli operatori sociali o di altri esperti interpellati appositamente per svolgere questo compito; soltanto in questo modo le attività di lavoro, di studio e quelle a carattere ricreativo costituenti i caratteri tipici del progetto, rispondono concretamente alle esigenze educative e di recupero del minore deviante, essendo appositamente "costruite" in riferimento alla concreta condotta del minore (COLAMUSSI, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la messa alla prova. Profili controversi della disciplina*, in CP, 1996, 2820).

2. Il giudice del rito minorile è chiamato a porre in essere una attività spesso avulsa dal normale contesto processuale-penalistico: questi deve *in primis* valutare in concreto la possibilità di rieducazione e di inserimento del minore nella vita sociale.

L'apprezzamento dei presupposti per l'applicazione dell'istituto *de quo* risulta inevitabilmente caratterizzato da una discrezionalità giudiziale molto ampia, riservata in via esclusiva al giudice del merito, ma pur sempre deve fondarsi su elementi precisi quali la sussistenza di circostanze idonee ad evidenziare la capacità del minore a non commettere più reati, ed a presumere che questi risulti in grado di inserirsi socialmente sulla base dell'osservanza del progetto di impegno

predisposto dai servizi sociali. L'esistenza di tali elementi costituisce il fondamento su cui il giudice può erigere il giudizio di prognosi di positiva evoluzione della personalità del minore, decidendo sull'opportunità di sottoporre il minore stesso ad un periodo di osservazione per la successiva valutazione della sua personalità (C., Sez. VI, 5.3.2007, P., in *FI*, 2007, 615; Trib. minorenni Bari, 27.9.1995, S. g., in *Giur. pugl.*, 1995, 2, 307). Il giudizio prognostico, pertanto, non può prescindere da una valutazione probabilistica fondata sulla successiva evoluzione della personalità del soggetto e da una sua minima apertura verso le prospettive di risocializzazione (C., Sez. I, 8.7.1999, Cherchi, in *CP*, 2000, 3117).

La facoltà di disporre la sospensione del processo al fine di valutare la personalità del minore, di cui all'art. 28, d.p.r. n. 448/1988, non può però essere esercitata dal giudice di secondo grado se non in sede di controllo della decisione del giudice di primo grado, nella misura in cui quest'ultimo abbia erroneamente omesso l'indagine sulla personalità del minore imposta dalla norma di cui all'art. 9, d.p.r. n. 448/1988 e abbia ingiustificatamente rifiutato la sospensione del processo e la messa alla prova dell'imputato. Infatti, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è sul punto unanime: il mancato esercizio della facoltà di sollecitare la sospensione del processo per la messa alla prova nel corso del giudizio di primo grado e la mancata deduzione dell'omissione come vizio della decisione di primo grado rendono inammissibile la richiesta se formulata, per la prima volta, nel giudizio di appello (C., Sez. V, 9.5.2006, Rizzi, in *RP*, 2007, 472; C., Sez. I, 28.5.1991, Suppa, in *GP*, 1992, III, 98; C., Sez. I, 30.3.1990, Guerriero, *ivi*, 1990, III, 664).

Tale impostazione è d'altra parte giustificata da una considerazione teleologica della disposizione che disciplina l'istituto della messa alla prova: questa solo se disposta, come ordinariamente avviene, in una fase anticipata del processo, sortisce l'effetto cui l'istituto è in astratto deputato, e cioè la – più rapida

possibile – fuoriuscita del minore dal circuito processuale, limitando al massimo il contatto tra il minore ed il sistema di giustizia penale; ne consegue che non avrebbe senso disporla quando già vi sia stata una sentenza di condanna che, intrinsecamente avendo già operato una valutazione negativa della personalità del minore, sarebbe inconciliabile con una successiva prognosi di un suo recupero sociale.

Successivamente all'applicazione dell'istituto in esame, il giudice è chiamato a porre in essere una ulteriore valutazione sull'evoluzione o meno della personalità del minore nel senso che, proprio a seguito del cambiamento da accertare all'esito della prova, l'organo giudicante deve, con ragionevole certezza, rilevare se effettivamente il delitto sia diventato «estraneo» al soggetto che lo ha commesso (DI PAOLO, *Riflessioni in tema di probation minorile*, in *CP*, 1992, 2873).

Ciò implica che, con riguardo alla probabile condotta futura dell'imputato, debba potersi escludere che il minore possa tornare a delinquere in considerazione del recupero sociale avvenuto con l'espletamento della messa alla prova.

Ovviamente un giudizio di tal genere è anch'esso probabilistico, ma muove dalla attenta disamina di precisi elementi fattuali: sono significativi in tal senso le risultanze relative al re-inserimento scolastico o lavorativo del minore (se il reato ad esempio, è collegato ad una situazione di ozio) ovvero la sottoposizione a trattamenti psico-terapeutici (se il reato dipende da una particolare situazione psichica).

D'altra parte, già nel momento in cui il giudice procede alla sospensione del processo, ritiene che la personalità del minore potrebbe evolvere in senso positivo e che, pertanto, tramite la prova, il minore potrebbe rimuovere quei fattori psicologici e relazionali che lo hanno indotto a delinquere e ad acquisire uno stile di vita improntato alla legalità.

Tale giudizio di prognosi positiva di mutamento della personalità del minore, viene poi coerentemente “rinnovato” al termine del periodo di sospensione, precisamente nel

momento in cui il giudice va a verificare se tale evoluzione comportamentale, di cui il minore ne deve aver dato dimostrazione nel corso della prova, con il suo quotidianamente impegno su quello che è stato definito un vero e proprio “un progetto di vita”, sia realmente avvenuta e se sia in grado di incidere sulla futura condotta dell'adolescente o meno (MANERA, *Sull'applicabilità della probation processuale nel giudizio di appello*, in *GI*, 1991, 289).

Affinché il giudice possa esprimersi in ordine all'effettivo mutamento della personalità del minore, i servizi sociali sono tenuti a presentare ai sensi dell'art. 28, 5° co., d.p.r. n. 448/1988, una relazione non soltanto al Presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo, ma anche al pubblico ministero, nella quale evidenziare il complessivo atteggiamento tenuto dal minore, nonché l'eventuale evoluzione della sua personalità. È chiaro ed intuibile pertanto che proprio la relazione dei servizi sociali, nella quale viene messa in risalto l'intera condotta dell'imputato minore, intesa come comportamento abituale nei suoi rapporti sociali e nei confronti delle prescrizioni imposte, consenta al giudice di valutare l'evoluzione, o meno, della personalità del minore per come avvenuta nel corso della messa alla prova.

Tale relazione dunque costituisce la premessa metodologica, ma non l'unica, per accertare se il minore beneficiario della messa alla prova, sia stato in grado, nel corso di questa, di modificare in positivo il proprio atteggiamento.

Autorevole dottrina ritiene che il fatto criminale per il quale il minore è stato inserito nel circuito penale, debba considerarsi l'espressione di un temporaneo momento di disagio e non, invece, indice di una radicata scelta criminale quando il giudice accerti l'esito favorevole della messa alla prova, attraverso la positiva verifica dell'avvio di un processo di effettivo cambiamento del minore che non deve dunque solo aver “sopportato” la prova (CESARI, 347; A. GHIARA, *La messa alla prova nella legge processuale minorile*, in *GP*, 1991, 91).

Trattasi indubbiamente di valutazione complessa, a cui l'autorità giudicante dovrebbe giungere attenendosi al contenuto della relazione dei servizi sociali, poiché tutta l'attività di controllo sull'andamento della prova viene a loro affidata: sono (*rectius*: dovrebbero essere) i servizi sociali in continuo contatto con l'autorità giudicante attraverso verifiche periodiche (COLAMUSSI, 2821).

Ai sensi dell'art. 29, d.p.r. n. 448/1988, quando il giudice ritiene che la prova abbia dato esito positivo, dichiara, in un'apposita udienza, estinto il reato; in tale caso, si raggiunge un risultato duplice: da un lato, si evitano i danni dell'ingresso nel circuito penale di un giovane la cui personalità è ancora in formazione e dall'altro, si riconsegna alla società un soggetto che ha dato piena dimostrazione di voler cominciare un percorso di reinserimento sociale che renderebbe inutile una qualsiasi diversa risposta sanzionatoria (SAMBUCO, *La formazione della prova nel processo penale minorile*, in *La prova penale*, Trattato a cura di Gaito, II, Torino, 2008, 905). In questo modo la pretesa punitiva dello Stato regredisce di fronte alla concreta dimostrazione del ragazzo, di perseguire un percorso di crescita e di responsabilizzazione attraverso l'adempimento di determinati obblighi finalizzati al suo reinserimento (CHINICCI, 836).

3. Nel paradigma della giustizia penale minorile, l'accertamento del fatto di reato costituisce l'*imput* per lavorare sulla rieducazione del soggetto minore che, a causa del suo comportamento antiggiuridico, è capitolato all'interno di un meccanismo particolare che tende a riattivare in lui quelle risorse necessarie al fine di giungere allo sviluppo armonico della sua personalità, interrotto con la commissione del fatto di reato. L'impatto del minore con il sistema penale determina quindi che da un lato il processo minorile lavori per estinguere se stesso: “il processo estingue il processo” (BASCO-DE GENNARO, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1998, 71); dall'altro che il minore diventi il “protagonista consapevole” non solo degli eventi anche negativi

che verranno da lui e per lui attuati, ma anche del suo nuovo percorso di vita caratterizzato dall'elaborazione del male compiuto e responsabilità del suo futuro (POMODORO, *Minore imputato e messa alla prova*, in *DPP*, 1995, 265).

Si tratta di un'innovazione del tutto originale garantita dal d.p.r. n. 448/1988, in quanto fornisce ai minori inseriti nel circuito penale l'opportunità di poterne uscire evitando così gli effetti etichettanti che invece sarebbero costretti a sopportare per tutta la loro vita. Ma non solo: è un dato incontestabile e pacifico che sussistano grandi differenze tra il minore al quale è applicato l'istituto della messa alla prova e quello a cui è predisposta la misura cautelare in carcere, soprattutto in ordine alle reazioni conseguenti.

Le esperienze detentive, e la considerazione dunque si estende non solo a quelle cautelari, ma anche a quelle successive in applicazione della sentenza di condanna, producono molto spesso effetti contrari a quelli voluti, rafforzando nel vissuto del ragazzo l'orientamento verso scelte delinquenziali: ciò è dovuto al fatto che la riduzione, se non addirittura l'eliminazione, dell'autonomia decisionale del minore riducono le sue possibilità di maturazione e producono spesso il rafforzamento di comportamenti irregolari addirittura più gravi di quelli già posti in atto.

Al contrario, il minore responsabilizzato ha maggiore probabilità di uscita dalla devianza se alla sua rieducazione si provvede attraverso un coinvolgimento, se possibile, del suo ambiente familiare e sociale preparato a supportare la difficile scelta di cambiamento del ragazzo.

Dall'indagine sull'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova relativa all'anno 2006, si evince come nel 79,2% la messa alla prova abbia avuto esito positivo (TORIELLO, *Per i minori alla prova missione compiuta nell'80% dei casi*, in *Fam. e minori*, 2008, 6, 11).

Tale dato è tanto più confortante se lo si confronta con quello registrato negli anni precedenti: considerando infatti il periodo 1999-2006, la percentuale delle prove con

esito positivo è pari all'80%, e in questo stesso arco di tempo il provvedimento di condanna è stato pronunciato soltanto nell'8,1% dei casi.

È ulteriormente dato certo che un programma particolareggiato di messa alla prova costituisca una premessa fondamentale per la buona riuscita dell'intervento ed anche per la valutazione conclusiva del procedimento.

Per garantire tale risultato è indiscutibile e indispensabile il coinvolgimento dei servizi sociali e il loro concreto intervento: la giurisprudenza di merito ritiene che il successo della messa alla prova, derivi dalla attiva e regolare collaborazione dell'imputato minorenni con il servizio sociale al quale è stato affidato per l'espletamento della prova stessa, che è chiamato a porre in essere una vera e propria opera di sostegno nei confronti del ragazzo (G.u.p. Trib. Min. Cagliari, 4.11.1997, G. E., inedita; G.u.p. Trib. Min. Cagliari, 1.3.2000, C.S., inedita; Trib. min. L'Aquila, 24.10.1996, X, in *DPP*, 1997, 610). Tuttavia si impone al riguardo una amara constatazione che, probabilmente, già a tutti gli operatori del diritto che si trovano quotidianamente a dover affrontare tali questioni, ed a tutelare gli interessi dei minorenni autori di reato, è evidente: la presenza e l'operatività dei servizi non è uguale in tutto il territorio nazionale. Questo è senza dubbio un elemento di difficoltà in quanto tali strutture, risultano scarse e mal distribuite nel territorio nazionale; in determinate zone di Italia risulta assai arduo un reale ed effettivo coinvolgimento dei servizi territoriali, che invece hanno un ruolo determinante, si è detto, sia nella fase di elaborazione del progetto educativo, sia durante il periodo di prova del minorenne (*Indagine sull'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova (artt. 28 e 29 del D.P.R. 448/88) nel periodo 24 ottobre 1989-30 giugno 1992*, curata dall'Ufficio centrale per la giustizia minorile del Ministero di grazia e giustizia, Roma, 1993, in www.giustizia.it/statistiche).

Il progetto politico sottostante al d.p.r. n. 616/1977, che in qualche modo si prefiggeva di porre rimedio a tale situazione, ha trovato

numerosi ostacoli di carattere generale e di carattere locale, inerenti rispettivamente alla mancanza di interesse per l'approvazione di una legge quadro di riordino dell'assistenza ed alla scarsa cultura nei confronti dei servizi sociali.

Questo è senza dubbio un problema allarmante, ma la cui risoluzione non può essere demandata al sistema penale, in generale considerato, in quanto ciò potrebbe bloccare importanti processi evolutivi del diritto: da questo si può soltanto esigere che offra opportunità, rispettando le garanzie di ognuno e non che eviti gli squilibri sociali (PALOMBA, *Il Sistema del nuovo processo penale minorile*, Torino, 1989, 483).

Tuttavia tale constatazione dovrebbe quanto meno scuotere gli animi di quanti potrebbero, con un minimo sforzo nell'impegno politico, ritagliare un po' di spazio per porre rimedio a tale situazione di evidente disparità al fine di rendere il sistema penale minorile effettivamente funzionale alla risoluzione di quel malessere, espresso dall'imputato minorenni, di cui la commissione del reato costituisce il sintomo.

4. Dalle brevi considerazioni svolte, emerge chiaramente come la misura della messa alla prova rappresenti, nel rito minorile, una risposta adeguata che bilancia la sostanziale ed ordinaria rigidità della previsione sanzionatoria, rispondendo alla necessità di far confrontare il minore con le regole e prevedendo in specifico una loro attuazione che, se riscontrata, elide totalmente l'aspetto sanzionatorio.

Il giudizio sulla opportunità di disporre la messa alla prova dell'imputato minorenni, pur se con il necessario adattamento ai principi ispiratori del processo minorile, è condotto secondo criteri analoghi a quelli adottati per la messa alla prova del condannato di cui all'art. 47 ord. penit. essendo però differente la sede naturale nella quale tale giudizio si forma: l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova è infatti applicabile al minore nella fase giudiziale anziché in quella esecutiva. Analogamente all'istituto della messa alla prova del condannato, la

messa alla prova dell'imputato minorenni postula l'avvio di una rimeditazione critica del proprio passato e la disponibilità ad un costruttivo inserimento nel contesto sociale, e sia il minore messo alla prova sia il condannato sono efficacemente supportati dalla prevista attività di trattamento ed assistenza dei servizi specializzati (C., Sez. I, 23.2.2006, Amura, in *FI*, 2007, II, 616; C., Sez. V, Romeo, in *MCP*, 1994, I, 105).

Ciò precisato, individuare le ragioni sottese all'assenza di una previsione nell'attuale codice di procedura penale che renda attuabile la misura della messa alla prova anche in favore dell'imputato adulto, o comunque determinare le cause dell'inesistenza di strumenti alternativi alla comminazione della pena, tali da permettere al giudice di attivare un intervento di rieducazione *ab initio* sulla personalità dell'imputato adulto, è un'operazione complessa che necessita comunque di solide argomentazioni, quali esse siano, ed assai convincenti per smentire quel senso di ingiustizia e di irragionevolezza che potrebbe *prima facie* derivare dalla constatazione dell'esclusione dal codice di rito ordinario di misure particolarmente significative sotto l'aspetto rieducativo, avente riflessi sostanziali di natura premiale.

Al fine di fornire una spiegazione giustificatrice dell'apparente diversità di regime, in dottrina suole ripetersi che sussiste una sostanziale differenza tra il minorenni e l'adulto, data dal fatto che il primo, in quanto soggetto la cui personalità è ancora in via di sviluppo, abbia intrinsecamente una maggiore occasione di crescita e di essere educato, non essendo dotato di strutture psicologiche definitivamente orientate; ciò implicherebbe che la predisposizione di una serie di meccanismi a loro favore, idonei a far comprendere l'illiceità della condotta, presentano una maggiore possibilità di riuscita che se attuati nei confronti degli adulti.

Tuttavia non appare significativamente valida una argomentazione che faccia leva su tale mera constatazione per giustificare la non applicabilità all'imputato adulto dell'istituto *de quo* soltanto perché, aprioristicamente, si

ritiene che questi non sia propenso ad essere ri-educato. Rivalutare invece le potenzialità dell'imputato adulto, verificando caso per caso, l'esistenza o meno di risorse in chiave rieducativa è un'esigenza che dovrebbe essere presa in considerazione anche nel rito ordinario poiché calibrare la risposta penale non soltanto alle caratteristiche del reato ma anche a quelle del reo, trovando tra le soluzioni possibili, quella più idonea a determinare un'evoluzione positiva della personalità dell'imputato costituisce un principio imprescindibile per uno Stato che sia effettivamente democratico e che intenda dare piena attuazione al disposto costituzionale di cui all'art. 27, 3° co.

Inoltre, nell'attuale processo degli adulti, può accadere che nel lasso di tempo tra la commisurazione della pena effettuata in sede cognitiva e il momento in cui la pena deve essere concretamente scontata, il condannato intraprenda significativi tragitti sulla strada della risocializzazione che, in assenza di una disposizione che li possa tenere in debito conto, rimangono però privi di rilievo giuridico. Proprio tale eventualità era stata debitamente tenuta in conto nel disegno di legge del precedente Guardasigilli Mastella, approvato al governo in data 14.10.2007, nella misura in cui anticipava l'affidamento in prova di cui all'art. 47 ord. penit., a prima che iniziasse il processo, e riguardava soltanto gli imputati che rischiavano pene non superiori ai due anni.

Sebbene l'occasione per rendere effettiva la suddetta disposizione sia stata vanificata, non essendo stato il disegno convertito in legge, potrebbe attualmente riproporsi il problema della compatibilità dell'istituto della messa alla prova anche nel rito ordinario degli adulti, alla luce dell'ampia delega offerta nel progetto al nuovo codice di procedura penale.

Infatti il punto n. 68.4 della suddetta delega pone a carico del giudice, nell'invitare le parti alle conclusioni, il dovere di avvertire l'imputato che, oltre a poter richiedere il rito abbreviato o formulare richiesta di applicazione, anche concordata della pena, di san-

zioni sostitutive, di misure alternative alla detenzione, ha anche il diritto a richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Il suddetto punto 68.4. in combinato disposto con il punto n. 26.2 della stessa legge delega, nella misura in cui prescrive la necessaria diversità delle formule di proscioglimento, anche per particolare tenuità del fatto o per prescrizione del reato, in riferimento al rito ordinario per gli adulti, apre la strada ad una riforma del codice di rito che faccia propri gli istituti del processo penale minore; infatti, non ci si riferisce soltanto alla potenziale applicazione nel rito ordinario dell'istituto della messa alla prova ma anche a quella della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto di cui all'art. 27, d.p.r. n. 448/1988.

Ovviamente, a fronte dell'ampia delega sarà necessario precisare i contorni e i presupposti per l'applicabilità degli istituti *de quibus* onde scongiurare la formulazione di norme in bianco, e il possibile contrasto degli istituti in parola con i principi costituzionali, e *in primis* con quello dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Allo stato attuale pertanto i presupposti per l'emanazione di un nuovo c.p.p., restaurato nelle particolarità del rito, idoneo a configurare un sistema di giustizia che analogamente a quello attualmente previsto per i minori, recuperi l'effettività della risposta penale, non più come astratto meccanismo retributivo, ci sono; si tratta soltanto di precisarne i presupposti che ovviamente non possono essere trasposti *sic et simpliciter*, basandosi esclusivamente su quelli propri del rito minore stante la diversità del soggetto a cui sono indirizzati e i differenti principi fondanti i due sistemi di giustizia.

Gli istituti disciplinati dal d.p.r. n. 448/1988 non possono dunque essere meccanicamente ricalcati ma necessitano di un'opportuna opera di implementazione onde scongiurare un rigetto delle nuove norme dal sistema che potrebbe verificarsi con la prima questione di legittimità costituzionale proposta.

In riferimento ai presupposti oggettivi della messa alla prova, potrebbe essere valido, diversamente da quanto previsto nella messa alla prova dell'imputato minorenni, circoscrivere l'applicabilità della misura a un tetto massimo di pena, tenendo quindi conto della gravità del reato commesso. Sotto il profilo soggettivo, ove dovesse ritenersi di inserire tra i presupposti per l'accesso alla messa alla prova dell'imputato adulto (e si ritiene che non possa escludersi) anche quel giudizio prognostico sulla rieducazione e sul positivo reinserimento nella società dell'adulto deviante, il legislatore dovrebbe coerentemente operare anche sui divieti, attualmente vigenti, l'uno previsto dall'art. 220 del codice di rito che esclude l'ammissibilità di perizie orientate a stabilire il carattere e la personalità dell'imputato e in generale, le sue qualità psichiche e l'altro previsto dall'art. 194, 1° co., c.p.p., che vieta l'audizione dei testimoni sulle qualità morali dell'imputato, salvo per alcune specifiche esigenze. Tali divieti se non manipolati, costituirebbero uno sbarramento invalicabile per l'organo giudicante che non potrebbe verificare l'esistenza nell'imputato adulto di risorse ed elementi dai quali desumere una propensione alla positiva evoluzione della sua personalità, non avendo strumenti per formulare quel giudizio prognostico che costituisce il presupposto per la messa alla prova dell'imputato; infatti nell'*iter* processuale minorile non sussistono norme di tal genere, anzi gli accertamenti *de quibus* sono espressamente ammessi al fine di ricostruire nel processo le condizioni, le risorse familiari, personali, sociali ed ambientali del minorenni imputato al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità.

Gli adattamenti inoltre dovranno essere connessi al particolare "*status*" del soggetto adulto a cui sono rivolti, e perciò che riguarda l'istituto della messa alla prova, dovranno riguardare sia l'articolazione del programma di intervento, sia la struttura cui il soggetto

andrebbe affidato per le opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno.

In definitiva, la legge delega presenta certamente nuove frontiere e nuove sfide per il diritto penale processuale (con riflessi anche su quello squisitamente sostanziale) che dovrebbero indurre ad una rimeditazione della materia, orientandosi a favore di una legittimazione di un «diritto penale mite», immaginando nell'ambito del processo ordinario di poter fare a meno, in determinate ipotesi, della pena detentiva, concedendo dunque cittadinanza anche a misure alternative, *in primis* alla sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato adulto.

D'altra parte la soluzione meramente afflittiva e non rieducativa, troppo spesso si rivela costosa e carente di rendimento sul piano dei benefici, vale a dire sul piano della difesa sociale; diversamente inserire nel processo penale ordinario sia misure sospensive della pronuncia – accompagnate da speciali sorveglianza e dall'aiuto di personale qualificato – sia meccanismi alternativi alla esecuzione della pena detentiva, significherebbe privilegiare lo scopo di sviluppare in chi ha commesso il fatto criminoso, il senso delle proprie responsabilità nei confronti della società e, in particolare, nei confronti della o delle vittime, tentando – ove possibile – un reinserimento ed una rieducazione del reo.

Un tale sistema però implicherebbe la necessaria diffusione di informazioni appropriate sulla natura e sul contenuto delle sanzioni e delle misure alternative alla detenzione, nonché sulle modalità della loro esecuzione, affinché l'opinione pubblica, in particolare i privati, e le organizzazioni e i servizi pubblici e privati che si occupano dell'esecuzione di tali sanzioni e misure, possano comprenderne i fondamenti e considerarle come delle risposte adeguate e credibili ai comportamenti delinquenziali, anche se si tratti di soggetti di età adulta. Ai posteri l'ardua sentenza.

Sulla possibilità censoria del Presidente di sezione su provvedimenti giurisdizionali dei giudici collegiali

Una delle attribuzioni della Suprema Corte di Cassazione è quello di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 ord. giud.).

Se l'art. 618 c.p.p. consente al Primo Presidente di cercare di risolvere i conflitti insorti o che possono insorgere tra le varie Sezioni, non altrettanto può dirsi in relazione ai “con-

trasti inconsapevoli di giurisprudenza” che vengano a crearsi all'interno di ogni singola sezione.

Ed è proprio in relazione a questo aspetto che la seduta plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura, interviene in ordine ad un quesito posto dal cons. Vincenzo Tardino.

La delibera

1. Con nota del 7 maggio 2008 il Consigliere della Corte di Cassazione dott. formulava un quesito volto a conoscere se esista una possibilità censoria del Presidente della Sezione della Suprema Corte sul merito dei provvedimenti giurisdizionali adottati dai singoli collegi della medesima Sezione; in particolare il richiedente poneva la questione del rapporto tra il controllo esercitato dal Presidente della Sezione al fine di assicurare “l'allineamento giurisprudenziale” e le prerogative dell'autonomia decisionale del giudice, ciò anche in considerazione del disposto di cui all'art. 618 c.p.p., che demanda alle Sezioni Unite la risoluzione dei contrasti giurisprudenziali tra le diverse sezioni, e non anche quelli tra collegi della stessa sezione.

Il presente quesito trae origine dalla nota in data 15.3.2008 con cui il Presidente della ... Sezione Penale titolare della Suprema Corte di Cassazione aveva rilevato un contrasto tra la sentenza n. 42979/07 e la giurisprudenza della medesima Sezione, in ordine alla esistenza, o meno, di un c.d. diritto all'amplesso nell'ambito del rapporto coniugale.

In particolare il Presidente aveva osservato

che nella richiamata decisione, sia pure come *obiter dictum*, si era affermata l'esistenza di tale diritto, mentre esso era stato negato in precedenti decisioni della Sezione, già diffusa dagli organi di stampa e pure edita su riviste giuridiche. Nella nota del 15.3.2008 il Presidente aveva altresì evidenziato che si era in tal modo determinato un “contrasto inconsapevole di giurisprudenza”, atteso che l'affermazione, non espressamente motivata, relativa al contenuto del rapporto coniugale era infatti estranea all'oggetto del processo in decisione, riguardante una violenza sessuale tra coniugi separati.

Nel replicare alla richiamata missiva, il dott. Vincenzo Tardino formulava quindi il quesito che occupa.

2. Si osserva preliminarmente che i termini del quesito che occupa, involgendo il contenuto ed i limiti del potere di vigilanza esercitato del Presidente di Sezione titolare della Corte di Cassazione in ordine agli indirizzi giurisprudenziali che emergono all'interno della sezione, involgono una facoltà che si qualifica come esplicazione propria della giurisdizione; conseguentemente, la disamina

della materia non sembra rientrare tra i compiti propri dell'Organo di autogoverno della magistratura.

Tuttavia, la vicenda in esame offre lo spunto per alcune considerazioni di carattere generale, in ordine al ruolo della Cassazione nel sistema giurisdizionale, che pare opportuno esprimere nei termini che seguono.

La posizione di indipendenza riconosciuta dalla Costituzione ai soggetti deputati allo *ius dicere* non comporta per il giudice la libertà di determinare, a suo arbitrio, il contenuto dei provvedimenti giurisdizionali. Il principio di legalità implica, infatti, che i giudici, nel compiere l'opera di interpretazione dei testi normativi, al fine di individuare la norma da applicare al caso concreto sottoposto al loro esame, siano comunque «soggetti alla legge», come sancisce l'art. 102, comma 2, Cost. La previsione del ricorso per cassazione (art. 111, comma 7, Cost.) come generale mezzo d'impugnazione utilizzabile nei confronti di qualunque pronuncia giurisdizionale, sembra fondarsi proprio sul riconoscimento della richiamata libertà di interpretazione.

Quanto detto, consente di tratteggiare il ruolo e la funzione della Suprema Corte di Cassazione, nell'ambito del sistema giudiziario Italiano: la Corte regolatrice si qualifica come organo di nomofilachia, alla quale è affidato il ruolo di tendenziale unificazione delle interpretazioni giurisprudenziali. Le decisioni del giudice di legittimità sono, peraltro, prive di uno specifico valore vincolante, di talché l'esercizio nomofilattico è assegnato alla efficacia *persuasiva* delle decisioni della Suprema Corte.

La giurisprudenza di legittimità ha poi chiarito che l'uniforme interpretazione della legge significa – e realizza – uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché la nomofilachia è altresì diretta espressione del principio sancito dall'art. 3 della Costituzione.

L'art. 65 del r.d. n. 12/1941, ove si individua la Corte di Cassazione «quale organo supremo della giustizia», volto ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione

della legge, attribuisce espressamente la funzione nomofilattica alla Corte di Cassazione; e, in tale prospettiva, è dato cogliere il senso dell'esistenza dell'Ufficio del Massimario, ufficio che cura il monitoraggio della giurisprudenza della Suprema Corte, anche al fine di favorire l'uniformità dell'interpretazione.

La Corte di Cassazione rappresenta, quindi, l'organo di vertice del sistema giudiziario delle impugnazioni, deputato – nella sua istituzionale funzione regolatrice – a garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto oggettivo nazionale.

Tanto premesso, occorre rilevare che la giurisprudenza di legittimità ha espressamente chiarito: che la funzione regolatrice appartiene ad ogni sezione della Corte medesima; e che, in caso di contrasto giurisprudenziale, è previsto l'intervento delle Sezioni Unite per mettere fine ad un'incertezza interpretativa. In particolare, si è precisato che la decisione delle Sezioni Unite costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori di cui le sezioni semplici devono prendere atto. Peraltro, occorre subito considerare che la modernizzazione della giurisdizione richiede indirizzi discussi e condivisi. Sul versante interno ed organizzativo della Corte, ciò si traduce nella necessità di accrescere il dialogo tra i consiglieri ed altresì tra le diverse sezioni, nel tentativo di elaborare decisioni che siano sempre più espressione «della Corte», e non solo della sezione o del singolo collegio. In tale ambito, come subito si vedrà, un ruolo decisivo è svolto dai Presidenti di sezione titolari.

Ciò premesso con riferimento all'unicità funzionale della Corte, occorre soffermarsi sulla particolare strutturazione della stessa, organizzata in quattro sezioni civili, una lavoro e sette penali, ma con la previsione in pianta organica di cinquantaquattro Presidenti di sezione.

Tale discrasia numerica tra le sezioni esistenti ed il numero di Presidenti presenti ha

comportato la necessaria distinzione tra Presidenti di sezione titolari e Presidenti di sezione non titolari: i primi soltanto svolgono le funzioni proprie dell'incarico direttivo nell'ambito di ciascuna sezione, mentre gli altri intervengono, eventualmente, in supplenza, secondo le modalità indicate nella tabella di organizzazione della Corte di Cassazione.

I cenni che precedono chiariscono che il Presidente di sezione titolare svolge le funzioni direttive giudicanti di legittimità – come definite dall'art. 10, XIV comma, d.lgs. n. 160/2006 – nell'ambito della peculiare posizione funzionale, derivante dalla titolarità della presidenza.

Deve a questo punto della disamina pure rilevarsi che, ai sensi dell'art. 12, comma 12, del d.lgs. n. 160/2006, il dirigente ha, in via generale, tra i propri compiti, quello di operare il controllo di gestione sull'andamento generale dell'ufficio, di ideare, programmare e realizzare, con tempestività, gli adattamenti organizzativi e gestionali e di dare piena e compiuta attuazione a quanto indicato nel progetto di organizzazione tabellare. Con specifico riguardo alla Suprema Corte, pertanto, il dovere/potere di controllo gestionale rimesso al dirigente involge – tra gli altri – l'aspetto qualitativo del servizio specificamente reso dalla Corte e le modalità di realizzazione della funzione di nomofilachia.

Orbene, applicando i dettami ora richiamati nell'ambito della particolare strutturazione organizzativa della Corte, e tenuto conto delle peculiarità discendenti dalle funzioni di nomofilachia di cui sopra si è detto, deve ritenersi che il Presidente di Sezione titolare – che esercita funzioni direttive giudicanti di legittimità – nel quadro della collaborazione istituzionale e funzionale con la dirigenza dell'ufficio, rimessa per quanto di competenza al Presidente aggiunto ed al Primo Presidente della Corte, magistrati che svolgono rispettivamente funzioni direttive superiori giudicanti di legittimità e funzioni direttive apicali di legittimità, ben possa attivarsi al

fine di garantire il momento nomofilattico, che qualifica l'azione della Corte regolatrice. Le argomentazioni ora svolte, di ordine sistematico, trovano poi nella normazione secondaria dettata dal Consiglio superiore specifico e puntuale riscontro. La Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il biennio 2006/2007, tutt'ora vigente, al Capo XII, punto 83.4, espressamente riconosce ai Presidenti di sezione il compito di assicurare l'uniformità di indirizzo all'interno della sezione; e, nella relazione organizzativa generale relativa alle tabelle della Corte di Cassazione per il biennio 2006/2007, si prevede che la direzione delle sezioni sia affidata ai presidenti titolari, nella esplicazione delle loro attitudini organizzative.

3. Venendo a soffermarsi sul caso che occupa, i cenni che precedono inducono a ritenere che l'intervento del Presidente di Sezione titolare, nell'esercizio di poteri rientranti nell'alveo delle funzioni direttive giudicanti di legittimità, lungi dal realizzare alcuna forma di ingerenza nel merito della singola decisione, risulti funzionale al migliore assolvimento dell'esiziale compito di nomofilachia al quale la Cassazione è deputata. I contrasti che si verificano nell'ambito della medesima produzione giurisprudenziale della Corte, anche in conseguenza di *obiter dicta* inseriti nel corpo delle motivazioni, infatti, ove non sorretti da adeguato e specifico apparato motivazionale che giustifichi *in parte qua* la difformità di indirizzo, sono tali da compromettere il corretto esercizio della funzione regolatrice. La Corte adotta invero decisioni, come sopra considerato, prive di uno specifico valore vincolante, di talché l'uniforme interpretazione del diritto si fonda proprio sulla efficacia *persuasiva* delle decisioni e, quindi, in ultima analisi, sulla plausibilità degli orientamenti giurisprudenziali complessivamente espressi. Il Consiglio superiore della magistratura, pertanto, delibera di rispondere al quesito indicato in rubrica nei sensi di cui in motivazione.