

**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 di <i>S. Furfaro</i> .....	pag.	IV
--	------	----

### IL PUNTO SU ...

Norma e prassi in tema di documentazione e verbalizzazione dei risultati delle investigazioni difensive di <i>F. Giunchedi</i> .....	pag.	1
--	------	---

### DECISIONI IN PRIMO PIANO

Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo di <i>S. Furfaro</i> .....	pag.	13
Sui poteri del giudice di rinvio di <i>M. Antinucci</i> .....	pag.	20
Custodia cautelare e minorenni: binomio concepibile? di <i>G. Sambuco</i> .....	pag.	23

### APPROFONDIMENTI

Profili sistematici delle impugnazioni di <i>G. Ranaldi</i> .....	pag.	27
--	------	----

### RIFLESSIONI

Sbatti il mostro in prima pagina: danni visibili ed invisibili della cronaca giudiziaria di <i>R. Bonsignori</i> .....	pag.	44
--	------	----

### GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

La prova penale dal punto di vista dell'Europa di <i>N.E. La Rocca</i> .....	pag.	60
---	------	----

Il tema della separazione delle carriere tra pubblici ministeri e giudici, all'ordine del giorno a margine di ogni dibattito sulla giustizia, è stato oggetto del Convegno organizzato dall'Unione delle Camere Penali, a Roma nei giorni 14 e 15 scorsi. L'occasione consente qualche riflessione su un problema che, nonostante l'importanza che riveste, è spesso offuscato dalle polemiche più disparate sullo stato attuale della giustizia penale e da strane aspettative sul miglioramento di essa, certamente impossibili da realizzare soltanto per quella via.

La necessità della differenziazione dell'ordine inquirente dall'ordine giudicante (tale dizione pare migliore di quella in voga) non sarà mai la panacea dei mali che affliggono il processo penale; può dirsi, anzi, che, ove attuata, potrebbe addirittura accentuare gli aspetti peggiori che quotidianamente sono offerti dall'assetto impermeabile del potere di indagine e dalla piega ormai assunta dal processo, caratterizzato sempre più dall'acquisizione della prova anticipata nella fase delle indagini. Essa corrisponde (semplicemente) all'esigenza di attuare i canoni della "terzietà" e della "imparzialità" che per dettato costituzionale definiscono la posizione del giudice nell'ambito di qualsiasi processo. Lo si è detto tante volte, ma ribadirlo non guasta: «*justice must not only be done: it must also be seen be done*» e il giudice "collega" dell'accusatore è *suspectus*. Come Cesare doveva apparire onesto, così il giudice è terzo ed imparziale soltanto quando, oltre ad esserlo nel suo intimo e nella posizione che l'ordinamento gli assegna nella contesa tra le parti, "appare" tale. E, qui, coglie davvero nel segno una felice espressione del «Manifesto per la separazione delle carriere» dell'Unione delle Camere penali: «Il valore fondamentale da perseguire è l'imparzialità da cui deve discendere la decisione giusta», ma tale è soltanto quella che promana da strutture ordinamentali e processuali che assicurano l'affidabilità sociale del giudice, per cui «il cittadino, ispirato dall'immediato senso comune, non crede di essere giudicato nel giusto da una decisione presa da un giudice che condivide con il soggetto che lo accusa la medesima collocazione istituzionale». Ci siamo: è l'apparenza ad avere valore e la fiducia che il giudice deve ispirare all'imputato e alla società non può prescindere dalla separazione del pubblico ministero dall'*ordo iudicium*. Solo in tal modo potrà darsi attuazione al dettato costituzionale e la legislazione nazionale sarà in linea con i parametri europei e con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo sull'indipendenza e l'imparzialità del giudice.

Questo il fine, ogni aggiunta ulteriore non fa che inquinare la chiarezza e il percorso. E non solo: rischia inopinatamente di confondere diversi problemi, lasciandone nell'ombra uno fondamentale e, per certi versi, prioritario pure rispetto a quello della separazione delle carriere: l'ampiezza dei poteri e della facoltà che la struttura accusatoria del processo ha concesso al pubblico mini-

stero. È indubbiamente strano, ma nonostante sia nato come strumento di garanzia, il doppio fascicolo pare avere attuato ciò che la dottrina processualistica degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso paventava, terrorizzata: l'idea che il processo penale potesse essere "privatizzato" e la prova gestita dal pubblico ministero secondo i principi di disponibilità ed interesse propri della procedura civile. Purtroppo bisogna prendere atto che l'opera di "privatizzazione" è abbondantemente in corso e gli indicatori non mancano: la ritenuta "non doverosità" delle indagini *pro* indagato, la gestione del materiale probatorio acquisito a seconda delle scelte da compiere, la conseguente possibilità di separazione di esso e la creazione di autonomi "fascicoli contenitori" ai quali attingere alla bisogna costituiscono il prodotto di una "disponibilità" dell'agire dell'ufficio pubblico del tutto impensabili nella vigenza del codice del 1930 che, "inquisitorio" nella struttura, attribuiva però ad un giudice l'acquisizione del materiale probatorio, segnando limiti ristrettissimi all'acquisizione della parte pubblica e, soprattutto, non favoriva la cernita o la dispersione degli atti, tutti raccolti nell'unico fascicolo del giudice terzo.

Non si vuol fare dietrologia; nel contempo, però, non bisogna consentire demagogie che, giocate sul filo del "processo di parti", dimenticano la disparità essenziale tra queste nel corso delle indagini e, con essa, la facilità con la quale gli ampi poteri di indagine possono diventare arbitrii. Se l'indagine, nell'acquisizione della prova, anticipa ormai il processo, è necessario prendere atto che l'acquisizione non avviene né nel contraddittorio, né da parte del giudice terzo. E ciò, in un contesto nel quale molto spesso le indagini sono avviate non sulla esistenza di una effettiva *notitia criminis* ma su ipotesi e teoremi che, stravolto il senso delle cose, determinano che si indagherà "a caccia" di un reato piuttosto che su uno specifico fatto, passando così disinvoltamente sui diritti altrui. Tutto ciò già succede e immaginare che le ampie possibilità di indagine oggi offerte siano affidati ad un ordine autonomo, destinato inevitabilmente a diventare un "potere", non può non destare seria preoccupazione.

Se la separazione dell'ordine inquirente dall'ordine giudicante attuerà il dettato costituzionale, essa non potrà prescindere da modifiche strutturali del sistema dei poteri del pubblico ministero che comunque già nell'attualità si impongono. Su tale fronte, non sono certamente poche, né di poco momento le innovazioni auspicabili; tra queste, alcune davvero indefettibili in tema di rispetto del concetto di pubblicità della funzione e di garanzie. Solo qualcuna, "per assaggio": la modifica dell'art. 358 nel senso della doverosità dell'indagine *pro* indagato varrebbe certamente ad accentuare la connotazione "pubblica" del ministero d'indagine, in una fase nella quale è essenzialmente esclusa la contrapposizione che definisce l'ontologia del processo di parti; l'attribuzione al g.i.p. del compimento delle operazioni di intercettazione e, più in generale, di ogni mezzo di prova che comporti la violazione dei diritti costituzionalmente previsti sarebbe indubbia-

mente più in sintonia col sistema delle garanzie, anche in relazione alla caratterizzazione assunta dal processo, nel quale, come s'è detto, l'indagine anticipa ormai il giudizio in tema di assunzione della prova; la drastica riduzione dei termini delle indagini e l'attribuzione al procuratore generale del potere di controllo sui fascicoli di indagine costituirebbero, poi, momenti di controllo tempestivo sullo stato degli atti, non soltanto in ordine alla rispondenza di quanto acquisito ad effettive ipotesi di reato, ma alla legittimità della conservazione dei fascicoli oltre i limiti delle indagini.

La separazione delle carriere è essenziale ad un sistema ordinato che escluda dal giudice sospetti di corporazione; fondamentale allo stesso sistema, però, è il riequilibrio dei poteri del pubblico ministero secondo criteri che, esaltando la pubblicità della funzione, escludano possibilità di abuso.

Sandro Fùrfaro

## IL PUNTO SU ...

### **Norma e prassi in tema di documentazione e utilizzazione dei risultati delle investigazioni difensive**

di *Filippo Giunchedi*

*Incaricato di Diritto processuale penale nell'UNISU di Roma*

1. *Percorso storico e originario* self restraint della giurisprudenza. – L'articolata sistematica delle investigazioni difensive sconta non pochi problemi interpretativi in ordine alla spendibilità sul piano processuale dei risultati di detta attività.

Il passaggio dall'esangue normativa originariamente dettata dall'art. 38 disp. att. c.p.p. a quella attuale manifesta *ictu oculi* le difficoltà che ha dovuto compiere il legislatore per regolamentare una disciplina, *lato sensu* di indagine, finalizzata alla ricerca da parte dell'avvocato degli elementi di prova favorevoli al proprio assistito. Già nel testo della norma in discorso, furono molteplici e articolati gli interventi operati dagli organi chiamati di volta in volta ad esprimere un parere sull'introduzione di un nuovo modo di difendersi: quel *diritto di difendersi provando* tanto caro a Vassalli (VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1997, 445 ss.).

Problemi non nuovi, invero, dato che l'art. 33 prog. prel. disp. att. prevedeva una disciplina molto più articolata rispetto a quella prevista dall'ora abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. che, oltre a prevedere in via generale la possibilità per difensore, sostituti, consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati di poter svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore, assicurava anche la facoltà di «conferire con le persone che possano dare informazioni e farsi rilasciare dichiarazioni scritte» (1° co., lett. b), e tutta un'altra serie di garanzie che ritroviamo nell'attuale disciplina (dall'avvertimento alla persona intervistata della facoltà di rifiutare il colloquio alla possibilità

che al colloquio potesse assistere una persona di fiducia, etc.).

Questa congerie di aspetti – che in questa sede non è possibile approfondire – non venne poi trasfusa nella norma in quanto prevalse il timore di invadere il campo del pubblico ministero con pericolose conseguenze che ben tutti conoscono e che portarono non pochi difensori a rispondere penalmente per lo zelo difensivo.

L'insufficienza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., nonostante l'interpolazione effettuata con l. 8.8.1995, n. 332, si risolveva in una norma programmatica, la cui interpretazione sotto il piano operativo, rimaneva confinato più al rango di opinioni che di vera e propria attività ermeneutica. Le problematiche affioranti attingevano, come è intuibile, il profilo dell'utilizzabilità. Si legge in una prima pronuncia che «il difensore non ha potere di documentazione, sotto alcuna forma, compresa quella della registrazione magnetofonica, di dichiarazioni rese da persone a conoscenza di circostanze o fatti, nemmeno allorché si tratti di dichiarazioni irripetibili [...] mentre ogni forma d'acquisizione non può che dar luogo ad inutilizzabilità, il difensore deve, ove lo ritenga, dare notizia della possibilità di raccogliere le dichiarazioni al pubblico ministero ovvero, in presenza dei presupposti per l'incidente probatorio, al giudice per le indagini preliminari [...] a prescindere, naturalmente, dalla inutilizzabilità sempre possibile delle dichiarazioni a fine di formazione della prova dibattimentale» (G.I.P. T. Milano, 17.9.1990, Giovanni, in *GP*, 1991, III, 365). I limiti al potere di documentazione del difensore venivano ravvisati

in una mancanza di legittimazione «in ragione della sua specifica qualità di parte privata, il cui dovere professionale non è compatibile con la possibilità di ricorrere a pubbliche risorse nell'indagare sui fatti e, soprattutto, con la possibilità di formare direttamente atti processuali che diano garanzia, per sé medesimi, dell'essere accaduto ciò e solo che ciò che gli atti stessi documentano» (G.I.P. T. Milano, 13.11.1990, Bentacor, in *CDir*, 1991, 3, 31). Insomma, un panorama molto fosco con evidenti ricadute sul piano dell'illecito disciplinare, per tacere degli aspetti di responsabilità penale.

Il *drafting* giurisprudenziale, pertanto, escludeva con fermezza ogni forma di documentazione dell'attività di ricerca della prova del difensore con conseguente espunzione del materiale presentato al pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari e divieto di acquisizione in sede di udienza preliminare che al vaglio giurisdizionale doveva portare a selezionare il materiale legittimamente acquisito (G.I.P. T. Milano, 13.11.1990, Bentacor, cit.). La *ratio* di interpretazioni così restrittive era da rinvenirsi nel dettato dell'art. 358 c.p.p. che nella logica della completezza delle indagini e nel potere-dovere del p.m. di svolgere «altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini», diveniva un inutile orpello che, semmai, tendeva a mettere a repentaglio la regolarità della contesa in considerazione della sussistenza di precise regole di garanzia della fedeltà dei verbali (divieto di cancellatura, verbalizzazione di domande e risposte) e della sicura genuinità delle risultanze acquisite.

Inevitabile, pertanto, un'interpretazione sostanzialmente abrogante dell'art. 38 disp. att., posto che «l'audizione e l'assunzione a verbale, da parte del difensore, di un testimone, al di là di ogni valutazione sul versante della deontologia professionale, non sono consentiti dall'art. 38 disp. att. c.p.p.» (Ass. Milano, 31.10.1991, Bruzzini, in *CDir*, 1992, 1-2, 49) con conseguente impossibilità di utilizzare i risultati delle indagini del difensore, seppur depositate nel fascicolo del p.m., an-

che per le sole contestazioni (T. Venezia, 12.11.1991, Fabbro, in *DP*, 1992, 36, 105) o per gli epiloghi dell'udienza preliminare (G.I.P. T. Treviso, 20.2.1992, Oniga, in *DP*, 1992, 36, 105).

Le prime pronunce di merito, tutte univocamente orientate, portarono la Corte di Cassazione ad omologarsi con una motivazione che non lasciava spazio a ripensamenti. «Durante le indagini preliminari il pubblico ministero non è parte, non essendo ancora insorto alcun conflitto tra l'ordinamento ed un determinato soggetto privato, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale» spiegano i giudici di legittimità, per cui «devono essere canalizzati sul pubblico ministero tutti i dati utili, comprese le informazioni acquisite (direttamente o anche a mezzo di sostituti, consulenti tecnici o investigatori privati autorizzati) dai difensori». Deve, pertanto, ritenersi che l'art. 38 disp. att. autorizzi il difensore «alla scoperta degli elementi favorevoli (mediante investigazioni esplorative o conferimento con persone in grado di fornire informazioni), senza estenderle alla diretta acquisizione dei dati, essendo quest'ultimo compito del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, e del giudice successivamente» (C., Sez. fer., 18.8.1992, Burrafato, in *CP*, 1993, 1502; in senso analogo, C., Sez. VI, 1.3.1993, Minzolini, *ivi*, 1995, 974).

In chiave di estrema sintesi, quindi, le investigazioni svolte dal difensore servivano prima dell'attuale disciplina solo per valutare elementi di prova da portare all'attenzione del pubblico ministero, prima, e del giudice, poi, senza alcuna valenza procedimentale (C., Sez. I, 31.1.1994, Vincenti, in *GP*, 1994, III, 586), finanche nel giudizio *de libertate*. Il tribunale della libertà in sede di controllo se poteva validamente apprezzare dichiarazioni precostituite non altrettanto poteva fare per gli elementi di prova raccolti dal difensore (C., Sez. II, 16.3.1995, Marras, in *GP*, 1996, III, 410), anche se deve darsi atto che proprio in questa procedura inci-



dentale si sono registrate pronunce che hanno aperto il varco verso l'attuale disciplina. La ragion pratica sottesa è stata rinvenuta nell'impossibilità per il tribunale del riesame di compiere autonoma attività istruttoria che, pertanto autorizzerebbe le parti, senza distinzione tra pubblica e privata, a sottoporre al tribunale anche le dichiarazioni scritte delle persone informate sui fatti (C., Sez. I, 5.6.1992, Padovani, in *CP*, 1994, 971; C., Sez. I, 29.1.1990, De Ruvo, in *ANPP*, 1990, 567).

Ma, al di là di queste monadi, l'indirizzo era di forte ostruzionismo verso l'utilizzabilità dei risultati delle investigazioni del difensore, per di più avallato dal ritorno all'inquisitorialità con le sentenze della Corte Costituzionale nn. 24, 254, 255 del 1992 che, in nome di un principio di non dispersione della prova, tendeva ad omologare un sistema fortemente caratterizzato dal recupero degli elementi di prova raccolti dal p.m., ove nessuno spazio veniva concesso all'iniziativa privata. Le svariate iniziative delle Camere penali e l'impulso offerto da qualche autore un po' più sensibile di altri al fenomeno (FRIGO, *Quale destino per l'indagine difensiva?*, in *DP*, 1993, 41, 46), portarono – come anticipato – all'inserimento dei co. 2 *bis* e 2 *ter* (introdotti con l. 8.8.1995, n. 332) all'art. 38 disp. att. allo scopo di colmare le evidenti lacune della formulazione originaria della norma cercando in tal modo di superare l'orientamento giurisprudenziale prevalente, teso a canalizzare verso l'ufficio del pubblico ministero i risultati delle indagini compiute dalla difesa. Ed in effetti le pronunce successive alla novella (C., Sez. III, 11.7.1997, Lutfija, in *DPP*, 1998, 994; C., Sez. II, 28.11.1997, Costanza, in *Mass. uff.*, 209601; C., Sez. V, 28.10.1999, Campailla, in *ANPP*, 2000, 337; C., Sez. I, 28.12.1999, P.G. in proc. Di Meglio, *ivi*, 2000, 335) si posero nel solco dell'esclusione della mediazione del p.m., come poteva evincersi in modo tranquillante con l'utilizzo dell'avverbio «direttamente» (co. 2 *bis* dell'art. 38) che trovava, poi, la sua forza nell'ipotesi di nullità dell'ordinanza cautelare laddove questa

non desse conto della valutazione «degli elementi forniti dalla difesa» (lett. *c bis* dell'art. 292 c.p.p., anch'essa introdotta con l. n. 332/1995).

Sembrava, quindi, che nonostante qualche apertura del legislatore e la recezione per via giurisprudenziale, la resistenza verso un nuovo modo di difendere fosse ancora tanta, soprattutto per ragioni culturali: al pubblico ministero competono le indagini e al difensore spetta il compito di contrastarle con le ragioni della logica e della dialettica. Visione certamente antesignana, ma tanto era...

2. *Il rinnovato quadro normativo: qualche precisazione in più, ma ancora tante incertezze.* – L'approdo alla l. 7.12.2000, n. 397, recante «Disposizioni in materia di indagini difensive», dopo un periodo di gestazione snodatosi per oltre quattro anni, è frutto di una serie di perplessità legate alle ricadute sul piano processuale nel difficile compito di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di offrire carattere cogente alle investigazioni del difensore a fronte degli interrogativi prospettatisi nella prassi e nel contempo per assicurare quella parità proclamata dalla Costituzione stessa (art. 111, 2° co.), soprattutto, in favore dell'accusato di disporre «delle condizioni necessari[e] per preparare la sua difesa [...] e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore» (art. 111, 3° co.). In particolare l'abrogazione dell'art. 38 disp. att. c.p.p. mediante l'art. 23 della legge in discorso, assume un alto valore sintomatico in quanto viene a «segnare con nettezza lo stacco con il passato» (SPANGHER, *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocato può vincere*, in *CorG*, 2001, 285).

La disciplina profondamente ampliata rispetto al passato in teoria appare in grado di disciplinare compiutamente l'attività posta in essere dall'avvocato "Perry Mason", grazie anche all'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici (artt. 371 *ter* e 379 *bis* c.p.) e l'ampliamento di ipotesi criminose già esistenti in relazione all'attività probatoria degli organi di accusa (art. 371 *bis* c.p.). Allo stesso tempo la "dinamicità" della funzione difensiva ha reso opportuna una rivisitazione

dell'intero impianto della deontologia forense, ad evitar sconfinamenti in illeciti disciplinari, per tacere di quelli penali di cui si è detto.

Accennato per sommi capi alla fisionomia della l. n. 397/2000, volgiamo al tema di indagine che attiene la spendibilità in sede processuale dei risultati delle indagini difensive, quelle che sono state definite «norme di scopo» (A.A. DALIA, *Introduzione*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 7) in quanto finalizzate a concretizzare i canali di acquisizione (diretta presentazione al giudice per le indagini preliminari o a quello dell'udienza preliminare), di inserimento originario nello scibile processuale (atti irripetibili) ed infine di recupero delle risultanze delle investigazioni compiute dal difensore (utilizzazione ai fini delle contestazioni o delle letture).

3. *La documentazione degli atti delle investigazioni difensive.* – La necessità di non disperdere gli elementi di prova assunti dal difensore durante le indagini difensive richiedeva un'opportuna regolamentazione delle modalità di cristallizzazione delle stesse tanto per ragioni contestative che di apprezzamento critico della prova assunta in giudizio.

A fronte di una disciplina capillare per la documentazione delle parti pubbliche (pubblico ministero e polizia giudiziaria), il «vecchio» art. 38 disp. att. c.p.p., se all'apparenza svincolava il difensore dall'osservanza di determinate forme, sul piano degli effetti questa «libertà» si riverberava in negativo nella mancanza di valore di una simile attività, svuotandola, pertanto, di concretezza.

Il tenore dell'art. 391 *bis* c.p.p. fissa una tripla categoria di atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo: il colloquio, le dichiarazioni e le informazioni.

I soggetti legittimati (difensore, sostituto, investigatori privati autorizzati o consulenti tecnici), prima di procedere al colloquio – ed ovviamente ancor più se intendono raccogliere dichiarazioni o informazioni – hanno il dovere di avvertire le persone interessate della propria qualità e dello scopo del colloquio;

se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte offerte; delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. Detti avvertimenti «non richiedono forme particolari, infatti l'art. 391 *ter*, 3° co., c.p.p. non impone una attestazione formale, a differenza di quanto previsto dallo stesso articolo – al 1° co., lett. *c* – per la documentazione delle semplici dichiarazioni, né richiede che i verbali compilati dai difensori contengano l'analitica enunciazione dei singoli avvertimenti» (C., Sez. II, 14.11.2002, Mancuso, in *Mass. uff.*, 223509). Da ciò si evince, però, che ben altri elementi devono emergere nella relazione stesa dal difensore o dal sostituto, costituiti dalla «data in cui ha ricevuto la dichiarazione» (lett. *a*) – la cui finalità è sicuramente dettata da una serie di circostanze quale, ad esempio, l'esatta scansione cronologica anche al fine di stabilire l'eventuale violazione dell'obbligo in capo alla persona assunta di rendere le dichiarazioni previste dalla lett. *c* dell'art. 391 *bis* relative alla pendenza di procedimenti per reati collegati –, dal rendere «le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione» (lett. *b*) – ciò per ovvie ragioni di identificazione dei soggetti coinvolti nell'atto –, «l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal 3° co. dell'art. 391 *bis*» (lett. *c*) – atto che fa fede sino a prova di falso dell'aver rispettato le imprescindibili regole dettate dalla normativa –, «i fatti su cui verte la dichiarazione» (lett. *d*) – al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione della dichiarazione (ad es. ad un delimitato capo d'imputazione ovvero ad un determinato fatto storico, aspetto assai utile nel caso di attività investigativa preventiva) –.

Sul piano pratico, però, la giurisprudenza si è posta su posizioni più rigorose, avallata in ciò dalla regolamentazione varata dall'Unione delle Camere penali italiane che nelle «Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive» all'art. 13, 1° co., prevedono che le informazioni assunte dal difensore secondo le previsioni degli artt. 391 *bis*, 2° co., e 391 *ter*, 3° co., c.p.p. debbano essere documentate in forma integrale e che, quando è disposta la riproduzione almeno fonografica con successiva trascrizione, possono essere documentate in forma riassuntiva, ciò al fine di assicurare ai risultati delle investigazioni difensive il massimo grado di attendibilità. La Cassazione penale, contraddicendo i primi responsi di legittimità (C., Sez. II, 14.11.2002, Mancuso, cit.), ritiene che «gli avvertimenti che il difensore deve rivolgere al soggetto dichiarante ai sensi dell'art. 391 *bis*, 3° co., c.p.p. a pena di inutilizzabilità devono essere specificamente verbalizzati, mentre non può essere ritenuta sufficiente la semplice attestazione in merito effettuata dal difensore *ex art.* 391 *ter*, 1° co., lett. c, atteso che non sussistono ragioni per differenziare l'attività del difensore da quella analoga posta in essere dal giudice o dal pubblico ministero» (C., Sez. III, 15.7.2003, Laghezza, in *Mass. uff.*, 227390). Ragioni volte a scongiurare discipline eterogenee, maggiormente lassiste per la parte privata, militano, quindi, a favore di correttivi per via giurisprudenziale.

4. *Il divieto del c.d. affidavit.* – La legge in esame prevede che sia il difensore o il suo sostituto a raccogliere formalmente le dichiarazioni rese dalle persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, eventualmente con l'ausilio di persone di fiducia come prevedono il 1° e 3° co. dell'art. 391 *ter*. Conseguentemente deve escludersi la possibilità per il difensore di far documentare le dichiarazioni rilasciate dalle persone informate sui fatti da soggetti terzi, magari dotati di particolari qualifiche di rilievo pubblico (ad esempio, notai) per renderli garanti della fedeltà della documentazione. Prassi questa adottata negli ordina-

menti di *common law* e denominata *affidavit*, consistente nella redazione di una dichiarazione scritta, solitamente giurata, resa davanti a persona autorizzata a ricevere i giuramenti, in relazione a fatti di cui il dichiarante abbia conoscenza diretta e ritenuta usurpante le funzione dell'autorità giudiziaria in quanto deve considerarsi vietato raccogliere informazioni aventi ad oggetto fatti contrari all'ordine pubblico (C. civ., Sez. III, 13.11.1957, n. 4380, in *FI*, 1958, I, 657, che escludeva quest'attività in particolare per i notai in forza di un limite della stessa legge sul notariato).

Orientamento molto discusso che portò la dottrina a spingere per allargare le paratie della categoria delle persone legittimate a documentare i risultati dell'attività investigativa (BERNARDI, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano, 1996, 111) e che spinse, sempre sotto la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., la Commissione ministeriale per le correzioni al codice di procedura penale di prevedere tale possibilità per il notaio o altro pubblico ufficiale. La proposta venne avallata dall'Unione delle Camere penali che tendevano ad includere, oltre al notaio, anche il giudice di pace, il segretario comunale o altro pubblico ufficiale autorizzato e il presidente dell'ordine degli avvocati o un consigliere da questi delegato. Non a caso già nel 1989 una delibera delle Camere penali aveva invitato il Ministro di grazia e di giustizia a predisporre un decreto legge prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito che apportasse le necessarie modifiche alla legge sul notariato volte ad abrogare il divieto di *affidavit*.

Ciò nonostante la l. n. 397/2000 sul punto è rimasta arroccata sulle posizioni della giurisprudenza, esponendo, pertanto, i legali a maggiori rischi nella raccolta delle informazioni, anche se va dato atto che il traslare detto potere in capo ad altro soggetto rivestente la qualifica di pubblico ufficiale, avrebbe imposto la comunicazione all'autorità giudiziaria di eventuali notizie di reato apprese durante la stesura dell'atto, aspetto oggi escluso per i soggetti legittimati in forza

dell'inequivoco disposto dell'art. 334 *bis* c.p.p.

5. *La documentazione dell'attività di accesso ai luoghi.* – L'istituto dell'accesso ai luoghi costituisce senza dubbio un'attività nuova che compendia l'ispezione, la perquisizione e l'accertamento urgente sui luoghi, svolti parallelamente dalla polizia giudiziaria, ricompresa nel catalogo di atti di investigazione difensiva desumibile dalla formula «ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova» prevista dall'art. 327 *bis* c.p.p.

La tipologia dei luoghi per cui opera la disciplina dell'art. 391 *sexies* c.p.p. è desumibile dalla lettura del successivo art. 391 *septies* che disciplina l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico, donde il campo di applicazione della prima norma è costituito dai luoghi pubblici o, comunque, aperti al pubblico. Quest'attività deve necessariamente raccordarsi con quella volta a conservare le tracce e le cose pertinenti al reato che compie la polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354, 1° co., c.p.p., nonché della immutazione dello stato dei luoghi e delle cose sino all'intervento del p.m. In relazione a ciò si giustifica il riconoscimento in capo alla polizia giudiziaria di un potere preminente di regolazione dell'accesso specie sul luogo del delitto affinché non se ne disperdano i segni, magari anche quelli favorevoli all'indiziato. In queste ipotesi, proprio al fine di scongiurare quanto sopra, in letteratura si è sostenuto che potrebbe risultare utile la figura di un «addetto alla circolazione» per disciplinare l'accesso» (BRUNI, *Art. 391 sexies*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, I, Torino, 2006, 1736).

Tornando al tema che ci occupa, la norma prevede un'articolata disciplina della forma di documentazione che devono effettuare i soggetti legittimati allo svolgimento delle investigazioni difensive e quindi, diversamente dalla verbalizzazione di s.i.t., anche l'investigatore privato autorizzato e il consulente tecnico, consistente nell'indicare la data ed il luogo dell'accesso (lett. *a*); le proprie generalità e quelle delle persone intervenute (lett.

*b*); la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose (lett. *c*); l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e devono essere allegati al medesimo (lett. *d*). Tutti i partecipanti devono sottoscrivere il verbale.

La redazione del verbale, come si evince dall'utilizzo del verbo «possono», è meramente facoltativa – e non obbligatoria – ed in funzione della utilizzabilità che il difensore intenda farne nel corso del procedimento.

Anche in questo caso, pur nel silenzio del legislatore, si ritiene che debbano seguirsi le forme di verbalizzazione previste dagli artt. 134 e ss. c.p.p.

Le problematiche maggiori sono legate ai tempi previsti «per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi», sembrerebbe consegnato in modo da impedire che l'investigazione difensiva produca alterazioni irreversibili dello stato dei luoghi e delle cose. Nonostante ciò, qualche perplessità emerge nel compimento delle operazioni non descrittive, i cc.dd. rilievi tecnici, per i quali pare che i difensori, gli investigatori privati e i consulenti tecnici possano poter raccogliere «tracce del reato (ad esempio, prelievo di una macchia di sangue, di residui di polvere da sparo) in assenza del p.m. ed a condizioni più favorevoli di quanto previsto per gli organi di p.g., che debbono sottostare alla duplice condizione del non altrimenti evitabile pericolo di modifica o dispersione dello stato dei luoghi e dell'impossibilità del tempestivo intervento del p.m.» (BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive*, I, *Le attività di indagine*, in DPP, 2001, 222). La mancanza di tassatività sulla redazione del verbale secondo quanto previsto dalla lett. *d*, viene lasciato all'etica del professionista, che potrebbe, invece, verbalizzare in senso speculare come se si trattasse di una consulenza tecnica, senza che vi figurino quesiti e conclusioni.

6. *Il fascicolo del difensore.* – Snodo fonda-

mentale tra l'attività di investigazione difensiva e la sua utilizzabilità nel corso del procedimento è il fascicolo del difensore (art. 391 *octies* c.p.p.), conservato presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari e, dopo la chiusura delle indagini, nel fascicolo del pubblico ministero. La sua istituzione costituisce una delle novità più significative della l. n. 397/2000 poiché «dà, anche simbolicamente, l'immagine di una perfetta simmetria tra la posizione del pubblico ministero e quella del difensore, confermando ancor di più l'idea di un processo di parti» (FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 291) in condizioni di parità, secondo i parametri del giusto processo.

Tralasciando i profili della disciplina e della prassi creatasi con l'art. 38 disp. att. c.p.p. di cui per sommi capi si è detto precedentemente e per i quali si rimanda a lavori specifici, uno degli aspetti più interessanti dell'istituto attiene alla possibilità per il difensore di presentare elementi dell'investigazione difensiva anche *pro futuro*, vale a dire nella prospettiva che il giudice possa adottare una decisione che non prevede il contraddittorio preventivo, come quando intenda irrogare una misura cautelare (2° co.). La previsione va a colmare il vuoto sul punto dell'art. 38 disp. att. che al co. 2 *bis* prevedeva la possibilità per le parti di presentare al giudice gli elementi di investigazione difensiva ogniqualvolta dovesse adottare una decisione (1° co.). Si tratta, per esempio, dell'ipotesi in cui il giudice sia chiamato, in sede di interrogatorio di garanzia, a valutare i presupposti applicativi della misura cautelare, ovvero li rivaluti ai sensi dell'art. 299, co. 3 *ter*, c.p.p.; dell'udienza di convalida del fermo o dell'arresto; del riesame dell'ordinanza che dispone una misura coercitiva; dell'incidente probatorio; del contraddittorio (cartolare e/o orale) per valutare la sussistenza dei requisiti per concedere al p.m. la proroga delle indagini preliminari; dell'udienza in camera di consiglio che il g.i.p. fissa qualora non intenda accogliere la richiesta di archiviazione for-

mulata dal p.m. o quando la persona offesa vi si sia opposta; dell'udienza preliminare; del rito abbreviato; del patteggiamento della pena, al fine, ad esempio, di dimostrare l'insussistenza di un'aggravante, etc.

La previsione del 2° co. era già stata oggetto di studio da parte della dottrina sotto l'egida dell'art. 38 disp. att. La maggioranza degli autori nell'espressione «ai fini della decisione da adottare» non vedeva alcun possibile riferimento a decisioni *inaudita altera parte*, posto anche il carattere episodico dell'intervento del giudice nel corso delle indagini preliminari. A riprova di ciò si sottolineava la prassi che fosse onere del difensore indicare la decisione che il giudice avrebbe dovuto adottare, altrimenti la documentazione doveva essere restituita al difensore.

Una corrente dottrina minoritaria (PERONI, *Art. 22, l. 8/8/1995, n. 332*, in *LP*, 1995, 781), intravedendo prospettive nuove nelle indagini difensive, riteneva invece che si potesse configurare una produzione svincolata da una decisione determinata, auspicando addirittura la costituzione da parte del g.i.p. di un "fascicolo della difesa" ove il difensore avrebbe potuto inserire gli elementi da utilizzare nell'eventualità in cui il giudice fosse stato investito dal p.m. della richiesta di applicazione di una misura cautelare. Sul piano pratico, poi, assume rilevanza il diritto del difensore, o del suo incaricato, di ottenere il «rilascio di attestazione dell'avvenuto deposito, anche in calce ad una copia» (art. 116, co. 3 *bis*, c.p.p.), il che appare ancillare anche per offrire data certa al deposito, ad esempio, per le determinazioni dei giudici deputati al controllo *de libertate* per l'omessa valutazione degli elementi forniti dalla difesa (art. 292, lett. *c bis*).

Pare pleonastico specificare che il difensore ha la mera facoltà di depositare i risultati delle sue investigazioni – lo si evince dal ricorrente utilizzo del «può» –, potendo ben decidere di «tenere nel cassetto» gli elementi di prova da lui raccolti in quanto dannosi per la posizione del proprio assistito o semplicemente non utili.



Terminate le indagini, il fascicolo viene inserito in quello del pubblico ministero.

Problematiche interpretative suscita il momento previsto dal legislatore (la chiusura delle indagini) che deve essere interpretato nel senso di un riferimento al termine dell'udienza preliminare quando viene operata la selezione del materiale contenuta nei due fascicoli e "distribuita" tra fascicolo del dibattimento e fascicolo del p.m. che contiene, come detto, quello del difensore. Prima di tale momento i due fascicoli rimangono materialmente e fisiologicamente separati e solo successivamente vengono riuniti in uno unico, nonostante il fascicolo del difensore continui a mantenere una sua indipendenza dato che l'art. 433, 3° co., c.p.p. prevede che l'attività integrativa di indagine della difesa compiuta dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio sia inserita in detto fascicolo.

Il richiamo all'attività difensiva compiuta dopo la chiusura delle indagini, impone di indugiare, seppur brevemente, sulle investigazioni effettuate successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio: l'art. 419 c.p.p. prevede per il difensore, uniformemente al p.m., di trasmettere nella cancelleria del giudice per l'udienza preliminare «la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio» (2° co.). Il problema che si pone, però, è legato al fatto che il p.m., essendone l'autore, conosce la data della richiesta di rinvio a giudizio, differentemente dal difensore che, per prassi costante, può formalmente venire a conoscenza dell'udienza preliminare solo dieci giorni prima della stessa (art. 419, 4° co.) – avviso che, peraltro, non contiene la richiesta di rinvio a giudizio –, per cui si giunge al paradosso che il difensore, in difetto di non previste comunicazioni formali, potrebbe essere costretto ad investigare fin dalla chiusura delle indagini, selezionando, poi, il materiale da sottoporre al vaglio del g.u.p. secondo un criterio di ordine temporale.

L'ultimo comma dell'art. 391 *octies* c.p.p. si propone di precisare che non solo il giudice può essere il destinatario degli elementi di

prova raccolti dal difensore a favore del proprio assistito. La norma assume un valore quasi pleonastico in considerazione del fatto che già altre norme consentono al difensore di interloquire con il p.m. al fine delle determinazioni inerenti l'azione penale. Non si trascuri, infatti, la facoltà per il difensore, ai sensi dell'art. 367 c.p.p., di «presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero», il che non esclude che queste siano supportate da elementi di prova raccolti; così come nel contesto delle opzioni previste a *discovery* delle indagini avvenuta (art. 415 *bis* c.p.p.) sia espressamente previsto che l'indagato possa «depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore» (3° co.). Quest'ultima previsione, decisamente più specifica, manifesta peraltro il fenomeno culturale degli ultimi anni che ha portato ad un riconoscimento graduale della possibilità di difendersi cercando elementi di prova. Si noti, infatti, che il conio dell'art. 415 *bis* c.p.p., mediante l. 16 dicembre 1999, n. 479, è antecedente alla legge sulle investigazioni difensive, il che significa – disegni di legge *in itinere* esclusi – che affiorava la necessità di espandere i poteri dei difensori e offrire quindi una lettura allargata, costituzionalmente orientata si potrebbe dire, dell'allora vigente art. 38 disp. att.

Ovviamente in queste ipotesi la documentazione dell'attività investigativa verrà inserita nel fascicolo del p.m. e assoggettata al regime di utilizzabilità previsto per tali atti nelle successive fasi del procedimento.

#### 7. *Investigazioni difensive e aspetti strategici.*

– Già con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale, da parte degli autori più sensibili si era sottolineata l'incidenza delle scelte strategiche del difensore, in considerazione delle multiformi possibilità di definire il procedimento. Il termine «strategia», mutuato dall'esperienza bellica, rappresenta «l'arte di far concorrere la forza nel conseguimento dei fini della politica» (C. ANCONA, *Tattica/strategia*, in *Enc. Einaudi*, XIII, Milano, 1981, 953) e implica più che le scelte, il potere di scegliere: «mentre ogni qualvolta non si è in grado di fare scelte, non è a par-

larsi 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).

L'ampliamento e la regolamentazione dell'istituto delle investigazioni difensive, porta conseguentemente ad una rinnovata figura dell'avvocato difensore che, ora, anche in considerazione delle variegate alternative procedimentali, si trova di fronte ad una serie di opzioni che deve vagliare in via preliminare e attivarsi al fine di predisporre sul piano probatorio nel modo più acconcio per la tutela degli interessi del proprio assistito. Quindi, può affermarsi in modo tranquillante che se, da un lato, l'ampia disciplina delle investigazioni difensive ha dotato i legali di maggiori armi per contrastare gli immensi poteri del pubblico ministero che dispone delle forze di polizia; dall'altro lato, responsabilizza il difensore, posto di fronte alla scelta se svolgere le indagini, come e in che misura, nonché come e quando utilizzarne i risultati. Appaiono, quindi, lontani i tempi in cui il difensore attendeva inerme il compimento dell'istruttoria e, nel dibattimento, affidava alla retorica il destino del proprio cliente.

Tornando al tema in discorso, il composito assetto normativo che già nella fase delle indagini, annovera due fascicoli relativi al giudizio di cognizione e che permette al difensore, fin dalle prime battute del procedimento, di optare per la presentazione degli elementi di prova favorevoli al p.m., implica una complessa attività selettiva che è direttamente proporzionale al panorama gnoseologico visibile, nel senso che quanto più nitidi sono gli elementi di prova ostensibili, maggiore è la capacità del difensore di gestire i risultati delle investigazioni optando per la presentazione al g.i.p., al p.m. ovvero conservarli nel "fascicolo di studio" in vista dell'evolversi del quadro probatorio, facoltà pienamente legittima e perfettamente simmetrica rispetto a quella del p.m. di segretare gli atti di indagine da lui compiuti.

Ricapitolando, quindi.

La prima opzione che si pone per il difensore è quella di raccogliere elementi di prova a favore del proprio assistito e di non comunicare le informazioni raccolte.

In diversa prospettiva si pone, invece, la scelta dell'avvocato di depositare al g.i.p. i risultati delle stesse; in questo caso il fascicolo in parola assume i connotati di un fascicolo contenente gli atti per la decisione, alla stregua del fascicolo per il dibattimento in vista di una decisione già programmata (ad esempio, l'interrogatorio di garanzia) o possibile (l'applicazione di una misura cautelare, come detto, provvedimento a contraddittorio differito). Dal tenore dell'ultimo periodo del 3° co. dell'art. 391 *octies*, si evince che il p.m. può prendere visione degli atti contenuti all'interno del fascicolo del difensore solo nell'ipotesi di decisioni a contraddittorio anticipato e non, pertanto, nel caso in cui la decisione venga adottata "a sorpresa" per l'indagato. La disposizione, interpretata in tal modo, pone di fronte a due problematiche: l'una, di ordine paritetico, in quanto non avrebbe senso permettere al p.m. di giocare a carte scoperte, potendo invece vedere quelle dell'indagato, creando in tal modo uno squilibrio; l'altra, però, renderebbe meno assurda una simile previsione in quanto la funzione pubblica del p.m. e l'ordine di priorità fissato dal legislatore in ordine all'opzione azione/inazione (desumibile dal triplice disposto di cui agli artt. 50, 358 e 405 c.p.p.: l'esercizio dell'azione penale quale *extrema ratio*, in mancanza dei presupposti per richiedere l'archiviazione) permetterebbe di ponderare maggiormente talune istanze, destinate a spegnersi o dinanzi al g.i.p. stesso o nella successiva fase di controllo sulla decisione di quest'ultimo.

Della terza possibilità (presentazione degli elementi di prova direttamente al p.m.), si è già detto e parte da un presupposto di fiducia nei confronti del magistrato del p.m. che soppesi in anticipo detti elementi, anziché strumentalizzarli in prospettiva strategica, ma allora saremmo al cospetto di un soggetto passibile di provvedimenti di emenda quantomeno sul piano disciplinare.

8. *L'utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive: a) la normativa.* – Le regole volte a stabilire il regime di utilizzabilità dei risultati delle indagini del difensore costituiscono la “cartina tornasole” dell’efficacia del nuovo sistema di investigazione difensiva.

Le diverse fasi processuali scandiscono il grado di utilizzabilità al fine del decidere. In parte si è già detto della possibilità di “calare” i risultati delle indagini del difensore in relazione alle diverse fasi processuali e conseguentemente l’utilizzo che se ne può e se ne intende fare.

A tacere della disciplina dettata dall’art. 391 *octies* – di cui già si è detto – che, al di là del titolo, chiarisce anche il regime di spendibilità delle risultanze delle indagini difensive, l’art. 391 *decies* specifica la parificazione che subisce il fascicolo del difensore con quello del p.m. – riprova ne sia l’assorbimento del primo nel secondo – essendo utilizzabili gli atti ivi contenuti ai fini delle contestazioni (art. 500 c.p.p.), delle letture (art. 512) e per il recupero dell’interrogatorio dell’imputato contumace o che si avvalga della facoltà di non rispondere (art. 513). Dalla tassatività dell’elencazione si desume che l’attività delle investigazioni non potrà essere utilizzata per le contestazioni alle parti private (art. 503) e ai fini della lettura delle dichiarazioni rese da persona residente all’estero (art. 512 *bis*).

Come si è avuto modo di intuire il regime di utilizzabilità e la disciplina applicabile varia a seconda della tipologia degli elementi investigativi presi in considerazione di volta in volta.

La documentazione relativa ad atti non ripetibili compiuti in occasione dell’accesso ai luoghi, e presentata nel corso delle indagini preliminari o nell’udienza preliminare, ad esclusione delle ipotesi in cui sia applicabile la disciplina dettata dall’art. 234 c.p.p., viene inserita nel fascicolo del dibattimento, conformemente a quanto previsto per il p.m.

Tuttavia, quando gli atti investigativi a carattere irripetibile consistono in accertamenti tecnici, il loro ingresso nel fascicolo dibattimentale è subordinato al previo avviso al

p.m. da parte del difensore prima del compimento dell’accertamento affinché il primo possa esercitare le facoltà previste dall’art. 360 c.p.p.; nelle ipotesi di atti non ripetibili diversi dagli accertamenti tecnici il pubblico ministero, personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi, ma non il diritto di essere avvisato.

In chiave di sintesi, la categoria degli atti non ripetibili compiuti in occasione dell’accesso ai luoghi si ripartisce in atti irripetibili aventi natura di accertamento tecnico ed in atti irripetibili cui non è attribuibile tale natura. Sarà compito del difensore, quindi, effettuare una prognosi circa la non ripetibilità dell’atto, con la precisazione, comunque che la questione tanto sotto il profilo della sussistenza originaria quanto della sopravvenienza della qualifica, sarà oggetto di discussione in sede di formazione del fascicolo dibattimentale e delle questioni preliminari al dibattimento.

Il verbale degli accertamenti tecnici irripetibili compiuti dalla difesa, che ha operato un accesso ai luoghi, va inserito di diritto tanto nel fascicolo del pubblico ministero in ragione della sua obbligatoria presenza al compimento di tali atti quanto nel fascicolo del difensore ed altrettanto vale per gli atti irripetibili non aventi natura di accertamento tecnico, qualora la parte pubblica abbia presenziato alla loro formazione; in queste ipotesi, dunque, il legislatore impone che tali atti vengano sottratti al regime ordinario di riservatezza e di uso discrezionale da parte della difesa. Il doppio inserimento permane sino alla chiusura delle indagini preliminari, dopodiché si realizza l’accorpamento dei fascicoli e tutto confluisce in quello del pubblico ministero, restandovi sino a quando, conclusasi l’udienza preliminare o disposta la citazione diretta a giudizio, si forma il fascicolo per il dibattimento nel quale gli atti in discorso trovano definitivo approdo ai sensi dell’art. 431, 1° co., lett. c, entrando, in tal modo, nello scibile processuale.

9. b) *anomalie interpretative e conservatorismo culturale.* – Questo il diritto scritto, ma nella prassi affiora ancora una certa resisten-



za verso l'utilizzazione dei risultati delle investigazioni difensive, quasi a voler ritenere che prevalga sui difensori il timore di incorrere in violazioni disciplinari e/o penali e nei magistrati una certa diffidenza nella raccolta di dati processualmente rilevanti prodotti da coloro che hanno interesse a che il processo assuma una determinata piegatura. Questione di cultura giuridica tendenzialmente refrattaria alle novità, soprattutto quelle che rompono da schemi consolidati, ma al contempo insoddisfacenti (in chiave di metodo, GAITO, *Cultura processuale penale e autocritica*, in *Il giusto processo*, 1990, 309 ss.).

Ad emblema, negativo purtroppo, di ciò, richiamiamo una recente sentenza della Suprema Corte che impone al difensore di investigare entro i limiti territoriali dello Stato con buona pace dei principi tesi ad abbattere le frontiere nazionali e alle forme di cooperazione tra le autorità giudiziarie che hanno portato al potenziamento del ruolo di *Euro-just*. Secondo i giudici di legittimità, «l'unica forma per la raccolta della prova all'estero è la rogatoria, con la conseguenza che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini ex art. 391 *bis* c.p.p., ma deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché questa attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale» (C., Sez. I, 19.6.2007, K.E.S. ed altri, in *GI*, 2008, in corso di pubblicazione). La *ratio decidendi* alla base della sentenza che ha dichiarato l'inutilizzabilità dei risultati di informazioni assunte in Bulgaria dal difensore, riposa nella violazione del «crisma di legalità che ogni attività all'estero deve avere e cioè dell'uso dello strumento della rogatoria internazionale». La Cassazione, in motivazione, si diffonde in una compiuta, ma non condivisibile valutazione delle investigazioni del difensore che avalla quanto affermato in precedenza circa la resistenza culturale. Si legge, infatti: «pur non essendo esplicitamente affermato che il difensore non può recarsi all'estero a svolgere dette investigazioni, discende dall'ordinamento tale divieto, essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve

essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie. Poiché non è prevista la possibilità per il difensore di ricorrere alla rogatoria all'estero, ne discende che tale tipo di atto non è esperibile dal difensore mediante la disciplina prevista dall'art. 391 *bis* c.p.p. ed egli ha l'obbligo di passare attraverso la richiesta al p.m. o al g.i.p., affinché costoro attivino la procedura della rogatoria internazionale. D'altronde, tramite le indagini difensive non è esperibile ogni tipo di atto il legislatore ha limitato l'oggetto delle indagini all'assunzione di dichiarazioni, alla richiesta di documentazione, all'accesso ai luoghi, ma ad esempio non ha previsto la possibilità di effettuare accertamenti tecnici irripetibili, in relazione ai quali il difensore ha l'obbligo di inoltrare richiesta al p.m.». Parole che si commentano da sole, e che si pongono controcorrente rispetto al consolidato principio che proprio l'articolata regolamentazione delle investigazioni del difensore ha segnato il definitivo passaggio da una «difesa di posizione» ad una «difesa di movimento». Ebbene, una coerente visione d'insieme dovrebbe far pensare ad un coinvolgimento sempre maggiore del difensore nelle dinamiche universali della giustizia. Avendogli garantito ampi poteri d'indagine, è lecito supporre che costui cercherà ed individuerà anche all'estero la fonte di prova e vorrà conferire con questa per verificare l'attendibilità delle informazioni e la loro utilità in sede dibattimentale. Sarebbe, allora, irragionevole precludere al difensore di investigare liberamente dovendo delegare al pubblico ministero o al giudice il compimento di atti che, se svolti in Italia, sarebbero di esclusiva pertinenza della difesa (in questi termini, CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore*, in questa *Rivista*, 2007, 2, ...), condizionando pesantemente quell'attività di difendersi provando che sta alla base della disciplina delle investigazioni del difensore.

Ma, sulla scorta di queste premesse, vi sono altre questioni «aperte» sulle quali la giurisprudenza sta cercando un punto di equilibrio. Ci si è domandati, per esempio, quale

sia il grado di utilizzabilità delle informazioni assunte dal pubblico ministero su richiesta del difensore *ex art. 391 bis*, 10° co., nell'ipotesi in cui non abbia effettuato gli avvertimenti di cui al 3° co. dell'art. 391 *bis* c.p.p. Orbene, la Cassazione, ritenendo che l'atto, pur scaturendo dall'attività di investigazione difensiva, sia atto del p.m. ha ritenuto pienamente utilizzabili dette dichiarazioni sia per le contestazioni *ex art. 500* c.p.p. che per le letture previste dagli artt. 512 e 513 c.p.p. (C., Sez. III, 27.2.2007, Pomari, in *GDir*, 2007, 28, 65).

Decisione ritenuta abbastanza ovvia che tende a far prevalere la sostanza sulla forma, così come quelle decisioni di legittimità che impongono la declaratoria di nullità dell'ordinanza cautelare nel caso di omessa trasmissione al tribunale della libertà dei soli «atti, documenti e risultanze acquisiti dalla stessa autorità e di cui la difesa non ha l'immediata disponibilità [escludendo, invece] i risultati favorevoli delle investigazioni, i quali, essendo nella piena disponibilità del difensore, possono essere presentati dal medesimo "direttamente" al giudice secondo l'espressa previsione dell'art. 391 *octies* c.p.p.» (C., Sez. VI, 24.2.2003, Montanari, in *Mass. uff.*, 227237; C., Sez. II, 4.3.2005, Caruso, *ivi*, 231127) con conseguente utilizzabilità del procedimento di riesame.

Allo stesso tempo, vanno fermamente ribaditi i limiti all'utilizzabilità dei risultati delle investigazioni difensive nell'ipotesi in cui non siano stati acquisiti con le forme previste dalla legge, anche qualora siano finalizzati a rimuovere la condanna ingiusta (in relazione al giudizio di revisione, C., Sez. I, 5.11.2003, Drozdik, in *Mass. uff.*, 227131), o per la decisione di legittimità, sconsigliando pertanto un'interpretazione estensiva ed eterodossa del tenore del 2° co. dell'art. 327 *bis*

c.p.p. (C., Sez. III, 19.10.2001, Bonaffini, in *Mass. uff.*, 220601).

Lascia, invece, perplessi come l'attività preventiva di indagine possa essere svolta solo dal difensore del potenziale imputato, posto che per la persona offesa gli atti di indagine compiuti prima del formale inizio del procedimento penale non sono utilizzabili in mancanza dell'autorizzazione o dell'intervento dell'autorità giudiziaria (T. Latina, 17.2.2004, in *GM*, 2004, 1461). Invero, la pronuncia, pare lacunosa, laddove non indica per quali atti sarebbe richiesta l'autorizzazione o l'intervento dell'a.g., in quanto se trattasi degli accertamenti tecnici irripetibili *nulla quaestio*; ma in diversa ipotesi si verrebbe a porre un'ingiustificata discriminazione tra i soggetti processuali.

Il tema permette di accennare alle problematiche legate all'attività investigativa preventiva che, in mancanza di un'autorità giudiziaria di riferimento, implica delle limitazioni che investono la raccolta di elementi di prova in territorio straniero – secondo l'interpretazione della Corte di cassazione, poc'anzi illustrata – e il compimento di atti e accertamenti tecnici non ripetibili, in virtù della disciplina dettata dal 3° e 4° co. dell'art. 391 *decies* c.p.p.

Gli esempi di situazioni di confine, più o meno ambigue, potrebbero continuare. Ma affastellare aspetti enigmatici non significa portare a corretta risoluzione tutti i problemi.

Certo che il moltiplicarsi degli sbandamenti esegetici, utile se capace di riallineare la prassi con la *ratio legis*, appare assai preoccupante in questo settore, stante la rilevanza dei valori in gioco; per questa ragione è urgente una ferma presa di posizione della giurisprudenza volta ad arginare fenomeni interpretativi troppo spesso originati da inossidabili resistenze culturali.

## DECISIONI IN PRIMO PIANO

### Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo

Chiamata a pronunciarsi sulle limitazioni al principio di pubblicità dell'udienza previsto dalla Convenzione europea ed oggetto di recente di una pronuncia della Corte di Strasburgo, la Corte di Cassazione, offrendo un'interpretazione restrittiva, ha specificato che «*in tema di procedimento di prevenzione il rito camerale stabilito dalla legge non contrasta col principio di pubblicità dell'udienza sancito dall'art. 6 C.e.d.u. Tale modulo resta valido anche in caso di contrasto delle norme interne con i vincoli derivanti da obblighi co-*

*munitari o dalla disciplina della C.e.d.u., in quanto, se è vero che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, è altrettanto vero che tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile»* (C., Sez. I, 13.2.2008, Ambrogio).

Le Osservazioni, illustrando le ragioni che avrebbero dovuto portare ad un diverso epilogo, analizzano in chiave critica la decisione della Suprema Corte.

### Osservazioni di Sandro Fùrfaro

1. *Squilibri e chiusure.* – Dopo la nota sentenza «Centurione Scotto» delle Sezioni Unite civili (C. civ., S.U., 23.12.2005, Centurione Scotto, in *GI*, 2006, 1903, con nota adesiva di FÙRFARO, *Diritti umani e processo penale: le decisioni della Corte europea quali parametri d'interpretazione per le norme interne*), coeva, quasi all'altra, «Cat Berro» della Cassazione penale (C., Sez. I, 22.9.2005, Cat Berro, in *GI*, 2006, 1935, con nota adesiva di TUCCI, *Libertà fondamentali violate: quale rimedi post iudicatum?*), sembrava che il tema della natura immediatamente precettiva delle norme della Convenzione europea avesse segnato un punto fermo: la l. 4.8.1955, n. 848, infatti, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal Titolo primo della Convenzione e ciò ha comportato la

sovraordinazione delle norme convenzionali e il conseguente obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni interne in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto. Ad oggi, un limite di sbarramento è imposto ad ogni giurisdizione interna, ed anche a quella italiana, ogni qualvolta la legislazione e la giurisprudenza di un singolo Stato sia tendente a contrastare con la giurisprudenza e le norme di matrice sovranazionale: si tratta di un limite collegato a quel dovere – nonché obbligo – in capo a qualsiasi giudice di «rendere giustizia» (così N. LA ROCCA, *Il nuovo rito degli irreperibili nella giurisprudenza della Corte di cassazione e la concretizzazione del principio "ne absens damnetur"*, in *IP*, 2007, 194).

In verità, questa impostazione ha costituito una novità soltanto rispetto all'equivoca temerarietà che agita la giustizia costituzionale da più di un quindicennio a questa parte. Già

prima, infatti, si segnalavano significative prese di posizione in tal senso, così sintetizzabili:

a) «Le norme convenzionali hanno natura immediatamente precettiva, sono di immediata applicazione nel nostro paese e vanno valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano» (C., S.U., 23.11.1988, Polo Castro, in *CP*, 1989, 1418);

b) «Le norme convenzionali hanno natura sovraordinata; un particolare grado di resistenza rispetto a quelle nazionali che, anche successive, il giudice può ritenere abrogate o disapplicare» (C. civ., S.U., 10.7.1991, n. 7662, in *GC*, 1992, I, 742);

c) «Il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto ad applicare le norme convenzionali secondo l'interpretazione che di esse ha dato la Corte di Strasburgo» (C. civ., S.U., 26.1.2004, n. 1340, in *FI*, 2004, I, 693).

In letteratura si è propagata la convinzione che la decisione delle Sezioni Unite civili abbia raccolto siffatto portato ed affermato un principio definitivo. Purtroppo così non è stato e proprio mentre la Corte europea decideva l'ennesima condanna dell'Italia (Corte eur., 13.11.2007, Boccellari e Rizza c. Italia, sulla quale GAITO, *DE PROFUNDIS annunciato per le udienze camerali?*, in questa *Rivista*, 2007, 2, 37; ID, *L'Europa impone l'abbandono delle procedure camerali nel processo penale: verso una crisi operativa per la Corte di cassazione?*, in [www.foroeuropa.it](http://www.foroeuropa.it), 2007, n. 6), la Corte Costituzionale, con due decisioni contestuali (una delle quali indicata nella sentenza in commento), riaffermava, ancora una volta, che l'indirizzo della propria giurisprudenza, secondo il quale le norme comunitarie debbono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, non riguarda le norme C.e.d.u., in quanto, pur rivestendo queste ultime «grande rilevanza», «sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la compe-

tenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto» (C. Cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007).

Va detto in modo forte che l'affermazione della Consulta si pone in netto contrasto con l'esigenza, sempre proclamata, della creazione di uno spazio giudiziario europeo, e non solo riprende (quasi arroccandosi ad esso) un filone segnato da ingiustificate chiusure sulla portata dispositiva dell'art. 10 Cost., ma costituisce un vero e proprio «ritorno al passato», dopo una non lontana apertura della stessa Corte che, pur ribadendo che «spetta al legislatore ordinario dare attuazione alle norme pattizie contenute in trattati e convenzioni internazionali, le quali, quindi, non si collocano di per sé a livello costituzionale», ha comunque affermato che «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione e garanzia nella Costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost. ma anche perché, al di là della coincidenza dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione» (C. Cost., ord. n. 388/1999).

Non si intende affatto riproporre quanto già sostenuto a commento della decisione «Centurione Scotto». Prima di entrare nell'argomento della pubblicità dell'udienza e delle conseguenze da trarre dall'ennesimo arresto della Corte dei diritti umani, ci si vuole soltanto interrogare sulle molteplici vie attraverso le quali remore e paure dei custodi dell'ortodossia costituzionale finiscono col porre in discussione l'esistenza stessa, da parte dell'ordinamento interno, del riconoscimento del sistema sovranazionale dei diritti, delle garanzie e dei controlli, perpetuando, così una scelta di fondo che sembra considerare le disposizioni convenzionali una sorta di «corpo estraneo» all'interno del sistema normativo: esse esistono e rilevano, non in quanto legge dello Stato, ma soltanto

allorquando il legislatore modifichi le relative norme interne, magari dopo che queste sono state oggetto di implicita censura da parte della Corte europea.

Soprattutto dopo la creazione dell'Unione europea non pare più potersi sostenere l'impermeabilità del sistema nazionale al valore immediatamente normativo delle disposizioni convenzionali, arroccandosi sul dato formale, rappresentato dalla fonte ordinaria con la quale è stata recepita la Convenzione (in proposito può riprendersi quanto più in generale osservato da CELOTTO, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema di giustizia costituzionale*, Relazione alla I giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale "Carta dei diritti e riflessi sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto", Taormina, 4.10.2002, a cura di Pizzorusso-Romboli-Ruggeri-Saitta-Silvestri, *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2003, 227 ss.). Il panorama internazionale di riferimento odierno è ben altro e le norme C.e.d.u. costituiscono, oggi, l'unico strumento di tutela dei diritti fondamentali ratificato da tutti gli Stati membri dell'Unione e rappresentano, quindi, quel «livello unitario europeo di tutela» che ciascun Paese firmatario si è impegnato, a norma del diritto internazionale, a rispettare, accettando di sottostare alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Peraltro, l'art. 6, § 2°, del Trattato di Amsterdam ha stabilito l'obbligo dell'Unione al rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione, per cui tali diritti costituiscono, in estrema sintesi, «*diritti umani generali*», che, positivamente previsti, non sono vincolati ad una cittadinanza e devono essere garantiti a tutti coloro che sono soggetti alla giurisdizione degli Stati firmatari. E ciò significa non soltanto che i diritti umani tutelati dalla C.e.d.u. devono essere sempre riconosciuti su tutto il territorio degli Stati firmatari ma anche che tali diritti valgono anche al di fuori del territorio di tali Stati nella misura in cui il loro potere politico viene esercitato al

di fuori di esso (in tal senso Corte eur., 23.3.1995, Loizidou c. Turchia, § 62).

Fino a quando la Corte costituzionale continuerà nell'anacronistico atteggiamento di chiusura verso il riconoscimento della natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali e l'opera del legislatore seguirà la prassi invalsa, l'interpretazione sarà segnata inesorabilmente da quegli "andamenti carsici" normalmente prodotti dal "disordine" insito nell'immanenza di sistemi di normazione tra loro essenzialmente scollegati. Ovvio, allora, che il rimando alle norme ed ai principi pattizi sarà principalmente inteso come momento di considerazione in vista dell'adeguamento delle disposizioni del sistema interno, secondo un argomentare che, muovendo magari da quanto disposto dall'art. 101 Cost. («I giudici sono soggetti soltanto alle leggi») sembra non considerare che la C.e.d.u. è legge dello Stato (in tema, IZZO, *Contumacia, così l'Italia corre ai ripari*, in D&G, 2006, 18, 68 e, più ampiamente, GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 32 ss.). Eppure, non sembra ad oggi equivocabile che il diritto generale europeo costituisca il parametro esegetico cui deve necessariamente ispirarsi il giudice nazionale nel momento in cui è chiamato ad applicare ed interpretare una norma; mai questa potrà essere applicata in violazione dei diritti enunciati dalla Convenzione europea (in tal senso, ed in maniera ad oggi ancor più condivisibile, in GAITO-GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 31).

Ma non pare ci si possa aspettare "colpi d'ala" significativi in proposito, ed un dato inquietante in tal senso è offerto proprio dalla pubblicità dell'udienza. Quando a livello di riforma costituzionale si è creduto di adeguare la struttura del processo al sistema sovranazionale dei diritti umani, l'operazione è riuscita soltanto a metà, col risultato che, nonostante l'art. 111 Cost. abbia recepito (pure nelle espressioni testuali) buona parte dell'art. 6 C.e.d.u., nulla ha stabilito in merito alla pubblicità di qualsivoglia procedi-

mento di accertamento dell'esistenza dei diritti e dei doveri altrui. La ragione di ciò *manet in alta mente reposta*, dal momento che nei lavori parlamentari non v'è traccia che taluno abbia posto il problema.

Espunta dalla «dimensione oggettiva» del processo rassegnata dall'art. 111 Cost., ciò non significa che la trattazione pubblica della «causa» non sia un diritto che ogni cittadino può vantare, ai sensi dell'art. 6, § 1, C.e.d.u. Tale la prospettiva, la deficienza della norma costituzionale, dopo l'arresto della Corte europea in tema, pare determinare conseguenze rilevanti che (ancora una volta) sollecitano attenzione, soprattutto per la natura e lo spessore della violazione ritenuta. La Corte europea, in punto di conseguenze generali, ha sempre distinto la violazione che ha accertato, a seconda della causa di essa in rapporto alla «situazione strutturale» del sistema interno, seguendo il criterio dell'«attitudine» di quel sistema a recepirne, in tutto o in parte, il contenuto: la mancanza di attitudine generale del sistema comporta, infatti, l'adozione di una «sentenza pilota», destinata, appunto, «per vocazione [ad] aiutare gli Stati contraenti ad onorare il ruolo che essi hanno nel sistema della Convenzione risolvendo questo genere di problemi a livello nazionale, in modo che riconoscano alle persone coinvolte i diritti e le libertà definiti nella Convenzione» (Corte eur., 22.6.2004, Broniowski c. Polonia; di recente, Corte eur., 1.3.2006, Sejdovic c. Italia), mentre nel caso di sistema interno «strutturalmente capace» l'adeguamento implicito all'interpretazione del precedente offerto dalla stessa Corte è la regola, ai sensi dell'art. 46 C.e.d.u. Come si pone la rilevata violazione del diritto ad una pubblica udienza in relazione al sistema italiano? E, questo, «strutturalmente capace» di adeguarsi al precedente offerto? Prima di tentare una risposta, è opportuna una ricognizione del contenuto e dei limiti del diritto ad avere una udienza pubblica convenzionalmente riconosciuto.

2. *La pubblicità dell'udienza.* – Con decisione del 13.11.2007, dunque, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia

per violazione del diritto ad una pubblica udienza nel caso di procedimento di prevenzione, nel corso del quale i ricorrenti avevano sempre richiesto che la trattazione avvenisse in pubblica udienza.

Così come in quello in commento, anche in quel caso la Corte di cassazione aveva ritenuto la relativa doglianza infondata «poiché il giudizio di prevenzione si è svolto secondo il pieno rispetto delle regole procedurali stabilite dalla legge e nel pieno rispetto del contraddittorio tra le parti». Alla tesi dei ricorrenti, che sottolineavano come l'assenza dell'udienza pubblica, nel giudizio per l'applicazione delle misure di prevenzione, non fosse giustificata, sottolineando, vieppiù, che il tema investiva il loro diritto di proprietà in quanto colpiti da confisca ai sensi dell'art. 2 ter, l. n. 575/1965, il Governo italiano replicava sostenendo che il diritto alla pubblica udienza, secondo l'orientamento della Corte europea, non è un diritto assoluto e che, nel caso, la procedura non pubblica era giustificata dalla natura e della specie dell'affare trattato, essendo il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, anche nel caso di confisca, «*altamente tecnico*», basato essenzialmente su documenti, «nel quale il pubblico non può esercitare alcun controllo», posto che vi è da determinare solamente l'eventuale origine illecita dei beni sequestrati.

La Corte di Strasburgo, dopo avere richiamato la propria giurisprudenza sulla *ratio* del diritto alla pubblicità dell'udienza e sui limiti entro i quali può essere giustificato, ha concluso, ritenendo essenziale che ai giudicabili in una procedura di applicazione di misure di prevenzione sia offerta la possibilità, se lo vogliono, di richiedere ed ottenere la trattazione del giudizio in pubblica udienza.

Può dirsi senza mezzi termini e senza timore alcuno che la decisione era abbastanza prevedibile.

L'art. 6 C.e.d.u. stabilisce, infatti che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il



quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

La medesima disposizione aggiunge che, mentre «la sentenza deve essere resa pubblicamente», l'accesso alla sala d'udienza «può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

La stessa previsione è sostanzialmente ripetuta dall'art. 14, § 1°, Patto O.N.U. e pare potersi dire, in prima battuta, che nella distinzione tra «stampa» e «pubblico» si colga, pur nell'unicità della prospettiva di riferimento, la possibilità di una disciplina differenziata tra «pubblicità mediata» e «pubblicità immediata», a seconda appunto delle esigenze sottostanti alle possibili deroghe al principio di pubblicità esplicitamente affermato (in proposito, CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 282; Id., *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, 224).

Il carattere pubblico delle udienze, previsto come «diritto» in quanto costituente una delle espressioni del «processo equo», può, dunque, subire limitazioni, che, innanzi tutto, devono essere previste e disciplinate da una legge; poi, trovare la loro ragion d'essere in situazioni che il sistema sovranazionale esplicitamente «definisce» (quelle che consistono negli «interessi dei minori» e nella «protezione della vita privata» delle parti in causa), ovvero comunque autorizza, rimettendole al giudizio dell'Autorità procedente in presenza di «speciali particolarità» quando la pubblicità è atta a nuocere gli interessi della giustizia.

In proposito, la Corte europea ha stabilito che, tanto la normativa interna che ne pre-

veda i casi, quanto la verifica della sussistenza delle effettive esigenze di rispetto di diritti e interessi legati alla vita privata delle parti e alla salvaguardia di esigenze di giustizia, non si sottraggono al controllo da parte della stessa Corte nel caso in cui il diritto sia stato sottoposto a limitazioni (Corte eur., 8.6.1976, Engel c. Regno Unito; Corte eur., 26.9.2000, Guisset c. Francia, entrambe in tema di disposizione di procedere «a porte chiuse» in processo già *in itinere*).

La *ratio* della disposizione convenzionale è stata mirabilmente individuata dalla Corte europea nell'esigenza di proteggere «contro una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico» (Corte eur., 14.11.2000, Riepan c. Austria, § 27), costituendo, la pubblicità, il mezzo per realizzare la trasparenza dell'amministrazione della giustizia (Corte eur., 25.7.2000, Tierce e altri c. San Marino, § 92).

Quanto al contenuto del diritto ad una pubblica udienza, la Corte ha, poi, osservato come la pubblicità deve essere «sostanzialmente garantita» e non soltanto «non formalmente esclusa», per cui il processo deve tenersi «in un luogo facilmente accessibile, in aula capace di contenere un certo numero di spettatori, normalmente raggiungibile e riconoscibile attraverso adeguata informazione» (Corte eur., Riepen c. Austria, cit.).

Significativo, in ordine al rapporto tra principio ed eccezioni, quanto ritenuto dalla Corte in tema di udienze camerali, laddove l'assenza di pubblicità è stata sovente confusa con l'effettività del contraddittorio e con l'assenza di controlli su di esso. A qualche semplicistica obiezione dei Governi interessati, tendente a sostenere, che pubblica o meno che fosse stata la trattazione, il contraddittorio nel caso concreto era stato comunque garantito, la Corte, ribadendo che la pubblicità delle udienze realizza «un principio fondamentale consacrato per tutelare gli imputati contro la giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico e per conservare la fiducia dei cittadini nei giudici», ha evidenziato come «il diritto alla pubblicità del procedimento sia assolutamente distinto da

quello concernente l'accesso agli atti di causa», aggiungendo che la mancanza di pubblicità non sia giustificabile, «neppure richiamando la presunzione di non colpevolezza, posto che tali situazioni, non soltanto integrano altri diritti convenzionalmente garantiti, ma si pongono come mere asserzioni di esigenze che l'art. 6 C.e.d.u. non considera come legittimanti la limitazione del diritto» (Corte eur., 24.11.1997, Szücs c. Austria, in tema di udienza camerale per indennizzo a seguito di ingiusta detenzione).

L'oggetto di alcune pronunce in tema di legittimità della procedura camerale non pare smentire l'impostazione generale offerta dalla Corte europea, chiaramente indicativa della «necessità» dell'udienza pubblica, non soltanto quale «garanzia di correttezza nell'acquisizione della prova» (Corte eur., Riepan c. Austria, cit.; Corte eur., 8.2.2000, Stefanelli c. San Marino; Corte eur., 29.9.1999, Serre c. Francia), ma, pure, come «tutela per quanto concerne la possibilità da parte dell'accusato e dei terzi, di controllare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice» (Corte eur., Tierce e altri c. San Marino, cit.; Corte eur., 8.12.1983, Acsen c. Germania). In proposito, v'è da rilevare, anzi, come, anche nei casi in cui ha ritenuto legittima l'adozione dell'udienza camerale, la Corte europea ha sempre affermato che «gli Stati contraenti devono provvedere a che gli individui possano godere sempre delle garanzie predisposte dall'art. 6 C.e.d.u., tra i quali la pubblicità dell'udienza, in ogni grado del giudizio», precisando che le limitazioni a questa possono dirsi giustificate, sempre nei limiti segnati dalla legittimità delle eccezioni, soltanto dalle «particolarità della procedura di cui si discute, tenendo conto del ruolo del procedimento», sicché, ad esempio, «la pubblicità del dibattimento e la mancata audizione dell'imputato possono considerarsi giustificate – sempre che tale condizioni siano state soddisfatte in prima istanza – quanto il riesame della causa nel secondo grado di giudizio investa solo i punti di diritto e non quelli di fatto» (così Corte eur., 26.5.1988, Ekbatani c. Svezia, in tema di giudizio in camera

di consiglio avente ad oggetto appello avverso decisione concernente infrazione per guida senza licenza).

3. *Conseguenze auspicabili.* – È evidente che il rito camerale costituisce uno dei pilastri portanti del sistema. Esattamente, in proposito, è stato rilevato come una delle più appariscenti innovazioni introdotte dal Codice in vigore sia costituita, appunto, dalla «camera di consiglio come sede di procedimenti» (GARAVELLI, *La Camera di consiglio come sede di procedimenti*, in CHIAVARIO-MARZADURI, *Riti camerale e speciali*, Torino 2006, 3 ss.), l'oggetto dei quali spazia dal giudizio di merito, a quelli incidentali sugli accertamenti dei fatti processuali, fino alle decisioni di esecuzione. In alcuni casi (e non sono pochi), il procedimento camerale è precluso finanche alle parti e il contraddittorio, limitato allo scambio cartolare, risente ovviamente dell'impossibilità dell'immediatezza e dell'eventuale replica.

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

S'è visto il diverso atteggiamento che assumono le decisioni della Corte europea a seconda della natura e dello spessore della violazione rispetto all'attitudine generale del sistema interno a recepire l'indicazione proveniente dal *dictum* sovranazionale ed è evidente che, anche al lume dei precedenti nei quali s'è dato corso a «sentenze pilota», non pare che il sistema interno possa definirsi, nel caso, «strutturalmente incapace» ad adeguarsi all'interpretazione offerta dalla Corte europea. Peraltro, nel caso in esame è stata la stessa Corte ad affrontare il problema degli effetti di portata generale del principio affermato con la decisione di accertamento della violazione, sollecitando lo Stato, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, ad adottare le misure generali atte a dare attuazione nell'ordinamento giuridico interno al canone interpretativo enunciato.

Si tratta, in sostanza, di «dare valore di nor-



ma» all'indicazione proveniente dalla decisione di Strasburgo, secondo i principi dell'«effetto diretto» e del «valore della cosa interpretata», oggetto di specificazione da parte della Corte europea e della dottrina sovranazionale. L'«effetto diretto» implica l'idoneità della norma a creare, nel sistema interno, diritti e doveri nei confronti dei privati e quindi l'invocabilità degli stessi davanti ai giudici nazionali. Il «valore della cosa interpretata» significa, invece, che il principio affermato dalla Corte europea in un caso ha valore *erga omnes*, nel senso che, al di là del caso concreto risolto, vincola, nei casi futuri, non solo i giudici dello Stato nei cui confronti la decisione è stata adottata, ma anche i giudici degli altri Stati aderenti alla Convenzione (così, Corte eur., 22.4.1993, *Madinos c. Cipro*; Corte eur., 29.9.1991, *Vermeire c. Belgio*; Corte eur., 18.1.1978, *Irlanda c. Regno Unito*).

Le conclusioni sul diritto alla pubblicità dell'udienza alle quali è pervenuta la Corte europea nel caso *de quo* pare aggiungano al portato della consolidata giurisprudenza sovranazionale un importante elemento che, consono alla dimensione soggettiva dei diritti considerati dal sistema convenzionale, potrebbe, ove recepito, armonizzare gli impianti dei sistemi interni che prevedono in via generalizzata procedure sottratte alla pubblicità col diritto del soggetto interessato, legittimandole soltanto laddove quest'ultimo vi consenta esplicitamente ovvero non richieda la pubblica udienza. Infatti, il principio affermato, come s'è visto, è il seguente: vi è una violazione della disposizione convenzionale ogni qualvolta le norme interne precludono la possibilità di chiedere ed ottenere la trattazione pubblica della procedura.

A seguito di ciò risulta evidente, dunque, che l'unico modo di salvare tutto il sistema dei procedimenti oggi trattati in camera di consiglio (che costituiscono parte essenziale non soltanto della procedura penale), è la previ-

sione espressa della possibilità del soggetto interessato (indagato, imputato, condannato, a seconda delle ipotesi previste dal Codice di procedura penale) di richiedere ed ottenere la pubblica udienza. Lo schema tipico ipotizzabile in generale è, con gli opportuni accorgimenti, quello tipizzato dall'art. 441, 3° co., c.p.p., che prevede la celebrazione del giudizio abbreviato in camera di consiglio, salvo che l'imputato non chieda la pubblica udienza.

Detto ciò, però, non possono sottacersi ulteriori conseguenze, necessariamente connesse all'attuazione di uno schema di procedimento costituito sul principio della disponibilità del diritto alla pubblicità della trattazione. Vero che la pubblicità non è direttamente correlata al contraddittorio, né alla terzietà e all'indipendenza del giudice; parimenti vero, però, che il controllo che essa garantisce ha ad oggetto attività processuale che, a mente della formula costituzionale, non può che svilupparsi nel contraddittorio davanti al giudice terzo ed imparziale. L'«equità» di ogni procedimento di accertamento – quale ne sia l'oggetto – ha, ormai, il proprio paradigma nella forma rassegnata dall'art. 111, 2° co., Cost. ed è su tale modello, dunque, che ogni procedura deve (o dovrebbe) essere livellata. In tale contesto, il riconoscimento di un diritto (ovviamente dispositivo) del soggetto interessato alla pubblicità dell'udienza non potrà non assumere la connotazione di pungolo affinché il sistema espunga quelle sacche di *deficit* di garanzie purtroppo ancora esistenti nonostante i parametri costituzionali del giusto processo, quali – soltanto a mo' di esempio – le decisioni ancora assunte *inaudita altera parte* dalla Corte di Cassazione, i procedimenti a contraddittorio del tutto formale stante l'impossibilità di accesso agli atti da parte dell'indagato, le decisioni a seguito di esercizio assoluto del potere di acquisizione probatoria da parte del giudice.

## Sui poteri del giudice del rinvio

I limiti del giudice di rinvio, nonostante i plurimi interventi della giurisprudenza, rimangono tuttora questione aperta. Di recente la Corte di Cassazione ha stabilito che «non viola l'obbligo di conformarsi al c.d. giudicato interno il giudice di merito che, dopo l'annullamento per vizio di motivazione, pervenga nuovamente all'affermazione di gravità indiziaria sulla scorta di un percorso argomentativo analogo a quello censurato in sede di legittimità in quanto la preclusione derivante

dalla decisione assunta all'esito dell'impugnazione in materia cautelare de libertate è limitata allo stato degli atti e non si estende ai gravi indizi di colpevolezza sopravvenuti o formalmente preesistenti ma non dedotti ed esaminati in concreto nella loro effettiva valenza e gravità indiziaria dal giudice di prime cure» (C., Sez. II, 14.11.2007, Lucarelli).

Le Osservazioni, ricostruendo il dibattito in materia, sollecitano decisioni in linea con i parametri del giusto processo.

### Osservazioni

di Mario Antinucci

La delicata questione al vaglio del Supremo Collegio attinente agli effetti della preclusione derivante dalla decisione assunta all'esito dell'impugnazione in materia cautelare *de libertate*, si iscrive a pieno titolo al centro di un più ampio e qualificato dibattito sul tema delle impugnazioni penali, balzato in primo piano tra i temi di confronto, anche alla luce degli autorevoli interventi in letteratura e giurisprudenza che sollevano non pochi dubbi ed ombre sulla razionalità del sistema. Secondo autorevole indirizzo la struttura dei mezzi di impugnazione contro una decisione ingiusta, sul piano sistematico, deve essere speculare alla concezione dialettica della prova e del contraddittorio, quale metodo gnosologico per la ricostruzione del fatto storico che caratterizza *in primis* il giudizio di primo grado; dunque sarebbero inammissibili limiti di verifica della correttezza del metodo decisorio che non fossero riconducibili all'inerzia delle parti o agli effetti ordinari del giudicato, essendo l'effettività della difesa ed i controlli sulla motivazione della sentenza, espressione del concreto operare delle regole del giusto processo (per tutti BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in GAITO, *Le impugnazioni*

*penali*, II, Torino, 1998, 632; GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, *ibidem*, I, 12).

Il primo limite fondamentale ai poteri di cognizione e decisione del giudice di rinvio è costituito dall'obbligo *ex art.* 627, 3° co., di uniformarsi alla sentenza della Corte di Cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa. Come è stato autorevolmente affermato il combinato disposto degli artt. 627, 3° co., c.p.p. e 173, 2° co., disp. att. c.p.p. pone a carico del giudice di rinvio uno specifico vincolo decisorio, più direttamente servente alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, che si colloca in rapporto di ulteriore complementarietà con la disciplina dell'annullamento parziale. Sicché, unitariamente considerate, le disposizioni in esame delineano un complessivo quadro normativo degli effetti delle decisioni di annullamento. Si è precisato che così delineato il vincolo decisorio tende a garantire la funzione nomofilattica non sul piano dei contenuti ma su quello degli effetti; vale a dire l'uniformità interpretativa degli altri organi giurisdizionali nei confronti del giudice di legittimità. Tanto è desumibile an-

che dal tenore dell'art. 173, 2° co., che sancisce l'obbligo di enunciare il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi, in relazione dunque non ad un fatto ipotetico ma al fatto concreto della *res iudicanda*, determinando una regola decisoria ad effetto preclusivo sulla questione di diritto decisa (BARGI, *Il ricorso per cassazione*, 643).

A ben vedere, dunque, oggetto di contrasto in giurisprudenza è la effettiva portata del vincolo derivante dalla soluzione delle questioni di diritto da parte del giudice di rinvio – profilo che opera da vera e propria *ratio decidendi* nella sentenza che si commenta –. Ed invero, secondo recente indirizzo, la Corte Suprema risolve una questione di diritto anche quando giudica sull'adempimento dell'obbligo della motivazione o sulla coerenza logica della stessa. *Ergo*, in caso di annullamento per vizio di motivazione, il giudice di rinvio è tenuto a giustificare il proprio convincimento secondo lo schema implicitamente o esplicitamente enunciato nella sentenza di annullamento; il che però non sottrae a tale giudice la libertà di determinare il proprio convincimento di merito mediante un'autonoma valutazione della situazione di fatto concernente il punto annullato, con l'unico limite di non ripetere i vizi della motivazione rilevati nella sentenza annullata: egli può insomma determinare in maniera conforme la decisione annullata, ma non può giustificare il proprio convincimento secondo lo schema logico ritenuto viziato e censurato dalla Suprema Corte (da ultimo, C., Sez. IV, 21.6.2005, in *Mass. uff.*, 232019).

In questo senso è stato chiarito che il giudice di rinvio mantiene autonomia nell'accertamento anche nel caso in cui la Corte, superando i limiti del controllo della motivazione, abbia sostituito una propria valutazione a quella del giudice di merito essendo compito di quest'ultimo ricostruire i dati di fatto risultanti dalle emergenze processuali ed apprezzare il significato ed il valore delle relative fonti di prova senza essere condizionato da valutazioni in fatto eventualmente sfuggite al giudice di legittimità nelle proprie argo-

mentazioni, essendo diversi i piani su cui operano le rispettive valutazioni e non essendo compito della Corte di sovrapporre il proprio convincimento a quello del giudice di merito (C., Sez. III, 21.4.2004, in *CP*, 2005, 3413; C., Sez. II, 26.2.2004, in *GDit*, 2004, 27, 63).

Logico corollario ne è che non viola l'obbligo di conformarsi al c.d. giudicato interno il giudice di merito che, dopo l'annullamento per vizio di motivazione, pervenga nuovamente all'affermazione di responsabilità sulla scorta di un percorso argomentativo diverso ed arricchito rispetto a quello censurato in sede di legittimità (C., Sez. V, 11.6.1999, in *Mass. uff.*, 213765; C., Sez. I, 10.12.1997, in *Mass. uff.*, 209692).

Di contro sussiste la violazione del principio del diritto posto dalla Corte di Cassazione nel caso in cui – annullata la sentenza per illegittima e carente motivazione – il giudice di rinvio affronti la relativa questione solo incidentalmente adottando le medesime argomentazioni in precedenza censurate dallo stesso Supremo Collegio.

Muovendo da queste premesse, anche in materia di riesame delle misure cautelari personali, al pari del giudizio di merito, il giudice del rinvio *ex art.* 627, 3° co., è vincolato al principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione ed è limitato, nell'indagine di merito devoluta, all'esame del «punto» della prima decisione annullata, con divieto di estendere l'indagine a vizi di nullità o inammissibilità non riscontrati dalla Corte, salva – attesa la specificità della materia – la sopravvenienza di fatti nuovi sempre valutabili nel giudizio allo stato degli atti (C., Sez. IV, 14.3.2000, in *CP*, 2001, 2424), come la sopravvenuta adozione del decreto dispositivo del giudizio eventualmente incidente sul quadro indiziario (C., S.U., 30.10.2002, *Votari*, in *Mass. uff.*, 222603).

Poiché detto vincolo decisorio ha efficacia endoprocessuale – con conseguente riconducibilità della sua operatività alla permanenza della situazione ritenuta in ipotesi dalla Corte – il conseguente obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi al principio di diritto

verrebbe meno in due casi: quando la norma in discussione cessi per abrogazione o per declaratoria di illegittimità costituzionale, oppure quando sopraggiunga un provvedimento legislativo di interpretazione autentica diversa da quella formulata dalla sentenza di annullamento.

Da ultimo è condiviso anche nella giurisprudenza costituzionale l'orientamento che fa capo al principio secondo cui l'inderogabilità del vincolo decisorio in oggetto non viene meno anche se successivamente siano intervenuti da parte del giudice di legittimità diversi orientamenti interpretativi che contraddicano l'enunciazione del principio di diritto formulato dalla sentenza di annullamento (C. Cost. n. 130/1993).

La Cassazione ha precisato che il giudice competente a pronunciarsi sulla revoca della misura cautelare – e quello adito in sede di appello sulla medesima questione – non incontra alcuna preclusione quanto all'accertamento della carenza originaria e preesistente di indizio o di esigenze cautelari, nella mancata tempestiva impugnazione dell'ordinanza cautelare con la richiesta di riesame o il ricorso diretto per cassazione; l'efficacia preclusiva (limitata allo stato degli atti ed alle questioni dedotte) del c.d. giudicato cautelare, infatti, può conseguire esclusivamente alle decisioni non impugnate adottate dal tribunale ai sensi degli artt. 309 e 310 c.p.p. in sede di esame o di appello, ovvero alle pronunce della Corte di Cassazione rese nel procedimento incidentale *de libertate* (C., Sez. II, 26.11.1996, in *Mass. uff.*, 206500).

Prendendo le mosse da altre premesse, il Supremo Collegio precisa che in tema di misure cautelari la preesistenza di una diversa decisione da parte del G.i.p. non integra il c.d. giudicato cautelare, questo si forma solo a seguito di giudizio impugnatorio e quindi di pronunce emesse dalla Corte di Cassazione o dal tribunale in sede di riesame o appello (C., Sez. III, 21.11.1997, in *Mass. uff.*, 209794).

In linea con tale orientamento, il giudice competente a pronunciarsi sui presupposti per l'applicazione di una misura cautelare,

non incontra nell'accertamento della carenza originaria di indizi ed esigenze cautelari, alcuna preclusione nel fatto della mancata impugnazione della ordinanza impositiva ai sensi degli artt. 309, 1° co., e 311, 2° co., c.p.p.; quanto poi al tipo di preclusione suscettibile di formarsi a seguito delle pronunce che intervengono – ad opera della Corte Suprema ovvero del tribunale in sede di riesame o di appello – all'esito del procedimento incidentale avente ad oggetto la misura cautelare, esso ha una portata più modesta rispetto a quello determinato dalla “cosa giudicata”, sia perché esso è limitato allo stato degli atti, sia perché esso copre solo le questioni dedotte e non anche quelle deducibili (C., Sez. IV, 27.4.2000, in *Mass. uff.*, 216933).

Dunque, osserva la Corte nella sentenza in commento, la preclusione derivante dalla decisione assunta all'esito dell'impugnazione in materia cautelare *de libertate* va limitata allo stato degli atti ed a tale vincolo devono ritenersi sottratti i gravi indizi di colpevolezza sopravvenuti o formalmente preesistenti ma non esaminati in concreto nella loro effettiva valenza probatoria, senza che tale *iter* motivazionale da parte del giudice di rinvio possa violare la regola decisoria di conformarsi al c.d. giudicato interno (C., S.U., 8.7.1994, Buffa, in *CP*, 1994, 2928).

Di tal che, come è stato autorevolmente osservato, pur in linea con un tendenziale adeguamento del sistema delle impugnazioni ai principi del giusto processo nella sua cornice necessariamente europea, si registrano delle “resistenze”, talora sfociate in veri e propri paradossi interpretativi, avendo riguardo *in primis* alla direttiva n. 2 della legge-delega del nuovo codice di procedura penale (l. 16.2.1987, n. 81) che come è noto prescrive che esso «deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale» oltre che conformarsi ai caratteri del sistema accusatorio secondo i principi dettati dalle ulteriori specifiche della medesima legge.

In questo senso è auspicabile che la diversa

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

Ad ogni buon conto si registra il recente intervento della Cassazione secondo cui la nozione di indizio adottata dall'art. 273, 1° co., in tema di misure cautelari personali non coincide con quella adottata dall'art. 192, 2° co., in tema di valutazione della prova: nel

primo caso infatti il riferimento agli indizi non è funzionale alla distinzione degli stessi dalle prove, ma evoca unicamente la natura del giudizio (di probabilità e non di certezza) richiesto ai fini dell'applicazione di una misura cautelare personale, nell'ambito del quale vengono in rilievo non prove bensì sempre e soltanto indizi; invero l'art. 273 c.p.p. richiama espressamente soltanto i co. 3° e 4° (non anche il secondo) dell'art. 192 c.p.p., a riprova del fatto che il giudizio *de libertate* ha natura squisitamente probabilistica, e gli elementi a carico dell'indagato non sono valutabili secondo i parametri fissati per il giudizio di merito (C., Sez. II, 8.11.2007, Lombardo, in questa *Rivista*, 2007, 2, 25).

## Custodia cautelare e minorenni: binomio concepibile?

La Sezione VI della Corte di Cassazione, pone dei precisi punti fermi in ordine all'applicabilità anche ai minori, della custodia cautelare in carcere, specificando come «*l'art. 23 del d.p.r. n. 448 del 1988, non esclude l'applicabilità della custodia cautelare ai minorenni; la norma de quo subordina tale applicazione alla primaria esigenza di non interruzione*

*dei processi educativi in atto e alla ricorrenza di esigenze cautelari gravi oltre che inderogabili*» (C., Sez. VI, 4.12.2007, A.). Le Osservazioni che seguono, tentano di contemperare e coordinare l'applicazione della misura *de quo* con i peculiari principi del processo penale minorile.

### Osservazioni di Gioia Sambuco

1. Nei motivi di ricorso era stato argomentato dal difensore dell'imputato minorenne, nei confronti del quale era immediatamente scattata la richiesta da parte del g.i.p. della custodia cautelare in istituto minorile applicata in data 8.2.2007 in relazione al reato di cui agli artt. 110, 337, 1° co., e 339, 2° co., c.p., un generico vizio di motivazione in ordine al provvedimento reso dal Tribunale dei minori, adito ai sensi dell'art. 310 c.p.p., con

il quale il giudice *ad quem* aveva confermato l'ordinanza applicativa della suddetta misura cautelare, rigettandone la richiesta di revoca o sostituzione sulla base di alcuni episodi di violenza accaduti nell'istituto minorile e perpetrati dal minore, reputati quali veri e propri sintomi plurimi e univoci di una sua concreta propensione alla violenza e che andavano a riannodarsi agli ulteriori sintomi già

evidenziati in sede di ordinanza applicativa della misura.

Le argomentazioni del difensore, per contro, lamentavano una illogica ed immotivata vanificazione nell'esame *de quo* della favorevole valutazione posta in essere dai servizi sociali che si erano invece espressi in senso favorevole al rientro del minore nella sua famiglia. Purtuttavia, la difesa non evidenziava nel ricorso alcun vizio logico o alcuna carenza motivazionale a carico dell'ordinanza impugnata, ma si risolveva in una soggettiva svalutazione degli elementi presi in considerazione dal Tribunale. L'esito pertanto della deliberazione della Suprema corte è stato per l'inammissibilità del suddetto ricorso.

2. L'applicazione ai fini cautelari delle misure coercitive si inquadra nel più ampio dibattito sulla funzione del processo minorile nel suo complesso, proteso alla responsabilizzazione del minore e dotato di una specifica valenza educativa. Ne consegue, che la restrizione della libertà personale nel sistema di giustizia minorile, assume una valenza peculiare nella misura in cui questa può essere disposta soltanto alla luce di precisi e circostanziati presupposti, tassativamente previsti. Anzitutto, le misure cautelare nei confronti dei minori, sono soltanto quelle tassativamente previste dal d.p.r. n. 488/1988 che sono, in ordine di gravità: prescrizioni; permanenza in casa; collocamento in comunità; custodia cautelare in carcere.

Il sistema di giustizia minorile non conosce forme obbligatorie di restrizione della libertà personale nei confronti del minorenni (CASCONE, *Il carcere deve restare l'extrema ratio*, in DeG, 2005, 28, 53); il giudice procedente non è giammai tenuto obbligatoriamente a disporre la misura cautelare: in questo senso la terminologia dello stesso disposto di cui all'art. 23 per cui «la custodia cautelare può essere applicata (...)» non è affatto casuale ma denota precipuamente la facoltatività che ha il giudice nell'applicazione della misura cautelare, il quale deve riuscire a conciliare le esigenze cautelari con quelle educative del minore, scegliendo eventualmente quella che a suo avviso risulti la più adeguata

alla natura delle suddette esigenze cautelari, e la più proporzionale alla gravità del fatto commesso.

Pertanto l'applicazione dell'ordinaria misura cautelare in carcere nei confronti degli imputati minorenni non viene aprioristicamente esclusa nel sistema di giustizia minorile, ma soltanto relegata a determinate ipotesi delittuose: l'art. 23, 1° co., d.p.r. n. 488/1988, ai fini della relativa applicabilità, assume un criterio rapportato alla misura della pena prevista per il reato per il quale si procede e, soltanto al 2° co. dell'art. 23, indica tassativamente le fattispecie delittuose la cui ricorrenza rende possibile l'applicazione della misura *de quo* indipendentemente dalla misura edittale della pena (C., Sez. V, 4.2.1999, Di Martino, in CP, 2001, 1876).

Non è però sufficiente che la misura cautelare sia contemplata nelle ipotesi di cui all'art. 23 del d.p.r.: il giudice non essendo tenuto ad applicare la misura sulla base di questo unico presupposto deve necessariamente esaminare in profondità la situazione del minore e, attraverso una sorta di giudizio prognostico, prevedere se davvero la custodia cautelare in carcere sia la misura più opportuna per quel minorenne e se questa non vada ad interrompere i suoi processi educativi eventualmente in corso.

Ecco allora che proprio in materia *de libertate* viene alla luce la specialità delle norme del processo penale minorile e la loro prevalenza rispetto a quelle generali del processo ordinario, nella misura in cui emerge essenzialmente «la coerenza del principio di adeguamento (*rectius*, adeguatezza dell'applicazione) della normativa del codice di rito alla particolare condizione soggettiva degli indagati ed imputati minorenni» (CAPITTA-VITTORINI GIULIANO, *Le misure coercitive minorili tra funzioni cautelari e continuità educativa*, in CP, 2004, 3007; PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Torino, 2002, 291).

Per evitare che l'assenza (*rectius*: la non sufficienza) di parametri squisitamente e interamente legali idonei a vincolare, da soli, il giudice nell'applicazione della misura caute-



lare, possa sfociare in una assoluta discrezionalità determinando così gravi tensioni nel sistema di giustizia penale minorile, il giudice è tenuto ad assolvere pienamente all'obbligo di motivazione accertando in concreto e, quindi, in termini puntuali e specifici, le precise situazioni che, in relazione alla gravità del fatto nonché alla natura ed al grado delle esigenze cautelari, rendano imprescindibile ed inevitabile la necessità di adottare ovvero di mantenere la misura cautelare più grave, dando conto, con criteri logici e di plausibile persuasività delle ragioni giustificative di un provvedimento che, in nome di esigenze cautelari non altrimenti realizzabili, va a comprimere la libertà personale del minore in indagato nella misura massima possibile.

Donde risulta evidente, che nel complesso motivazionale, debba anche emergere l'incidenza assoluta e prevalente che hanno assunto le considerazioni riferibili alla gravità della pericolosità sociale e dalla personalità dell'indagato e quali siano stati i presupposti dai quali inferire un siffatto convincimento.

Ovviamente, poiché la misura in questione costituisce una vera e propria deroga al sistema della giustizia penale minorile, una sorta di ipotesi eccezionale da utilizzare quando le altre misure non risultano adeguate (cfr. COSTANTINO, *Un'ipotesi eccezionale da utilizzare se altri rimedi non sono adeguati*, in *Fam. e minori*, 2008, 65), questa sola considerazione impone, a maggior ragione, una scrupolosità redazionale ed una completa spiegazione del giudice in ordine alla proporzionalità ed all'adeguatezza della misura rispetto al caso concreto.

In questo modo, l'imputato minorenni non si trova in una situazione di soggezione al potere trattamentale del giudice, ma anche in questo contesto viene ad essere analiticamente studiato il suo comportamento sia in relazione alla fattispecie delittuosa commessa, sia in ordine ai comportamenti che lo stesso tiene in seguito alla sua colpevole condotta, valutando se vi siano in lui cambiamenti, o se abbia una condotta tale da far ritenere con un alto grado di probabilità la

inesistenza di una vera e propria emergenza processuale.

Non a caso, l'art. 9, d.p.r. n. 488/1988, che costituisce il fulcro del sistema penale minorile, impone quale prioritaria tappa nell'*iter* processuale minorile di procedere alla ricostruzione nel processo delle condizioni, delle risorse familiari, personali, sociali ed ambientali del minore imputato al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutando inoltre la rilevanza penale del fatto di reato commesso anche al fine di disporre, in modo più consapevole ed aderente alle esigenze, alla realtà del minore protagonista della vicenda processuale, le più adeguate misure penali per quel caso in relazione alle finalità di recupero e di rieducazione del minore e della sua –auspicabile– celere fuoriuscita dal circuito penale.

La pronuncia in esame dunque pone l'*imprimatur* ad un orientamento già in forte ascesa nella giurisprudenza di legittimità secondo il quale l'applicazione della misura cautelare in carcere anche nei confronti degli indagati minori non può aprioristicamente ritenersi controproducente dal punto di vista educativo ovvero inadeguata ma, commisurandola con le altre specifiche e tassative (*rectius*: tipiche) misure applicabili ai minori, in determinati casi – soprattutto quando neppure la famiglia risulta in grado di fornirgli un sostegno educativo qualificato per affrontare la rielaborazione del fatto – può rivelarsi quella più opportuna a far nascere nell'indagato la consapevolezza del disvalore sociale del fatto da lui commesso, consentendo una osservazione quotidiana del minore anche da parte di operatori specializzati al fine di assicurare un percorso educativo il più possibile efficace. La misura cautelare in carcere rimane *in primis* lo strumento processualpenalistico in risposta alla commissione del fatto di reato, e al fine del perseguimento delle esigenze di acquisizione probatoria e di difesa sociale, ma non può contemporaneamente escludersi che la stessa possa, in certi casi, costituire la migliore soluzione sull'ulteriore percorso di crescita e consolidazione della personalità.

Non si deve perciò escludere *sic et simpliciter*

che il carcere possa avere una certa funzione educativa per il minore quanto meno potendo costituire questo il punto di partenza – vista la fissazione di limiti massimi di durata delle misure (artt. 20, 2° co., 21, 4° co., 22, 3° e 4° co., d.p.r. n. 488/1988) – per il minore deviante di un percorso di rimeditazione – elaborazione del proprio vissuto che possa fargli raggiungere un certo grado di consapevolezza delle proprie azioni, affidandolo e facendo seguire passo dopo passo, verso questa meta, come previsto *sub* art. 19, 3° co., d.p.r. n. 488/1988, dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, i quali svolgono attività di sostegno e di controllo

in collaborazione con i servizi di assistenza istituiti dagli enti locali.

Il traguardo di un carcere non più soltanto luogo istituzionalmente deputato a nascondere ed a far dimenticare le persone scomode e violente, presuppone che il legislatore predisponga anzitutto tutti i mezzi necessari, le risorse per renderlo tale, riorganizzandolo secondo un adeguamento ai principi costituzionali delle sanzioni penali previste per i minori che delinquono, nonché introducendo un apposito ordinamento penitenziario per i minori, intervento – quest'ultimo – non più procrastinabile.



## APPROFONDIMENTI

### Profili sistematici delle impugnazioni

di Gianrico Ranaldi

#### I. PROFILI GENERALI

1. *Premessa.* – L'oggettiva estensione del tema impone l'individuazione preliminare delle regole di ingaggio, rispetto ad una materia articolata che presenta – all'evidenza – prospettive d'analisi variegate. Infatti, l'argomento è di tale complessità e rilevanza, che qualunque prospettiva d'approccio è affetta da relativismo ricostruttivo e – per dir così – “diagnostico”. Comunque, pur con tale consapevolezza – dopo aver affrontato alcune questioni nomenclatorie e richiamato le idee guida *coeve* al sistema dei rimedi impugnativi – s'è optato per una analisi che s'incentra sulle scelte di sistema coeve allo *ius superveniens* che ha inciso, anche mediamente, sulle disposizioni generali dettate in tema di impugnazioni nonché su considerazioni di stampo evolutivo. In altri termini, la prospettiva *de iure condendo* è oramai imprescindibile corollario di qualunque *opinio* processuale inerente la disciplina in vigore, a seguito della continua linfa di meditazione data dall'inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost. (*ex l. cost.* 23.11.1999, n. 2). Infatti, ed a tacer d'altro, la *guideline* costituzionalmente orientata della legge processuale appare decisiva e rilevante, ma anche problematica, sia per il bisogno di concretizzazione a livello di normativa ordinaria che le previsioni di natura costituzionale normalmente comportano, sia per la novità tutt'altro che assoluta degli enunciati introdotti nell'art. 111 della Costituzione. A quanto detto, poi, s'aggiunga che qualsivoglia meditazione evolutiva concernente istituti contemplati dalla legge processuale non può prescindere, oramai, da una logica che sia – in genere – sopranazionale ed – in particolare – europea. Breve. In un'ottica di tutela multilivello dei diritti, la

lettura della disciplina interna va condotta – per necessità ineludibile – in maniera orientata, tenendo in adeguato conto – pertanto – il valore che le fonti internazionali ed europee hanno rispetto all'ordinamento giuridico interno e le implicazioni che da esse derivano per l'operatore aduso ai “caminetti domestici”.

2. *Questioni nomenclatorie.* – La soluzione delle questioni nomenclatorie impone di individuare alcuni punti fermi da cui prendere le mosse. Infatti, non solo manca nel tessuto codicistico una previsione che fornisca la definizione concettuale dell'impugnazione – posto che la legge del processo si limita a descrivere le regole da applicare ai singoli mezzi di impugnazione – ma anche ogni definizione, in quanto convenzionale, ha valenza relativa, essendo condizionata dalle convinzioni personali, culturali ed ideologiche di chi la rende. Pertanto, nello specifico, le chiavi di lettura impiegate per definire l'impugnazione secondo una formula che risulti, perlomeno in via di tendenza, *secundum tenorem rationis*, si identificano – da un lato con l'individuazione della logica sottesa agli strumenti processuali qualificati espressamente dal codice di rito come rimedi impugnativi e – dall'altro lato con l'enucleazione selettiva delle finalità perseguite con l'attivazione dei singoli strumenti di reclamo rientranti, per espressa vocazione normativa, nel *genus* delle impugnazioni (*id est*, appello, ricorso per cassazione ordinario, ricorso per cassazione straordinario per errore materiale, revisione nonché – in materia *de libertate* – riesame, appello e ricorso per cassazione). Vale a dire. Se la dogmatica giuridico-processuale non va confinata entro gli «angusti e spesso errati limiti della sistematica legislativa» (BELLAVISTA, *Il processo penale monito-*

rio, Milano, 1952, 67) e se, per conseguenza, l'*ubi consistam* dell'impugnazione sta – al di là di qualsivoglia qualificazione normativa espressa – nell'essere strumento che tende alla verifica di legalità, sostanziale e procedurale, di qualsivoglia provvedimento giudiziario (sentenza, ordinanza, decreto), al fine di promuoverne la modificazione migliorativa ove risulti erroneo in quanto difforme dal diritto oggettivo, allora è chiaro che ogni impugnazione sia presidiata da una logica duplice in quanto – al contempo – mezzo di controllo e rimedio per ottenere la modifica o la rimozione di una decisione giudiziaria ingiusta. Per tirare le fila del discorso: se «una proficua differenziazione si vuol fare... la si deve basare» anche «sulla finalità dei diversi istituti e includere quelli ai quali tale finalità fa da comune denominatore entro un'unica categoria cui si possa, per comodità d'individuazione, attribuire una nomenclatura convenzionale,... che, rimanendo aderente al linguaggio del legislatore, eviti, anche sul piano terminologico, fastidiose complicazioni» (TRANCHINA, *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XX, 1970, 746). Stando così le cose, non pare sia a discutersi che «qualunque istituto che si concretizzi nella denuncia di un ingiusto provvedimento del giudice o, talora, del pubblico ministero, possa essere inquadrato tra i mezzi di impugnazione, ancorché non venga così definito espressamente dal codice di procedura penale, la cui sistematica in materia appare, peraltro, ispirata a criteri decisamente criticabili» (TRANCHINA, 746).

3. *Il fondamento razionale delle impugnazioni.* – La previsione, anche meramente concettuale, di un sistema di rimedi impugnativi declina, per necessità logica, le "idee" di giustizia, tempestività e certezza: «il bisogno di soddisfare la prima esigenza (giustizia) induce a non accontentarsi di un solo giudizio, sul presupposto che il verdetto unico potrebbe essere errato o ingiusto o comunque perfettibile...; l'esigenza di ottenere il secondo risultato (tempestività) porta a contenere la domanda ipertrofica di ricorsi nell'intento di scongiurare il rischio di un troppo grave e

conseguente allungamento dei tempi medi di durata per i processi; l'aspettativa a conseguire comunque la terza aspirazione (certezza) conduce ad attribuire all'ultimo giudizio di una serie convenzionalmente prestabilita i connotati della irripetibilità e delle definitività, ai quali viene correlata l'autorità di giudicato» (A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, I, Torino, 1998, 15). Quindi. È chiaro che quanto detto valga solo in chiave generale ed astratta; al contempo, però, è dato acquisito che le impugnazioni penali tendano – sempre e comunque – a comporre, in maniera potenzialmente ideale, due esigenze in perenne contrasto. Da un lato, infatti, v'è il *target* che coincide con la formazione dell'accertamento giurisdizionale, secondo modi e cadenze che siano tali da renderlo potenzialmente irrettrabile; dall'altro lato, v'è l'esigenza che la decisione non più impugnabile sia giusta, perché "costruita" all'esito di una sequela conforme al diritto obiettivo, che sia idonea a garantire una corretta operazione euristica dei fatti oggetto di verifica giurisdizionale. Ed ecco il punto. Il fondamento razionale delle impugnazioni sta, anzitutto, nell'esigenza di costruire un sistema di controlli tale da assicurare che la decisione passata in giudicato sia, perlomeno in via di tendenza, conforme al diritto ovvero rituale perché formata secondo modalità aderenti alle regole procedurali poste *ex lege*. Inoltre, la previsione di una cosmologia di rimedi impugnativi impieghi avverso le decisioni giudiziarie si giustifica – anche e proprio – in ragione del "bisogno di giustizia" che è oggettivamente connesso con qualsivoglia pronuncia giurisdizionale. Vale a dire. La previsione di un sistema di controlli tende – all'evidenza – a scongiurare (*rectius*, a diminuire l'incidenza percentuale di) errori giudiziari in connessione con l'esercizio dell'attività giurisdizionale. A quanto detto, poi, s'aggiunga che la descrizione, seppur per cenni, del fondamento razionale delle impugnazioni non può prescindere dalla fondamentale constatazione che ogni sistema processuale rappresenta una

parte funzionalmente connessa dell'intero ordinamento giuridico, tanto che il modello processuale partecipa inevitabilmente alla vita, agli orientamenti ed alle concezioni fondamentali di esso. In chiave di sintesi estrema, allora: se la logica dei controlli o dei gravami non costituisce un modello necessitato, tanto che le impugnazioni non rappresentano un elemento *sine qua non* dell'ordinamento processuale – che può escluderle stabilendo che la decisione resa in primo grado sia definitiva – è chiaro che la definizione compiuta di un insieme di rimedi impugnativi risponda, in ragione dei momenti storici di riferimento, ai principi politici (ispiratori e di fondo) di ciascun periodo e, quindi, esprima – più o meno – il bisogno di giustizia, di certezza e di tempestività/efficienza della giurisdizione.

4. *La classificazione dei mezzi di impugnazione.* – La classificazione delle impugnazioni penali conduce ad esiti disomogenei poiché sconta, all'evidenza, l'opzione compiuta dall'interprete in ordine all'individuazione dei criteri di classificazione. Infatti, la criteriologia incide – per logica prima che per raziocinio giuridico – sia in punto di delimitazione descrittiva delle categorie classificatorie, sia rispetto alla composizione interna di esse. Con tale consapevolezza, allora, pur senza perseguire il *target* rappresentato dalla completezza classificatoria, s'è optato per un approccio che fosse aduso alla tradizione ma comunque proiettato nella realtà effettuale della prassi giudiziaria, nel tentativo di tenere in adeguato conto i singoli fenomeni e gli effetti riconducibili all'uso dei mezzi di impugnazione. Stando così le cose, s'è risolta anzitutto la dicotomia classica tra gravami ed azioni di impugnativa e si è affrontata, poi, la descrizione distintiva tra mezzi di impugnazione devolutivi e non devolutivi, ordinari e straordinari, sospensivi e non sospensivi, mentre è stato introdotto il *discrimen* che corre tra strumenti di controllo principali ed alternativi.

5. *I gravami e le azioni di impugnativa.* – La distinzione tra gravami ed azioni di impugnativa è tradizionale ed, al contempo, criti-

cata perché ritenuta “fallace”. Il discrimine tra le due *species* di rimedi impugnativi viene colto, essenzialmente, in ciò che il gravame, ove introdotto, determinerebbe l'integrale devoluzione del tema decisorio – “composto” con la pronuncia ritenuta ingiusta – ad un giudice diverso, perlomeno sotto il profilo funzionale, da quello che ha adottato il *dictum*, al fine di determinarne la rimozione, all'interno dello stesso procedimento, con un secondo giudizio; l'azione di impugnativa, invece, si risolverebbe *simpliciter* nella denuncia di un vizio dell'atto e punterebbe solo alla rimozione dell'errore specificamente denunciato e non, anche, ad un nuovo giudizio. Ciò detto, va sottolineato che «la nozione di azione di impugnativa e quella correlativa di gravame sono state costruite per un generale ambito di applicazione e senza essere costrette nell'ambito di un ordinamento determinato» e che esse, «sebbene utilissime come modello euristico, in quanto illuminano l'origine degli istituti, servono meno al lavoro classificatorio, essendo le due figure variamente contaminate nel dato positivo» (LUPACCHINI, *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, in *Le impugnazioni penali*, 133). Ad ogni modo, avendo riguardo specificamente alle indicazioni ricavabili dalla legge processuale e tenendo conto – in via principale – della c.d. capacità devolutiva del rimedio impugnativo, rientrano nel novero dei gravami, la richiesta di riesame avverso i provvedimenti costitutivi di misure cautelari coercitive e reali (artt. 309, 322, 324 c.p.p.), l'opposizione al decreto penale di condanna (art. 461 c.p.p.) ed alla sentenza di condanna pronunciata dal giudice per l'udienza preliminare nel processo a carico di imputati che, al momento di pretesa commissione del fatto, non avevano raggiunto la maggiore età (art. 32 *bis* c.p.p. minorenni); di contro, invece, possono inquadrarsi, nella *species* delle azioni di impugnativa, pur non mancando ibridismi, l'appello ed il ricorso per cassazione, così come i medesimi strumenti di controllo impiegati nella materia *de libertate* (artt. 310, 311 c.p.p.).

6. *I mezzi di impugnazione devolutivi e non*

*devolutivi*. – La distinzione tra mezzi di impugnazione devolutivi e non devolutivi impone, per metodo, la descrizione – seppur per cenni – del concetto di devoluzione ed evoca – per correlazione logica necessaria – anche il *discrimen* tra rimedi totalmente o parzialmente devolutivi. Sotto il primo profilo, il sostantivo devoluzione è, all'evidenza, plurisenso: infatti, esso declina – a seconda delle prospettive di approccio – il trasferimento della *cognitio causae* ad un giudice diverso e di competenza superiore rispetto a quello che ha emesso il provvedimento impugnato ovvero il trasferimento della *cognitio* ad un giudice che sia solo funzionalmente diverso ovvero ancora il trasferimento della materia da delibare e su cui decidere, indipendentemente dalla circostanza che ad intervenire sia chiamato un diverso magistrato persona o ufficio. Sotto il secondo profilo, invece, il criterio discrezionale sta nell'ampiezza del controllo cognitivo deferito, per effetto dell'attivazione del rimedio, al giudice dell'impugnazione: il mezzo di impugnazione è totalmente devolutivo qualora determini, in via automatica, la devoluzione integrale del *thema decidendum* al giudice deputato al controllo, al di là ed indipendentemente dalle eventuali argomentazioni postevi a corredo, in punto di fatto e di diritto; il mezzo di impugnazione, invece, è parzialmente devolutivo ove il perimetro, e non l'area, della cognizione del giudice dell'impugnazione sia determinato, con i motivi, dalla parte processuale che reclama il controllo, che ha l'onere, pertanto, oltre che di indicare le ragioni che giustificano l'attivazione della verifica giurisdizionale, anche di indicare i capi ed i punti della decisione oggetto di controllo. Tornando al punto di partenza: la distinzione tra mezzi di impugnazione devolutivi e non devolutivi non appare oggettivamente significativa, in ragione della circostanza che l'attivazione di ogni mezzo di controllo produce comunque devoluzione (totale o parziale) della materia decisoria; ciò nonostante, però, v'è chi distingue i mezzi di impugnazione in devolutivi e non devolutivi a seconda che il processo si trasferisca, per

effetto dell'attivazione del rimedio, “*ad un giudice di grado superiore a quello che ha emanato la decisione impugnata (es. appello, ricorso per cassazione)*” (impugnazioni devolutive) ovvero ad un giudice diverso solo per funzione decisoria (impugnazioni non devolutive) (LEONE, *Impugnazioni (diritto processuale penale: profili generali)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 3).

7. *I mezzi di impugnazione ordinari e straordinari*. – Il discrimine che corre tra mezzi di impugnazione ordinari e straordinari sta nelle caratteristiche tecniche delle decisioni oggetto di impugnativa. Breve. L'impugnazione è ordinaria quando è utilmente esperibile avverso provvedimenti giurisdizionali che non siano passati in giudicato; il mezzo di impugnazione, invece, è straordinario quando concerne decisioni giurisdizionali oramai irrevocabili. Pertanto, ove si consideri che «sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione» (art. 648, 1° co., c.p.p.) e che «se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile», mentre «se vi è stato ricorso per cassazione, la sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso» (art. 648, 2° co., c.p.p.), è chiaro che sono impugnazioni ordinarie, rispetto alle sentenze, l'appello (artt. 593-605 c.p.p.) ed il ricorso per cassazione (artt. 606-628 c.p.p.) e, rispetto ai provvedimenti cautelari coercitivi, il riesame (art. 309 c.p.p.) e l'appello (art. 310 c.p.p.), mentre appartengono alla *species* delle impugnazioni straordinarie la revisione (artt. 629-642 c.p.p.) ed il ricorso straordinario per errore di fatto (art. 625 *bis* c.p.p.).

8. *I mezzi di impugnazione sospensivi e non sospensivi*. – La distinzione tra mezzi di impugnazione sospensivi e non sospensivi appartiene alla tradizione della sistematica delle impugnazioni e trae la propria matrice esegetica nel disposto dell'art. 588 c.p.p., per cui «dal momento della pronuncia, durante

i termini per impugnare e fino all'esito del giudizio di impugnazione, l'esecuzione del provvedimento impugnato è sospesa, salvo che la legge disponga altrimenti». Il discrimine tra impugnazioni sospensive e non sospensive, però, è poco significativo, ove si consideri che la sospensione dell'esecuzione del provvedimento è prevista *ex lege*, indipendentemente dalla presentazione dell'impugnazione, «durante i termini per impugnare» e che l'efficacia sospensiva dell'impugnazione dipende, in esclusiva, dal tipo di provvedimento gravato e non anche dalle caratteristiche proprie del rimedio impugnativo impiegato. Ed ecco il punto. Infatti, se l'appello è considerato, in linea di principio, al pari del ricorso per cassazione, un mezzo di impugnazione sospensivo, è indubbio – ad esempio – che sia inidoneo a sterilizzare l'efficacia esecutiva del punto della sentenza di condanna che riconosca, in favore della parte civile, una somma a titolo di provvisionale ovvero che, ancora, non incida sull'efficacia immediatamente esecutiva delle sentenze di proscioglimento. In chiave di sintesi estrema: riconoscere perdurante valenza alla distinzione in discorso vale per tendenziale completezza ricognitiva e non anche – invece – per significatività di sistema.

9. *I mezzi di impugnazione principali ed alternativi.* – Le impugnazioni possono essere distinte in principali ed alternative in ragione del tema devoluto, che costituisce – pertanto – oggetto di verifica e controllo. Infatti, se rientrano nell'insieme ideale costituito dai rimedi impugnativi principali, gli strumenti attraverso cui l'impugnante deferisce – ad un giudice ufficio diverso da quello da cui promana la decisione impugnata – la questione della legalità rituale e sostanziale del procedimento e della decisione giudiziaria, della illiceità penale del fatto e della sua riconducibilità all'imputato (appello, ricorso per cassazione, revisione), appartengono – invece – alla categoria *in progress* dei rimedi o mezzi di controllo alternativi, l'insieme degli strumenti impiegabili nel corso del procedimento dalle parti (ad esempio: incidente di esecuzione, opposizione, reclamo e/o revoca) ed

il cui oggetto, non predeterminabile in astratto, sia esclusivamente la correttezza di una determinata decisione incidentale, che non incide – per conseguenza – direttamente ed univocamente sul tema dell'accertamento della responsabilità dell'imputato. E si spiega. La diffusione applicativa di tali mezzi di controllo minori, che in quanto atipici non ricadono nella sfera operativa del principio di tassatività, si giustifica in ragione della circostanza che non può e non deve incontrare ostacoli l'aspirazione alla verifica sul se ogni singolo atto decisorio del processo penale sia stato compiuto secondo i canoni del giusto processo. Infatti, il «meccanismo dei controlli aperti in funzione alternativa e complementare al regime di tassatività tipico delle impugnazioni» che va progressivamente delineandosi, «appare finalmente rispettoso dei diritti costituzionali e sopranazionali della persona sottoposta a processo penale», poiché – per l'appunto – a fronte della non esperibilità dei mezzi ordinari di impugnazione, l'incidente di esecuzione, l'opposizione, il reclamo e/o la revoca devono ritenersi, in via di principio, sempre ammissibili quali «rimedi contro il comportamento asseritamente ingiusto del giudice di merito» ed espressione del «generico potere di revoca riconosciuto ad ogni giudice in ordine a tutti i provvedimenti diversi dalla sentenza» (GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in GAITO, *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, 21).

## II. PROFILI COSTITUZIONALI DELLA FACOLTÀ DI IMPUGNARE.

10. *Premessa.* – Delineare i profili costituzionali della facoltà di impugnare significa, in chiave generale e di metodo, descrivere – anzitutto – i “fondamentali” che presidiano l'esercizio dell'attività giurisdizionale in materia penale. Infatti, non solo il giudice che affronta e risolve le questioni deferite con uno dei rimedi impugnativi rende una prestazione che è – al contempo – giurisdizionale e di controllo, ma anche realizza un

momento di *iuris dictio* che va comunque attuato «mediante il giusto processo regolato dalla legge» (ex art. 111, 1° co., Cost.). In altri termini, se le impugnazioni (principali o alternative) introducono un incidente giurisdizionale, esso dovrà presentare cadenze rituali tali da assicurare effettività alle garanzie previste dalla Carta costituzionale, che costituiscono – per l'appunto – l'essenza del processo giusto. A quanto detto, s'aggiunga che la descrizione dei punti di “sensibilità costituzionale” che si profilano rispetto al sistema delle impugnazioni penali configura – accanto al tema delineato che coincide, per l'appunto, con il *quomodo* dei rimedi impugnativi – quello – per così dire – tradizionale, dell'*an* dei controlli giurisdizionali, avendo specifico riguardo alla questione della copertura costituzionale del doppio grado di giurisdizione di merito.

11. *Giusto processo ed impugnazioni.* – L'inserimento nell'art. 111 Cost. di previsioni garantistiche involgenti l'intera giurisdizione ed, in particolare, il processo penale, impone di considerare se vi sia perdurante compatibilità tra legge processuale e disciplina costituzionale *nouvelle vague* e rende non prescindibile il tentativo di cogliere scenari *in progress*. Infatti, il recepimento dei principi del giusto processo in sede costituzionale involge, per logica, due aspetti convergenti: da un lato, il *novum* regolamentare va affrontato secondo una prospettiva strettamente esegetica, sia per cogliere i rinnovati ambiti costituzionali del processo che per scongiurare sfasamenti ricostruttivi; dall'altro lato, le regole di garanzia processuale, poste in aggiunta dalla l. cost. n. 2/1999, vanno considerate eco di una rinnovata metodologia di approccio agli interventi giurisdizionali dello Stato e – per logica – utile “matrice” per correttivi, anche culturali, da introdurre nella gestione e nell'interpretazione di meccanismi processuali già operanti e nell'ideazione di rinnovati moduli d'intervento giurisdizionale. Pertanto, una volta ricostruita la dimensione costituzionale del processo, va riconsiderato ogni istituto, con la consapevolezza che l'esigenza di fare giustizia giusta si manifesti –

dinamicamente – con la tensione verso la previsione di disposizioni che siano «sorrette da finalità di garanzia nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili» (SPANGHER, *Il “giusto processo” penale*, in *Studium Iuris*, 2000, 256). Tornando al punto di partenza (leggi – individuazione del vincolo di inerenza che c'è tra sistema delle impugnazioni e regole costituzionali del processo giusto), allora, la questione si risolve – essenzialmente – nello stabilire se la costituzionalizzazione di alcuni requisiti che possono caratterizzare il modulo di verifica giurisdizionale in materia penale (*id est*, terzietà ed imparzialità del giudice; “parità delle armi” tra le parti; contraddittorio per la prova; ragionevole durata del processo), sia idonea a produrre conseguenze sugli assetti attuali del sistema delle impugnazioni. Breve. Il punto è se sia sostenibile che l'attribuzione di rilievo costituzionale alle regole del “giusto processo” debba incidere sulla “qualità” del controllo deferito, in particolare, al giudice d'appello, avverso le decisioni giudiziarie. In proposito, muovendo dalla fondamentale constatazione che il tratto qualificante della riforma dell'art. 111 Cost. vada colto nella c.r.d. “doppia anima” del contraddittorio – inteso, al contempo, quale garanzia individuale e canone epistemologico – e che solo l'attribuzione di rilievo costituzionale al contraddittorio per la prova, considerato quale metodo di ricostruzione del fatto, abbia avuto portata effettivamente innovativa, il tema da “investigare” sta, essenzialmente, nella possibilità di ritenere *secundum tenorem rationis* l'attuale fisionomia, quasi in esclusiva cartolare, del giudizio d'appello. E si spiega. È indubbio che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello costituisca, allo stato, un istituto di carattere eccezionale, rispetto all'abbandono del principio di oralità del secondo grado, nel quale vale la presunzione che l'indagine istruttoria abbia ormai raggiunto la sua completezza nel dibattimento svoltosi innanzi al primo giudice (così, *ex plurimis*, C., Sez. IV, 29.1.2007, D.V., in *GDir*, 2007, 23, 67); parimenti, però, non pare sia a discutersi che – alla stregua



delle indicazioni ricavabili dall'art. 111, 3° co., Cost., in punto di diritto alla prova contraria – l'integrazione probatoria in appello possa essere considerata non più in termini di eccezionalità, ma quale fase destinata all'esercizio, anche in funzione recuperatoria, del diritto alla prova. Stando così le cose, allora, l'avvenuta costituzionalizzazione delle "regole naturali" del processo giusto declina la riforma graduale delle scadenze funzionali del giudizio di appello, che non va più considerato come *revisio prioris instantiae* – e, quindi, come luogo deputato alla rilettura – rivalutazione degli elementi raccolti dinanzi al primo giudice, tra l'altro, dopo aver conosciuto la valutazione probatoria compiuta nella precedente sentenza ed alla stregua delle indicazioni ricavabili dalle censure articolate dalle parti impugnanti – bensì come *novum iudicium* – e, quindi, come momento giurisdizionale destinato – anche ed in via ordinaria – alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in funzione sostitutiva della decisione impugnata.

12. *Doppio grado di giurisdizione di merito ed Costituzione.* – La garanzia del doppio grado di giurisdizione non fruisce di riconoscimento costituzionale. Che ciò sia emerge dai toni dell'art. 111, 7° co., Cost. e dalle indicazioni ricavabili dalle decisioni della Corte costituzionale. Sotto il primo profilo, la specifica disposizione della Carta fondamentale prevede che contro «le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Pertanto, non è a discutersi che l'unico controllo cogente – secondo i contenuti precettivi della Costituzione – sia quello di mera legittimità: infatti, esso risponde «ad un'esigenza di garanzia non soggettiva, bensì oggettiva» e punta a garantire «l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge», in adesione alla funzione nomofilattica attribuita alla Corte di Cassazione dall'art. 65 ord. giud. Sotto il secondo profilo, invece, la Corte costituzionale ha statuito, seppur per *obiter dicta*, che «il doppio grado di giurisdizione, così diffu-

so e tradizionale nell'ordinamento italiano, non è oggetto di un diritto elevato a rango costituzionale» (C. Cost., sent. n. 280/1995) e che «la garanzia del doppio grado di giurisdizione, che peraltro non ha ricevuto riconoscimento costituzionale, non va intesa, ove prevista dall'ordinamento, nel senso che tutte le questioni debbono essere decise da due giudici di diversa istanza, ma nel senso che deve essere data la possibilità di sottoporre tali questioni a due giudici di diversa istanza, anche se il primo non le abbia tutte decise» (C. Cost., n. 316/2002). Sta di fatto, però, che v'è chi ritiene la costituzionalizzazione del principio del doppio grado di giurisdizione, muovendo dalla valorizzazione delle implicazioni che deriverebbero dal considerare l'impugnazione di merito dell'imputato, una modalità di diretta applicazione del diritto di difesa, che è «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» (ex art. 24, 2° co., Cost.). In altri termini, se l'art. 24, 2° co., l. 11.3.1953, n. 87 – rubricata «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale» – sancisce che l'eccezione di illegittimità costituzionale «può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo» e se tale disposizione è «interna» ad un provvedimento legislativo che «contiene... un richiamo esplicito all'articolazione del processo giurisdizionale in più gradi» (SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 139) ed esprime i principi sulle garanzie costituzionali che concorrono a realizzare il modello costituzionale del «dovuto processo», allora dalla disposizione di specie dovrebbe trarsi «fondato argomento per riconoscere finalmente la rilevanza costituzionale del principio del doppio grado di giurisdizione» (SERGES, 139).

### III. PROFILI SOPRANAZIONALI DELLA FACOLTÀ DI IMPUGNARE.

13. *Premessa.* – Scrutinare i profili soprannazionali della facoltà di impugnare non è eludibile. Le ragioni convergenti che impongono



no tale prospettiva sono molteplici. Infatti, da un lato le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti ed il rilievo crescente che ha assunto il c.d. processo penale europeo, anche alla stregua della riconosciuta diretta vincolatività per il giudice interno della giurisprudenza della CEDU; dall'altro lato le indicazioni della l. n. 81/1987 ed i toni univoci dell'art. 117 Cost. per cui «la potestà legislativa è esercitata» anche «nel rispetto... dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», impongono di considerare – chiave di lettura imprescindibile di ogni istituto processuale penale – l'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e delle norme internazionali convenzionali. In altri termini: se «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono... limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano» si conforma «secondo l'art. 10, 1° co., della Costituzione (sentenza n. 48/1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183/1973; 176/1981; 170/1984; 232/1989 e 168/1991)» (C. Cost., sent. n. 73/2001) e se la ratifica delle Convenzioni internazionali in materia di diritti umani determina l'introduzione nell'ordinamento interno dei diritti fondamentali «*aventi natura di diritti soggettivi pubblici*» e comporta «*la sovraordinazione e la natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali e il conseguente obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto*» (C. civ., S.U., 23.12.2005, n. 28507, Centurione Scotto, in *GI*, 2006, 1902, con nota di FURFARO, *Diritti umani e processo penale: le decisioni della Corte europea quali parametri di interpretazione per le norme interne*), allora è chiaro che l'esame della fisiologia del sistema delle impugnazioni penali debba

considerare le regole di riferimento che si ricavano – in genere – dal “diritto comune della libertà” ed – in particolare – dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e dai relativi protocolli addizionali, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e dai protocolli ad esso allegati e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

14. *Impugnazioni penali e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.* – La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali punta ad assicurarne effettività operativa, «rendendo possibile l'esercizio di un controllo internazionale di tipo comunitario, sulle azioni o, comunque, sulle omissioni degli organi statali che, sulla base di serie denunce, possano apparire lesive dei diritti umani e delle libertà fondamentali» (VERRINA, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in GAITO, *Le impugnazioni penali*, 143). In particolare, essa declina un catalogo, prezioso, di posizioni giuridiche attive individuali, che non possono essere violate dagli organi delle «Alte Parti Contraenti» e delinea, avendo previsto l'istituzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, un sistema che assicura la compiuta giustiziabilità dei diritti umani riconosciuti e garantiti dalla Convenzione. Per ciò che attiene, specificamente, alla “relazione ideale” configurabile tra lo specifico Patto internazionale e le impugnazioni penali, essa si risolve nel riconoscimento del «diritto alla fruibilità di un'impugnazione di merito da parte di chi sia stato condannato» (FIORIO, *Profili sopranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, in GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, Torino, 2006, 106) ed alla riapertura del processo definito con decisione irrevocabile, qualora i *nova* in chiave probatoria siano o appaiano idonei a rescindere il giudicato. Vale a dire. La Convenzione *de qua*, come “licenziata” originariamente dagli Stati contraenti, non riconosceva *expressim* il diritto al doppio grado di

giurisdizione in favore della «persona dichiarata colpevole», né – tanto meno – contemplava la possibilità di revisione del processo, qualora «fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale della procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta» (art. 4, 2° co., VII Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali). Infatti, il riconoscimento del «diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale» è avvenuto, «seppur con non trascurabili eccezioni» (Fiorio, 105), dall'art. 2 del VII Protocollo addizionale alla specifica Convenzione, firmato a Strasburgo il 22.11.1984, che ha – per un verso – individuato in favore di «chiunque venga dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale... il diritto di sottoporre ad un tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o la condanna» ed ha previsto – per un altro verso – che «l'esercizio di questo diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere invocato, sarà stabilito dalla legge» e che «tale diritto potrà essere oggetto di eccezioni in caso di infrazioni minori come stabilito dalla legge o in casi nei quali la persona interessata sia stata giudicata in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o sia stata dichiarata colpevole e condannata a seguito di ricorso avverso il suo proscioglimento». A quanto detto, poi, s'aggiunga che – in maniera analoga a quanto avvenuto rispetto al doppio grado di giurisdizione di merito – l'art. 4 del VII Protocollo addizionale, in perfetta adesione con la filosofia da cui esso è permeato, ha riconosciuto che il principio del *ne bis in idem* rientri nel novero dei diritti umani da garantire e che esso non precluda, però, «la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato» qualora esigenze – per così dire – di giustizia, lo richiedano. In chiave di sintesi estrema: le indicazioni promananti dalla Carta dei diritti dell'uomo elaborata in sede di Consiglio

d'Europa consentono di ritenere che il diritto fondamentale dell'individuo ad un processo equo e giusto ben si coniughi con il principio del doppio grado di giurisdizione di merito e di rivedibilità delle decisioni giudiziarie definitive che risultino ingiuste alla stregua dei *nova* probatori ovvero di sopravvenienze regolamentari e di vizi congeniti ed irrimediabili della procedura anteriore.

15. *Impugnazione penali e Patto internazionale sui diritti civili e politici.* – Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, che venne approvato il 16.12.1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ha introdotto nell'ordinamento giuridico interno, accanto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, «un altro complesso di clausole internazionali a tutela delle più elementari esigenze della persona umana» (Chiavario, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in RIDPP, 1978, 465). Esso – per ciò che vale nello specifico – ha preceduto la succitata Convenzione europea in ordine al riconoscimento, in favore del solo condannato, del diritto all'impugnazione della sentenza che ne abbia affermato la penale responsabilità. Infatti, l'art. 14, 5° co., del Patto ha riconosciuto, anteriormente all'art. 2 del VII Protocollo addizionale della CEDU, che «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un Tribunale di seconda istanza in conformità alla legge». Ed ecco il punto. Ponendo idealmente a confronto la disposizione in parola, con la previsione posta dall'art. 2 del VII Protocollo, risalta – all'evidenza – come l'ambito operativo della disposizione del Patto internazionale abbia una latitudine più ampia, in ragione della circostanza che non contempla le eccezioni all'operatività del doppio grado di giurisdizione di merito previste, come possibili, dall'art. 2, 2° co., del VII Protocollo addizionale. Ad ogni modo, in sede interpretativa, non è mancato chi ha escluso che i toni ed i contenuti dell'art. 14, 5° co., del Patto abbiano posto vincoli in positivo, tanto da imporre al legislatore interno l'introduzione

ne di «una garanzia di impugnazione pienamente devolutiva nel merito» (CHIAVARIO, 493): INFATTI, «SEMBRA INNEGABILE... CHE L'IMPUTATO DEBBA POTER FRUIRE DI UNA POSSIBILITÀ DI RIBALTARE (O DI ATTENUARE LE CONSEGUENZE DI) UNA CONDANNA A SUO CARICO; MA PER QUANTO CONCERNE LA DELIMITAZIONE DEI MOTIVI DI GRAVAME E DELL'AMBITO DI COGNIZIONE DEL GIUDICE SUPERIORE», IL PATTO PERMETTE DI RITENERE «ORTODOSSO UN SISTEMA CHE CONSENTA IL “RIESAME” NEL MERITO SOLTANTO A SEGUITO DELL'ESPERIMENTO FRUTTUOSO DI UNA DOGLIANZA CON CUI SI DENUNCIANO VERI E PROPRI VIZI DELLO SVOLGIMENTO PROCESSUALE E NELLA FORMAZIONE DEL CONVINCIMENTO DEL GIUDICE» (CHIAVARIO, 493). IN ALTRI TERMINI, NON APPARIREBBE IN CONTRASTO CON L'ART. 14, 5° CO., DEL PATTO UN SISTEMA CHE PREVEDESSE «UN RIESAME NEL MERITO DI UN GIUDIZIO DI CONDANNA PER DELITTI, SOLAMENTE NELLE IPOTESI DI ACCOGLIMENTO DI UN RICORSO» PER CASSAZIONE «CON IL QUALE SI DENUNZINO VERI E PROPRI VIZI NELLO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E NELLA FORMAZIONE DEL CONVINCIMENTO DEL GIUDICE» (C. COST., SENT. N. 62/1981). PER TIRARE LE FILA DEL DISCORSO: SE L'ART. 14, 5° CO., DEL PATTO HA RAPPRESENTATO IL MODELLO IDEALE DI RIFERIMENTO IN SEDE DI IDEAZIONE E REDAZIONE DELL'ART. 2 DEL VII PROTOCOLLO ADDIZIONALE DELLA CEDU, ALLORA È CHIARO CHE IL CONFRONTO E LA VERIFICA DEGLI AMBITI DELLE DUE PREVISIONI SIA SISTEMATICAMENTE DOVEROSA «PER UNA MIGLIOR MESSA A PUNTO DEL CONTENUTO DELLE GARANZIE ASSICURATE NEL PROCESSO PENALE IN MATERIA DI GRAVAMI» (SPANGHER, *sub art. 2, VII Protocollo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 944).

16. *Impugnazioni penali e Carta di Nizza*. – Non v'è – *rectius*, non pare esservi – una “relazione ideale” diretta tra il tema delle impugnazioni penali e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Infatti, il Capo VI, che è dedicato alla «Giustizia», non reca alcuna disposizione che riconosca, in maniera specifica, in favore di alcuna delle parti processuali – in generale – il diritto

al controllo giurisdizionale avverso le decisioni giudiziarie ed – in particolare – il diritto all'impugnazione di legittimità (analogamente, ad esempio, a quanto statuisce l'art. 111, 7° co., Cost.). Infatti, ed a tacer d'altro, il decalogo di diritti giudiziari inviolabili riconosciuti dalla *Bill of right* dell'Unione europea contempla il «diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» (art. 47), il riconoscimento della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa (art. 48), l'affermazione dei «principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene» (art. 49), così come del «diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» (art. 50). Ciò posto – al fine di scongiurare fuorvianti sviamenti di sistema – va detto che la funzione di garanzia assolta dalla Carta di Nizza va individuata alla stregua del contesto normativo attuale ed *in progress*, anche considerando le decisive indicazioni ricavabili dal Preambolo della Carta medesima. Sotto il primo profilo, infatti, l'art. 6, 2° co., del Trattato sull'Unione europea (TUE) prevede che «l'unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»; sotto il secondo profilo, poi, il Trattato di Lisbona, che introduce modifiche al TUE ed al Trattato che istituisce la Comunità Europea, sancisce – per ciò che nello specifico vale – che l'Unione europea «riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati», che «aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comu-

ni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ed ecco il punto: se la Carta di Nizza delinea un decalogo di diritti "di giustizia" che appare più scarso rispetto a quello contenuto nell'omologa classificazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essa però s'inserisce nell'ambito di un sistema normativo (quello dell'Unione europea) che, non solo è impegnato ad assicurare effettività al paniere dei valori "garantiti" dalla Convenzione di Roma del 1950, ma anche riconosce come propri "principi generali" i diritti che vi trovano consacrazione diretta. Stando così le cose, allora, posto che tra i diritti giudiziari inviolabili rientra, all'evidenza, il diritto al doppio grado di giurisdizione di merito in favore di chi sia «dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale», non è a discutersi che si risolverebbe in un fuor d'opera ritenere l'estraneità, rispetto alle garanzie processuali inviolabili per l'Unione europea, del diritto al doppio grado di giurisdizione di merito in *favor* del condannato in prime cure.

#### IV. LE NOVITÀ LEGISLATIVE IN TEMA DI DISPOSIZIONI GENERALI SULLE IMPUGNAZIONI

17. *Premessa.* – Le novità disciplinari oggetto dei rilievi che seguono, in adesione con l'impostazione di metodo delineata in chiave introduttiva, si risolvono con le modifiche riscontrabili nella trama originariamente delineata dagli artt. 568-592 c.p.p., oltre che con le previsioni aggiuntive che incidono sui temi oggetto di regolamentazione ad opera delle disposizioni succitate. In proposito – a seconda dei casi – le innovazioni rispondono ad un'esigenza di coordinamento con le novità ordinamentali sopravvenute all'entrata in vigore del Codice Vassalli (artt. 570, 582 c.p.p.; artt. 36, 37, 38, 39 d.lg. 28.8.2000, n. 274), con le opzioni di sistema specificamente elaborate in sede di novellatrice (artt. 576, 579, 580 c.p.p.) ovvero soddisfano l'urgenza

di scongiurare il protrarsi di irragionevoli disfunzioni operative (art. 571 c.p.p.).

18. *Novità ordinamentali e disposizioni generali sulle impugnazioni.* – Il tema specifico declina le "manipolazioni" regolamentari subite dagli artt. 570 e 582 c.p.p. che disciplinano, rispettivamente, «l'impugnazione del pubblico ministero» e la «presentazione dell'impugnazione». Sotto il primo profilo, l'art. 200, d.lg. 19.2.1998, n. 51 – rubricato, «Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado» – ha previsto che nell'art. 570, 1° co., c.p.p. venissero soppresse le parole «procuratore della Repubblica presso la pretura» ed ha fatto venir meno, pertanto, la relativa legittimazione ad impugnare. Sotto il secondo profilo, invece, l'art. 582 c.p.p. prevede che le parti private ed i difensori possano presentare l'atto di impugnazione, oltre che nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, anche «nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano». In particolare, i toni della disposizione risultano dagli "interventi" che sull'art. 582 c.p.p. sono stati compiuti dall'art. 201, d.lg. 19.2.1998, n. 51 e dall'art. 45, 2° co., l. 16.12.1999, n. 479, che hanno determinato l'inserimento nell'art. 582, 2° co., c.p.p. – rispettivamente – delle parole «del tribunale» – in sostituzione delle parole «della pretura» – e delle parole «o del giudice di pace» dopo le parole "nella cancelleria del tribunale". Quindi. Il denominatore comune degli interventi incidenti sulle norme procedurali di specie sta in chiare opzioni ordinamentali sopravvenute all'entrata in vigore del Codice Vassalli coincidenti – da un lato «nel venir meno dell'ufficio della procura circondariale» e, quindi, nella «soppressione dell'ufficio pretoriale» (SECHI, *Artt. 200-201 D.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51*, in CHIAVARIO-LUPO, *Commento alla normativa delegata sul giudice unico*, II, Torino, 2001, 192) e – dall'altro lato – nell'avvenuto riconoscimento operativo, anche in favore del giudice di pace, della competenza in materia penale.

19. *Segue: Competenza penale del giudice di pace e fisiologia delle impugnazioni.* – Deli-

neare, con riferimento specifico alle tematiche affrontate dalle disposizioni generali sulle impugnazioni, la fisiologia del sistema dei rimedi impugnativi contemplati nel processo per i reati di competenza del giudice di pace (artt. 36, 37, 38, 39 d.lg. 28.8.2000, n. 274) significa – considerata l'impostazione di metodo segnalata in premessa – cogliere i profili di eccentricità che essa presenta, rispetto alla corrispondente disciplina del codice di procedura penale. Infatti, a mente dell'art. 2, d.lg. 28.8.2000, n. 274 – rubricato «Principi generali del procedimento davanti al giudice di pace» – nel rito in discorso – «per tutto ciò che non è previsto» dal medesimo decreto – «si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale», tanto che rispetto ai «principi di tassatività, all'interesse ad impugnare ed alla conversione delle impugnazioni sono operative le disposizioni generali fissate in materia dagli artt. 568 e ss. c.p.p.» (APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2007, 309). Stando così le cose, allora, le peculiarità disciplinari si risolvono – a prescindere dall'individuazione, quale giudice competente per il giudizio d'appello, del tribunale del circondario in cui ha sede il giudice di pace che ha pronunciato la sentenza impugnata, invece, della Corte di appello (art. 39, d.lg. 28.8.2000, n. 274) – nella generalizzata previsione del ricorso *per saltum* e nel riconoscimento della legittimazione ad impugnare la sentenza di proscioglimento, anche agli effetti penali, in favore del «ricorrente che ha chiesto la citazione a giudizio dell'imputato» a norma dell'art. 21, d.lg. 28.8.2000, n. 274. Da un lato, infatti, il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso immediato per cassazione – rispettivamente – contro le sentenze del giudice di pace (art. 36, 2° co., d.lg. 28.8.2000, n. 274) e contro le «sentenze di condanna del giudice di pace che applicano la sola pena pecuniaria e contro le sentenze di proscioglimento» (art. 37, 2° co., d.lg. 28.8.2000, n. 274); dall'altro lato, invece, l'art. 38, d.lg. 28.8.2000, n. 274 riconosce alla persona offesa rispetto ad un fatto reato procedibile a

querela – che abbia chiesto la citazione a giudizio di colui a cui il *crimen* è attribuito con ricorso immediato al giudice di pace – la legittimazione ad impugnare «anche agli effetti penali» la sentenza di proscioglimento negli stessi casi in cui è ammessa l'impugnazione da parte del pubblico ministero, estendendo e non derogando – per conseguenza – la portata applicativa dell'art. 577 c.p.p. (C., Sez. V, 22.4.2005, in *Mass. uff.*, n. 232589). Tornando al punto di partenza, allora: la fisiologia dei rimedi impugnativi contemplati, rispetto al processo per i fatti reato di competenza del giudice di pace, si segnala, all'evidenza, per l'obiettivo di semplificazione che essa persegue, tra l'altro, in aderenza con i lineamenti costitutivi e finalistici del rito regolato dal d.lg. 28.8.2000, n. 274.

20. *L'incidenza della "legge Pecorella" sulle disposizioni generali sulle impugnazioni.* – L'*imprinting* del lavoro declina la considerazione esclusiva delle conseguenze disciplinari derivanti, rispetto alle disposizioni generali sulle impugnazioni (artt. 568-592 c.p.p.), dalle opzioni di sistema coeve all'ordito delineato dalla l. 20.2.2006, n. 46 – tra l'altro – poste sostanzialmente nel nulla dalla Corte costituzionale (C. Cost., sent. n. 26/2007). Stando così le cose, allora, va descritto, in prospettiva adeguatrice, lo «statuto» dell'impugnazione della parte civile nonché il regime attuale della conversione del ricorso in appello.

21. *Segue: l'impugnazione della parte civile.* – L'ordito disciplinare delineato dal codice Vassalli individuava, rispettivamente, negli artt. 572, 573, 576, 577, 578 c.p.p., le «regole minime» poste – per così dire – «a presidio» dell'impugnazione della parte civile. Segnatamente, il sistema era caratterizzato da alcuni «punti fermi»: il danneggiato – che avesse ritenuto di esercitare l'azione civile in sede penale – era legittimato ad impugnare, «con il mezzo previsto per il pubblico ministero», i capi della sentenza di condanna riguardanti l'azione civile ed, ai soli effetti della responsabilità civile, la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio (art. 576 c.p.p.); solo alla persona offesa costituita



parte civile era riconosciuta la legittimazione a proporre impugnazione, «anche agli effetti penali», contro le sentenze di condanna e di proscioglimento per i reati di ingiuria e di diffamazione (art. 577 c.p.p.); alla parte civile, alla persona offesa (anche se non costituita parte civile) ed agli enti ed alle associazioni intervenuti ex artt. 93, 94 c.p.p. è stata riconosciuta la legittimazione a presentare «richiesta motivata al pubblico ministero di proporre impugnazione a ogni effetto penale», tanto che il pubblico ministero, ove ritenga di non proporre impugnazione, provvede con decreto motivato da notificare al richiedente (art. 572 c.p.p.); l'impugnazione per i soli interessi civili è «proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale» e non sospende «l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento impugnato» (art. 573 c.p.p.); il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare l'estinzione del reato per amnistia e prescrizione, decidono sull'impugnazione «ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili», quando nel grado anteriore di giudizio sia stata pronunciata condanna dell'imputato, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato (art. 578 c.p.p.). Sennonché, l'originaria impostazione codicistica è stata parzialmente modificata dalla l. 20.2.2006, n. 46 che ha soppresso, all'art. 576 c.p.p., ogni riferimento al mezzo di impugnazione previsto per il pubblico ministero – eliminando così “alla radice” ogni collegamento (*rectius*, vincolo di derivazione) tra legittimazione e “modalità” dell'impugnazione della parte civile e del pubblico ministero (art. 6, l. n. 46/2006) – ed ha abrogato espressamente l'art. 577 c.p.p. (art. 9, l. n. 46/2006). Ciò posto, va colta perlomeno la “ragion propria” delle succitate innovazioni regolamentari. Al riguardo, la *ratio* dell'eliminazione all'art. 576 c.p.p. di ogni riferimento al mezzo di impugnazione previsto per il pubblico ministero sta nell'opzione di genere compiuta con la l. 20.2.2006, n. 46, in punto di limitata appellabilità delle sentenze di proscioglimento ad opera del pubblico

ministero ed è l'effetto di un *iter* formativo della previsione, a dir poco, “travagliato”. Infatti, la veste attuale dell'art. 576 c.p.p. e la conseguente elisione di ogni legame tra il potere di impugnazione della parte civile e del pubblico ministero deriva, in maniera diretta, dai rilievi articolati *in parte qua* nel messaggio inviato dal Presidente della Repubblica alle Camere ex art. 74, 1° co., Cost. E si spiega. Il Capo dello Stato – posto che l'originaria versione del disegno di legge A.C. 4604 recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento» non conteneva alcuna norma direttamente incidente sul potere di impugnazione della parte civile e che il limite oggettivo, introdotto per il pubblico ministero, all'appellabilità della sentenza di proscioglimento (art. 1 modificativo dell'art. 593 c.p.p.) ridisegnava comunque, seppur indirettamente, la fisionomia del potere d'impugnazione della specifica parte processuale, proprio in ragione del rinvio contenuto nel previgente art. 576 c.p.p. al «mezzo previsto per il pubblico ministero» – nel chiedere alle Camere una nuova deliberazione, aveva invitato a considerare adeguatamente che «è parte del processo anche la vittima del reato costituitasi parte civile, che vede compromessa dalla legge approvata la possibilità di far valere la sua pretesa risarcitoria all'interno del processo penale» (messaggio del Presidente della Repubblica). Pertanto, la “manipolazione” subita dall'art. 576 c.p.p. è conseguita all'esigenza “dichiarata” di scongiurare che il rinnovato regime in punto di appellabilità della sentenze di proscioglimento ad opera del pubblico ministero – come delineato *ab origine* dall'art. 1, l. 20.2.2006, n. 46 – potesse estendersi anche alla parte civile. Per ciò che concerne, invece, l'eliminazione abolitiva dell'art. 577 c.p.p. – rubricato «Impugnazione della persona offesa per i reati di ingiuria e diffamazione» – che riconosceva, come detto, in favore della «persona offesa costituita parte civile» la legittimazione a proporre «impugnazione, anche agli effetti penali» – anch'essa è l'effetto dei rilievi articolati dal Presidente della Re-

pubblica nel messaggio motivato alle Camere ex art. 74, 1° co., Cost. Specificamente, l'abrogazione della previsione in parola, che conseguì all'introduzione dell'art. 9, l. 20.2.2006, n. 46, è stata determinata dall'accoglimento delle osservazioni del Capo dello Stato, secondo cui la disposizione *de qua* era contraddittoria «rispetto al principio che informa di sé la legge approvata, e cioè l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento». Tornando al punto di partenza, allora: pur non essendo mancate divaricazioni giurisprudenziali ed interpretative, anche – ma non solo – alla stregua delle indicazioni emergenti dai *dicta* della Corte costituzionale, può dirsi che resta ferma, allo stato, la legittimazione della parte civile ad appellare «contro i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile e, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio», così come «contro la sentenza pronunciata a norma dell'art. 442, quando ha consentito all'abbreviazione del rito».

22. *Segue: la conversione del ricorso in appello.* – L'art. 7, l. 20.2.2006, n. 46 ha “manipolato in aggiunta” l'art. 580 c.p.p. – rubricato «Conversione del ricorso in appello» – prevedendo che, qualora contro la stessa sentenza siano proposti mezzi di impugnazione diversi, il ricorso per cassazione si converte in appello «nel caso in cui sussista la connessione di cui all'art. 12». Chiara la *ratio* dell'opzione prescelta: infatti, aver limitato la convertibilità del ricorso in appello al solo caso in cui sia ravvisabile una connessione giuridicamente qualificata tra le posizioni processuali delle parti impugnanti, significa aver ristretto l'operatività dell'istituto della conversione del ricorso ed aver fatto ciò al fine di evitare che venisse posta nel nulla la scelta di sistema compiuta con la l. 20.2.2006, n. 46 (*id est*, introduzione della regola dell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), attraverso il perdurante, generalizzato riconoscimento operativo del meccanismo previsto dall'art. 580 c.p.p. In altri termini, il legislatore ha modificato il presupposto della conversione che – non so-

lo «non è più una connessione formalistica (una sentenza che comunque contenga più imputazioni o si riferisca a più imputati), ma funzionalistica (ci deve essere una connessione tra processi)» – ma soprattutto è oramai «effetto della connessione dei processi e non della formale riunione nella medesima sentenza di imputati e imputazioni» (IACOVIELLO, *Conversione anche per i ricorsi del pubblico ministero*, GDir, 2006, 10, 84). Senonché, l'invalidazione della scelta di sistema compiuta con la l. 20.2.2006, n. 46 conseguente alle pronunce della Corte costituzionale, rende – per così dire – quasi “fuori tempo massimo” qualsivoglia rilievo *in progress* rispetto ad un istituto che – per un verso punta, per tradizione risalente, a garantire l'unità, l'economia e la concentrazione processuale e – per un altro verso tende a scongiurare le aberranti conseguenze che potrebbero derivare dalla coesistenza di più mezzi di impugnazione avverso la medesima decisione, introducendo una deroga all'assolutezza operatività del principio di tassatività delle impugnazioni.

23. *L'impugnazione dell'imputato contumace.* – L'art. 46, l. 16.12.1999, n. 479 ha soppresso il requisito costitutivo della legittimazione ad impugnare del difensore dell'imputato contumace, rappresentato dall'essere «munito di specifico mandato, rilasciato con la nomina o anche successivamente nelle forme per questa previste». Il venir meno della regola in discorso – la cui matrice sistematica andava individuata nelle indicazioni regolamentari poste dall'art. 175 c.p.p. ed, in particolare, in ciò che l'impugnazione proposta dal difensore esauriva per l'imputato la possibilità di ottenere, se contumace, la restituzione in termini per impugnare – ha avuto l'effetto di “unificare” la posizione del difensore dell'imputato (presente, assente e contumace: è lo stesso). Vale a dire. Ai fini della presentazione dell'impugnazione avverso la sentenza contumaciale ad opera del difensore dell'imputato non è più richiesto lo specifico mandato, «di tal che il difensore di ufficio e non più solo quello di fiducia possono impugnare sentenze contuma-



ciali», tanto che può considerarsi risolto il «problema dell'impugnazione della sentenza pronunciata nei confronti dell'imputato contumace irreperibile, non essendo il difensore in condizione di contattare l'appellante per farsi rilasciare, appunto, lo specifico mandato» (MASTROGIOVANNI, *Le modifiche alle modalità di esercizio della difesa*, in KALB, *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, Milano, 2000, 244). Ciò posto, va detto che i rilievi di sistema connessi all'attribuzione di una compiuta autonomia, in favore del difensore dell'imputato, in tema di impugnazione della sentenza contumaciale, sembrano aver trovato eco nell'avvenuta modificazione del 2° co. dell'art. 175 c.p.p., ad opera dell'art. 1, d.l. 21.2.2005, n. 17 (convertito, con modificazioni, in l. 22.4.2005, n. 60): infatti, il legislatore – “sollecitato” anche dalle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – non ha riconosciuto alcun rilievo diretto ed esplicito alla circostanza *de qua*, ai fini dell'accoglimento della richiesta di restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale. Di contro, però, in sede applicativa s'è ribadito che la restituzione nel termine per impugnare è preclusa se il difensore, d'ufficio o di fiducia, dell'imputato contumace proponga impugnazione (C., S.U., 31.1.2008, Huzuneanu). Per tirare le fila del discorso: la semplificazione delle formalità, unita all'atteggiamento “reazionario” sperimentatosi in sede ermeneutica, esigono l'esercizio di sempre maggiori responsabilità strategiche per il titolare dell'ufficio difensivo.

24. *Misure di sicurezza ed impugnazioni*. – L'art. 23, 2° co., l. 16.12.1999, n. 479 ha modificato i toni dell'art. 579 c.p.p., che tratteggia la disciplina delle impugnazioni delle sentenze che dispongono misure di sicurezza. In particolare – per ciò che interessa nello specifico – la previsione in discorso è intervenuta sui contenuti della disposizione codicistica, eliminando ogni riferimento alla sentenza di non luogo a procedere, così che l'impugnazione «anche per ciò che concerne

le misure di sicurezza» è «data» in esclusiva avverso le sentenze di condanna e di proscioglimento. La “ragion propria” dell’“emenda” sta in ciò, che l'art. 23, l. 16.12.1999, n. 479 ha sostituito la precedente versione dell'art. 425 c.p.p. con una disposizione di nuovo conio, che ha sancito, tra l'altro, l'impossibilità per il giudice per l'udienza preliminare di pronunciare sentenza di non luogo a procedere ove ritenga «che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza». Quindi. *La voluntas legis* di evitare, in ogni caso, che potessero essere adottate – all'esito dell'udienza camerale *ex art.* 420 c.p.p. – «pronunce inerenti alla responsabilità ed alla pericolosità del soggetto tutte le volte in cui esse si presentano come presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza» (BENE, 454) – DI CUI COSTITUISCE CHIARA ECO L'ART. 425, 4° CO., C.P.P.) – RINVIENE IL PROPRIO “COMPLETAMENTO” NELLA “MANIPOLAZIONE”, COSÌ OPERATA, DEI CONTENUTI DELL'ART. 579 C.P.P. INFATTI, L'ESCLUSIONE DELL'IMPUGNABILITÀ DELLE SENTENZE DI NON LUOGO A PROCEDERE – «ANCHE PER CIÒ CHE CONCERNE LE MISURE DI SICUREZZA» – CONSEGUE ALL'IMPOSSIBILITÀ, SANCTA *ex lege*, di pronunciare sentenza *ex art.* 425 c.p.p. qualora risultino i presupposti applicativi di una misura di sicurezza, «diversa dalla confisca».

## V. PROSPETTIVE DI RIFORMA

25. *Pensare estremo ed agire accorto*. – Se in chiave evolutiva – in tema di impugnazioni penali – uno degli obiettivi primari corrisponde alla rivitalizzazione del sistema dei rimedi e se tale target va perseguito al dichiarato fine di propiziare l'efficienza dei controlli secondo una prospettiva d'effettività giurisdizionale, allora è ineludibile compiere il tentativo – seppur allo stato senza alcuna pretesa di completezza – di prefigurare scenari più prossimi che futuri. In proposito, un percorso ideale non potrebbe che muovere dalla “svalutazione operativa” del principio di tassatività delle impugnazioni – *che* costituisce il «principio

base per tutta la materia delle impugnazioni penali» (CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, 218) – e dovrebbe correre sul filo della introduzione di meccanismi che permettano di rimediare, con tempestività, a provvedimenti incidentali che risultino decisamente lesivi delle posizioni soggettive delle parti processuali e della valorizzazione applicativa delle regole del giusto processo, anche alle fasi di controllo. Vale a dire. Se ogni opzione normativa rispecchia, all'evidenza, il clima ideale, culturale e storico in cui matura – tanto che v'è un nesso inscindibile tra lineamenti del sistema processuale, fisiologia dell'ordinamento giuridico latamente inteso e periodo storico di elaborazione delle scelte – non è a discutersi che asseconi la prospettiva delineata, sia la circostanza che il principio di tassatività venne “rivitalizzato” dal codice di procedura penale del 1930, espressione operativa di un regime marcatamente autoritario, ma anche e soprattutto l'adeguata considerazione che l'art. 568 c.p.p. non reca, contrariamente a quanto prevedeva l'omologa disposizione del Codice Rocco (art. 190), una regola per cui “i provvedimenti che la legge non dichiara espressamente soggetti ad un determinato mezzo di impugnazione sono inoppugnabili anche se sono connessi con provvedimenti impugnabili”. Ed ecco il punto. Infatti, nel bilanciamento tra economicità, rapidità ed efficienza/effettività dei rimedi impugnativi, va sempre individuato, nel caso concreto, un punto di sintesi, che tenga conto della circostanza che l'ordinamento delinea una serie di meccanismi di controllo al fine di evitare, nell'interesse oggettivo della giustizia, decisioni errate, pur se ne affida la messa in movimento a quei moventi di natura egoistica che animano il concreto agire di qualunque soggetto in seno al processo. Stando così le cose, allora, la questione si risolve nell'immaginare una sorta di “lavorio a pendolo” – che in parte è già in atto, ove si consideri la crescente diffusione applicativa dei mezzi di impugnazione alternativi – in cui l'esperimento del rimedio non sia condizionato dai toni espliciti di una previsione legislativa, bensì solo dalla verifica in concreto della

sussistenza, in capo all'impugnante, di un interesse alla rimozione immediata del provvedimento giudiziario, pur se provvisorio ed interinale, in quanto lesivo di rilevanti prerogative della parte processuale, per così dire, soccombente. In proposito, allora – seppur in prospettiva *de iure condendo* – il principio di immediata rivedibilità delle decisioni giudiziarie potrebbe rinvenire un ulteriore, esplicito, riconoscimento attraverso l'introduzione di un meccanismo di controllo immediato che abbia cadenze, per così dire, analoghe a quelle previste, seppur in un contesto disomogeneo perché sopranazionale, dall'art. 82 dello Statuto della Corte penale internazionale. In altri termini, nulla osterebbe – in chiave generale ed astratta – a che il legislatore istituisca – predisponendo all'uopo i necessari “correttivi” organizzativi ed ordinamentali – un organo deputato al controllo immediato dei provvedimenti giudiziari concernenti questioni idonee a pregiudicare e ad incidere sull'equa e spedita conduzione del processo o sull'esito del dibattimento, purché ciò si realizzi secondo “maniere” rituali che siano tali da scongiurare il rischio che ogni vicenda procedimentale divenga un “focolaio cronico” e sempre che sia assicurato il requisito costituzionale della ragionevole durata del processo. Un ulteriore tassello verso la decisione giusta sta – all'evidenza – nell'auspicabile correzione dell'interpretazione applicativa delle regole codicistiche vigenti. Infatti, se l'obiettivo da perseguire coincide con l'aspirazione a rendere effettiva la giurisdizionalità della fase delle impugnazioni, esso potrebbe essere conseguito attraverso il riconoscimento della completa operatività delle regole del giusto processo, anche nel corso degli incidenti procedimentali deputati al controllo dei dicta che si assumono errati, tra l'altro, in adesione con le indicazioni che promanano sul punto dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Breve. È noto che la rinnovazione del dibattimento (cioè l'assunzione di prove nel giudizio di appello) rappresenti, secondo le cadenze codicistiche, un caso eccezionale che deroga alla *grundnorm* per cui le prove debbono essere raccolte nel giudizio di primo

grado e riesaminate da parte di un giudice superiore e più esperto, nel secondo grado di giudizio; parimenti, è noto che – di fatto – la fase dell'appello si riduce ad una defaticante disamina *ex actis* con la possibilità di rinnovazione probatoria che rimane per lo più a livello di vuoto enunciato normativo, tanto che gli imputati condannati hanno di rado la possibilità effettiva di sottoporre la sentenza al riesame di merito di un giudice di giurisdizione superiore, così come di esercitare in appello il diritto di difendersi provando. Stando così le cose, allora, la *quaestio* si risolve nel riconoscere adeguata considerazione operativa – in sede ermeneutica – al

metodo euristico del contraddittorio per la prova, cui è stata riconosciuta, anche in sede costituzionale, una imprescindibile funzione di garanzia – al contempo, soggettiva ed oggettiva – per assicurare, anche nei giudizi di impugnazione, l'affidabilità ricostruttiva della prestazione giurisdizionale. Per tirare le fila del discorso: la rimeditazione delle impugnazioni penali impone uno sforzo – ideale e costruttivo – estremo, ma esige modificazioni disciplinari e di struttura accorte, affinché siano idonee a temperare adeguatamente i fattori tempo ed efficienza che non sono – all'evidenza – valori assoluti perché vanno sempre considerati in un contesto di garanzie.

## APPROFONDIMENTI

### **Sbatti il mostro in prima pagina: danni visibili ed invisibili della cronaca giudiziaria**

di Raffaella Bonsignori

1. *Il “mostro” nella notizia ed il “mostro” della notizia.* – La buona reputazione, scriveva Shakespeare (SHAKESPEARE, *Otello, il Moro di Venezia*, Atto III, Scena III, Roma, 1990) è un monile inestimabile: chi ruba dei soldi, non ottiene tutto, ma solo qualcosa, impinguando la propria borsa fin tanto che quell'effimera ricchezza non finisca, lecitamente od illecitamente, nelle mani di un altro; ma chi offende l'onore altrui commette il furto più abietto, poiché rende miserabile la vittima senza diventare ricco.

L'uomo, tuttavia, è più fantasioso di quanto il drammaturgo inglese potesse immaginare, tanto che è riuscito, comunque, ad inventarsi un modo per fare soldi anche con la sottrazione dell'onore altrui, ideando la “gogna mediatica” come forma per incrementare la tiratura di un giornale o l'audience televisiva od, ancora, gli accessi pubblicitari in un blog internet!

L'efficace immagine descritta ne *L'Otello*, però, sebbene elisa di una parte, l'inesistente arricchimento, permane in tutta la sua prepotente efficacia ed attualità, poiché, per riduzione eideetica, dell'abietto furto shakespeariano resta l'essenza, ossia il senso del depauperamento profondo, della sottrazione di un bene insostituibile che misura l'offesa originata dalla lesione all'integrità morale dell'individuo (BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987).

Ecco, dunque, che accanto al protagonista della vicenda oggetto dell'attenzione mediatica, ossia il mostro nella notizia, si affianca un altro mostro, quello della notizia: il giornalista, il direttore del giornale, il vice-direttore, l'editore, lo stampatore (art. 596 *bis* c.p.), colui che, riottosamente ignorando il

naturale diritto alla riservatezza di ogni persona coinvolta in situazioni problematiche, o, peggio, di quella *sub iudice*, contro ogni buon senso e contro un'intelligente lettura della legge, pur effettuata (Cass. Pen. n. 46295 del 04.10.2007, in ced 238290), si impossessa della sua vicenda, della sua vita privata, persino della sua famiglia, dando il tutto in pasto ad un pubblico famelico dei problemi altrui, forse come temporanea cura d'oblio rispetto ai propri, e mascherato dietro un malconcio diritto, quello all'informazione, trasformato in serpeggiante interesse per una vita aliena da sé, al di là di ogni concreta esigenza informativa. Ancor più ciò accade quando si tratta di cronaca giudiziaria, quella particolare branca del giornalismo che dovrebbe – e non si pensi casuale l'uso del condizionale – avvalersi di esperti del settore, in grado, ad esempio, di distinguere un'informazione di garanzia od un provvedimento di archiviazione da una sentenza di condanna e di conoscere, quanto meno a grandi linee, il concetto di presunzione di innocenza.

No. È in gioco la sicurezza dei cittadini, non la loro curiosità, risponde il legislatore, risponde la giurisprudenza. Ha finalità pubbliche e sociali l'additare un indagato: potrebbe apportare testimonianze utili – e le indagini a che servono, allora? –; potrebbe contribuire alla sicurezza, allontanando l'indagato dall'universo degli onesti, da tutti coloro che, non bene informati in proposito, rischiano di subire il suo “trattamento delinquenziale”. A fronte di un simile rischio, mi sovviene però, esistono specifici rimedi nel codice di procedura penale: per i reati più rilevanti dal punto di vista sociale esistono diverse misure cautelari, più o meno coercitive a seconda

delle esigenze, poste a salvaguardia della collettività dal pericolo di reiterazione della condotta criminosa. Tutta questa attenzione per il “gazzettino locale” di ottocentesca memoria, dunque, ha ancora un senso in una società moderna, soprattutto a fronte delle garanzie offerte dal processo? Direi di no, a meno che non si voglia implicitamente affermare una parziale fallibilità del sistema penale.

Triste. Davvero triste il modo in cui la presunzione di innocenza cade, vieppiù dal momento che è, oggi, principio ancora più pregnante nel rispetto di un garantismo di matrice accusatoria, cui sono informati sia il codice di procedura penale, sia la stessa Costituzione: quella che veniva definita presunzione di non colpevolezza, infatti, vergando l'accento sul mancato raggiungimento della prova di reità piuttosto che sull'aprioristica certezza dell'innocenza, è ora manifestazione della sicura estraneità al fatto a meno che non sussistano prove contrarie che superino il limite del ragionevole dubbio.

Il problema – si potrebbe pensare – è nella soglia del dubbio, dunque: più alta quella del legislatore costituzionale; decisamente più bassa quella del legislatore ordinario, intento a tutelare in modo sempre più esteso il diritto all'informazione, il diritto di cronaca, trasformandoli in un'esimente (art. 51 c.p.), in un escamotage che escluda la punibilità; e, nel residuo *vacuum* normativo, molto affievolita quella di alcuni giornalisti, in ciò coadiuvati da una parte della giurisprudenza di legittimità, che piega l'interesse privato ad un sereno accertamento giudiziario sotto l'interesse sociale a conoscere i potenziali – *potenziali* – autori di un reato. Che razza di informazione è divulgare i “forse”, i “se”, i “chissà”? Che utilità ne ricava il cittadino? Davvero questo tipo di informazione tutela il processo e la sicurezza pubblica? Davvero la giustizia ne ricava vantaggio? Davvero ci sentiamo più sicuri se possiamo evitare, scansare, ostracizzare dal vivere comune Tizio, sospettato – *sospettato* – di aver compiuto un reato; sospettato, come spesso accade, per imperizia o pigrizia di indaganti dalla facile

inclinazione alla “retata”, di quelle che si fanno perché, così, indagando tutto il mondo, un colpevole, prima o poi, esce fuori senza troppa fatica? Davvero ci sentiamo tutelati da un sistema che sbatte in prima pagina un mostro creato, a volte, da inquirenti convinti che sia passato di moda il saper lavorare con accuratezza?

«*In tema di diritto di cronaca, l'interesse pubblico alla conoscenza immediata dei fatti di grande rilievo sociale, come quelli inerenti, da un lato, alla perpetrazione di reati e, dall'altro, all'attività di polizia giudiziaria, è preminente rispetto al principio (art. 27 Cost.) per cui ognuno deve essere considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia provata in giudizio, siffatta preminenza comportando il sacrificio, entro certi limiti, del diritto alla presunzione di innocenza*» (C. civ., Sez. I, 7.3.1975, n. 841, in *Mass. uff.*, 374219)

Sentenza comprensibile, questa, nel 1975, negli anni caldi di un'Italia stretta nella morsa di piombo del terrorismo. Sentenza comprensibile allora, ma oggi? Eppure l'indirizzo giurisprudenziale non è mutato. In nome dell'informazione è concesso tutto. La cronaca giudiziaria è assolutamente lecita quando anche tratti procedimenti *in nuce*. La secrezione degli atti, però, assume il legislatore nell'art. 114 c.p.p., comporta il loro divieto di pubblicazione anche parziale. *Quid iuris* nel caso in cui se ne descriva il contenuto senza che venga pubblicato il documento? Perché mi sembra di capire che è sui cavilli linguistici e sui limiti che ne derivano che si muove il cursore della libera espressione giornalistica in tema di cronaca giudiziaria. Nell'art. 329, 2° co., c.p.p. è prevista una deroga ai divieti di cui al citato art. 114, ma solo nel caso in cui il pubblico ministero lo ritenga necessario per la prosecuzione delle indagini. Tali norme, a me pare, sono poste a tutela della correttezza delle indagini e, più in generale, dell'intero processo e dovrebbero comportare una compressione della libertà di stampa (RUELLO, *Segreto di indagine e diritto di cronaca*, in *GP*, 1991, III, 602).

Ebbene, quand'anche non si voglia tenere in conto alcuno il diritto del singolo alla riservatezza – pur, in dottrina, giustamente evidenziato (MENDOZA, *Divieto di pubblicazione di atti e beni giuridici tutelati*, in CP, 1995, 681) – perché non tutelare l'interesse pubblico ad un procedimento non inquinato dall'eco giornalistica (GIOSTRA, *Processo penale ed informazione*, Milano 1989)? Continuo a non trovare adeguata risposta, tuttavia, nella giurisprudenza:

*«una volta venuto meno l'obbligo del segreto secondo le previsioni dell'art. 329 c.p.p., non vi è limite alcuno alla pubblicazione e diffusione dell'atto del procedimento, così consacrando il diritto di cronaca su di esso, nel segno di un apprezzamento della prevalenza dell'interesse collettivo alla conoscenza delle vicende processuali e del controllo sociale della loro gestione, essenziale in un assetto ordinamentale ispirato a principi democratici»* (T. Milano, 15.6.1994)

Mi sovengono lontane analogie.

Nel 1892, a Fall River, nel Massachussetts, il processo a Lizzie Borden, accusata del duplice omicidio dei suoi genitori, fu uno dei primi e più eclatanti casi di giustizia mediatica, in cui il clamore giornalistico non si limitò a “sbattere il mostro in prima pagina”, ma influenzò la giuria, tanto che il verdetto del giornale locale, il New York Recorder, emesso sulla base dei giudizi espressi dai cittadini più influenti del luogo, cui erano stati sottoposti i documenti del processo, precedette quello della giuria, che si uniformò ad esso (BONSIGNORI, *Aggressività istintuale e fascino del crimine: le spinte motivazionali generate dalla divulgazione dei reati omicidiari*, in *Rass. it. crim.*, 2004, 143). Ecco, quindi, che l'effetto rimbalzo è grave quasi quanto quello principale: anche la giustizia viene colpita. I giudici, i pubblici ministeri, i testimoni, i consulenti ed i periti non sono, certo, in clausura: vedono la televisione, ascoltano la radio, leggono i giornali, vengono inevitabilmente influenzati.

La cronaca giudiziaria, quando non correttamente arginata, fa due vittime, dunque: il sistema ed i protagonisti della vicenda *sub*

*iudice*. E ciò a prescindere dalla concretezza che il procedimento abbia assunto. È sufficiente, ad esempio, che una persona, soprattutto se variamente famosa, sia sentita come informata sui fatti, per finire sui giornali, accanto, come spesso accade, a notizie varie sulla sua vita, sui suoi parenti, sulle ideologie di elezione e quant'altro, in tal modo creando inevitabilmente simpatie ed antipatie, parvenze di pregiudizi in tutti i fruitori del messaggio mediatico, ivi compresi gli operatori del diritto chiamati a pronunciarsi su quello specifico caso; ed ecco che, neppure indagato, quell'individuo comincia a franare verso il centro di un'arena affollata di leoni curiosi, in grado di dilaniare ogni falange della sua vita privata.

Incredibile come, ancora oggi, si parli di “vita privata”, quando di privato non c'è più molto, in giro! Videosorveglianze varie, intercettazioni telefoniche a largo spettro, controlli telematici leciti da parte delle Autorità ed illecite interferenze in sistemi informatici da parte degli hackers, vendita in internet di attrezzature per spie dilettanti (sic!), informazioni vere e false immesse nel circuito telematico oltre ogni concetto di privacy, processi mediatici... Il cittadino “globalizzato” è sotto stretta sorveglianza. Il ruolo che nel Medioevo aveva Dio, sotto il cui occhio onnisciente riposava la vita di ogni individuo, oggi è stato usurpato dall'Uomo Tecnologico e dalle deduzioni giornalistiche costruttrici di verità parallele. In un simile contesto il Giudizio Universale è stato vilmente parcelizzato in innumerevoli giudizi terreni imbrigliati nelle più disparate reti di controllo, rotolati, per moto indotto o per inerzia, nei corridoi della Procura della Repubblica, fuoriusciti di lì non si sa bene da quali canali e compiutamente formati dai mass-media, da autori di articoli nei quali l'innocenza assume via via diversi connotati a seconda della rispondenza ai canoni prefissati dai Signori del Controllo Occulto, prima, dai Signori Diritto, poi, e dai Signori della Notizia, infine.

L'uomo di Michelangelo, l'uomo-corpo in attesa di una parola di Dio che gli consenta di resuscitare, che gli eviti di bruciare in eter-



no tra le fiamme infernali, è l'uomo-cittadino di oggi: testa bassa, spalle ricurve sotto il peso dell'occhio elettronico e del giudizio mediatico; impossibilitato a reagire, incapace di uscire dalla spirale di verità fittizie che gli si attaccano addosso, lo imprigionano, lo soffocano. È un uomo distrutto anzitempo, perché gli è sottratta persino la speranza della Grazia e del Perdono, prerogativa del giudizio di Dio, non di quello umano. La tensione drammatica dei volti raffigurati nella Cappella Sistina si è trasformata in sdegno e rassegnazione: sdegno per l'ingiusto dolore, rassegnazione per la carente tutela offerta dal sistema.

È il 1996. Un procuratore di Biella indaga Gigi Sabani, noto showman ed imitatore della televisione italiana, per induzione alla prostituzione. Un reato particolarmente infamante. L'accusa pesa su Sabani come un macigno. 13 giorni di custodia cautelare in carcere ed un calvario di un anno di indagini durante il quale perde i migliori contatti lavorativi, perde amicizie, perde la dignità. Il suo volto sorridente e luminoso si affaccia dai giornali accanto ad articoli allarmanti.

La sua famiglia si stringe attorno a lui con tutto l'affetto di cui è capace. Un affetto immenso, protettivo, meraviglioso, situato nell'unico posto in cui può trovarsi quando è autentico e sincero, nel cuore; il cuore della sorella, della compianta madre, del figlio... E sì che neanche loro vengono risparmiati dal ciclone mediatico. Vogliamo immaginare, ad esempio, che impatto emotivo può aver suscitato una simile notizia nel figlio allora adolescente, che, quotidianamente, doveva affrontare quello che i suoi amici, i suoi compagni di scuola, i suoi professori leggevano del padre? Nell'art. 16 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo si legge: «nessun fanciullo può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie od illegali nella sua vita privata»; l'art. 8 della Convenzione europea afferma: «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare».

Forse che *ogni persona*, è traducibile solo con *ogni persona che non abbia la sventura di avere un familiare indagato di reato?*

Conoscevo Gigi; eravamo amici. Non abbiamo mai smesso d'esserlo. Lo vidi disintegrarsi sotto quelle accuse. Certo, ferveva, in lui, il fuoco della verità calpestata, tradita, derisa, dimenticata; ferveva la forza della disperazione tradotta nel desiderio di affermare la propria estraneità a quei fatti, ma le energie dell'innocenza venivano, comunque, giorno dopo giorno, fiaccate dall'incomprensione, come sarebbe stato per chiunque. Il giornalismo giudiziario italiano ruotava attorno alla sua presunta colpevolezza e non era lasciato spazio alcuno al suo desiderio, comprensibile ed autentico, di urlare al mondo la propria innocenza: spazi per lui, sui giornali e nei programmi TV, tanti; spazi per la ricerca della verità pochi, quasi nessuno.

Il carosello impazzito delle accuse, delle ipotizzate condotte, degli inesistenti eventi che avevano innescato la gogna mediatica per Gigi terminarono nel febbraio 1997 con l'archiviazione della notizia di reato, rivelatasi infondata. Sabani non era stato neppure processato, ma per un anno aveva subito la peggiore delle condanne! Gli fu concessa una modesta riparazione per l'ingiusta detenzione. Nessun risarcimento, invece, dai giornalisti che si erano riempiti le tasche sfruttando il suo volto e la sua notorietà; dipingendo il mostro; sguazzando dentro una storia torbida inventata per sete di facile fama; esponendo un uomo e tutta la sua famiglia ad un dolore inenarrabile per quella costruzione accusatoria tirata su anche grazie al contributo narrativo di una sua *ex* fidanzata che è poi diventata la moglie del pubblico ministero indagante.

Non c'è spazio per il raggiungimento di un titolo risarcitorio, afferma la legge ed interpreta la giurisprudenza. Quando le notizie arrivano dalla Procura della Repubblica, non richiedono ulteriore conferma di veridicità e presuppongono la buona fede del giornalista:

*«La cronaca giudiziaria è lecita quando venga esercitata correttamente, limitandosi a diffondere la notizia di un provvedimento giudiziario in sé, specie ove adottato nei confronti di persona investita di pubbliche funzioni, ovvero a*



*riferire o commentare l'attività investigativa o giurisdizionale*» (C. pen., Sez. V, 2.6.1998, n. 8031, in *Mass. uff.*, 211635)

Ed ancora.

L'interpretazione giurisprudenziale è stata estesa fino alla tutela dello "scoop": in nome della rapidità con cui il giornale decide che deve essere pubblicata la notizia, infatti, si può sacrificare la verità:

*«In tema di diffamazione a mezzo stampa, il concetto di cronaca presuppone la immediatezza della notizia e la tempestività dell'informazione, così che l'esigenza della velocità può comportare un sacrificio, in nome dell'interesse della notizia, dell'accuratezza della verifica della sua verità e della bontà della fonte»* (Cass. Pen. Sez. V, 15.12.2005, n. 8042, in *Mass. uff.*, 233403)

Il baluardo per eccellenza, dunque, è il diritto di cronaca: dietro di esso tutto è lecito e tutto è legittimo.

Questo è nascondersi dietro un dito, dico io. Questo è legittimare una diffusa incursione mediatica nella vita delle persone. Questo è vanificare il senso delle indagini preliminari che, in virtù del buon funzionamento della giustizia e – perché no? – della presunzione di innocenza, non dovrebbero essere divulgate finché non siano concluse o –preferirei – finché non subentri una sentenza, un provvedimento, cioè, emesso da uno o più giudicanti, valutate tutte le prove nel contraddittorio tra le parti.

Sui giornali "l'innocenza fino a prova contraria", "l'innocenza oltre ogni ragionevole dubbio", spesso assume i connotati di una colpevolezza malamente sottaciuta.

Peccato, però, che la soglia del dubbio dovrebbe – altro condizionale! – essere affiancata da una corretta applicazione della legge. La legge...

Ne esistono tante. Il nostro legislatore ha sempre manifestato una forte tendenza bulimica, in questo senso. Ne esistono di differente rango: norme costituzionali, norme ordinarie, regolamenti. Norme che si affiancano, che si completano a vicenda, a volte, ma anche norme che si contrastano l'una con l'altra, che tutelano interessi opposti, che

abitano gli stessi spazi in tempi differenti, direbbe un fisico quantistico. Quale assumere a realtà? Quale applicare in questo tempo? Nel "qui ed ora" giuridico il cui epicentro dovrebbe – ormai i condizionali non si contano più – risiedere nel principio di legalità e di certezza, nel principio di eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge? E, soprattutto, qual è il confine definitorio dell'onore, di cui si sta indagando la tutela giuridica?

2. *Il concetto di onore: dal senso proprio al significato giuridico.* – Diderot, parlando dell'*abuse des mots*, descriveva il linguaggio come una superficie su cui si rispecchiano cultura e personalità, talché il significato è sempre legato ad una commistione esegetica sociale e personale. Partendo da tale immagine, che mi trova concorde, ritengo che la norma, così come l'oggetto da essa tutelato, trovi nell'analisi del linguaggio e del significato la sua necessaria premessa.

Se indagati da un punto di vista puramente filologico, onore, reputazione e decoro, come la maggior parte dei concetti dotati di un'ampia attitudine di adattamento a molteplici varianti espressive, assumono una struttura proteiforme: contengono, infatti, numerose variabili di significato, adattandosi all'uomo in tutte le diverse esplicazioni della personalità e non sempre appare agevole tracciare confini precisi che delimitino un così vasto compendio di sentimenti umani, riuscendo a ridurre le parole all'espressione pura dei fatti atomici di Wittengstein, quei fatti, cioè, che compongono la struttura dell'universo conoscibile (WITTENGSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Torino, 1968).

A rendere meno evanescenti i confini definitivi, tuttavia, interviene la convenzione linguistica propria del sistema giuridico, realizzata mediante una corretta *calibrazione*, ossia la messa a punto di un insieme di regole volte a stabilire la soglia concettuale di un termine nell'uso che risulta efficace all'interno di un dato sistema. In tal senso il c.d. *one-upmanship* (POTTER, *One-upmanship*, Harmondsworth, 1947), l'intervento autoritario posto tanto a risoluzione delle caratterizza-

zioni linguistiche personali, quanto della conoscenza degli universali e dell'impegno ontologico che ne comprime la significazione complessiva (SEARLE, *Atti linguistici*, Torino, 1992), crea una "metodologia di comunicazione" e convenzionalmente, rende al segno come al fonema un senso del tutto particolare, limitato alla rappresentazione degli interessi meritevoli di tutela nell'alveo sistemico in cui si ragiona.

Emblematica in questo senso è la *reductio ad absurdum* apprezzabile nel dialogo tra Humpty Dumpty ed Alice nel paese delle meraviglie, nell'omonima opera di Carroll, esempio-chiave per la filosofia del linguaggio contemporanea (WATZLAWICK – HELMICK – BEAVIN – JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi, delle patologie e dei paradossi*, Roma, 1971): «Quando io uso una parola disse Humpty Dumpty in tono alquanto sprezzante, questa significa esattamente quello che decido io ... né più né meno.

Bisogna vedere, disse Alice, se lei può dare tanti significati diversi alle parole.

Bisogna vedere, disse Humpty Dumpty, chi è che comanda ... è tutto qua» (CARROLL, *Alice nel Paese delle Meraviglie*, Novara, 1985).

Orbene la norma è la quintessenza dell'espressione di un comando, talché il senso che offre alle parole, se non autoritariamente diverso da quello proprio, quanto meno è limitato alla rappresentazione degli interessi meritevoli di tutela nell'alveo giuridico.

Pertanto, dal momento che la norma nasce quale estrinsecazione del potere di una istituzione – in questo frangente lo Stato –; che il linguaggio dell'istituzione è un linguaggio dotato di caratteristiche proprie – non a caso *στέι* è un etimo riconducibile sia ad istituzione che ad epistemologia –; e che, nella sua stessa struttura logica, composta da un frastico descrittivo ed un neustico prescrittivo, la norma manifesta l'autorità dell'organo promanante, è naturale che il legislatore, per il migliore intendimento del fruitore del proprio messaggio, su cui vigila il principio di legalità, prefissi una definizione terminologica ristretta, senz'altro più idonea alle esi-

genze di completezza e di certezza rispetto a quella che possa dedursi da un uso linguistico comune (TARELLO, *Diritto, enunciato, usi*, Bologna 1974). Ne sono esempio i meccanismi presuntivi, che affidano ad un fatto una spiegazione convenzionale non sempre rispondente ad una realtà statisticamente maggioritaria; spiegazione che, tuttavia, la legge – non richiedendo spesso una prova, se non a contrario, con conseguente inversione dell'onere probatorio (PATTI, *Probativo e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in RDC, 2001, I, 475) – assume a regola, distanziando, così, la previsione normativa dal senso comune, pur sostanzianandola di significato rispetto al principio di uguaglianza. Il fenomeno non è isolato, anche se non è sempre individuabile in modo macroscopico (sulla potenzialità definitoria del linguaggio legislativo si veda l'interessante ed esauriente opera di BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, Milano 1979).

In particolare, nel linguaggio normativo si usano i termini onore, reputazione e decoro con l'intento di focalizzare l'attenzione solo su alcune caratteristiche che evidenziano l'essenza del bene giuridico cui ricollegare un corretto regime di tutela.

3. *La tutela dell'onore.* – La tradizione penalistica ha fornito i maggiori contributi, potendo ragionare, dapprima in tema di diffamazione, di contumelia e di "libello famoso" – particolare figura di ingiuria, che probabilmente trae origine da alcuni scritti di Archilocho (724 a.C.), i cui versi, fortemente critici, spesso condussero addirittura al suicidio –, e, quindi, in tema di ingiuria e diffamazione (artt. 594-595 c.p.), in entrambi i casi avendo presente un limite netto nella individuazione del concetto di onore, limite fornito dall'antonimo sanzionato. Un simile effetto definitorio a contrario non meraviglia. Ha precedenti antichi. Nel vocabolario degli egizi d'epoca dinastica più arcaica, ad esempio, esistevano molte parole che avevano due significati, l'uno contrario all'altro, e molte altre composte da due termini contraddittori che, uniti, esprimevano un unico significato, quel-

lo proprio del primo termine. Questa apparente illogicità rivela una profonda verità ermeneutica: un concetto, soprattutto quando dotato di un elevato grado di astrazione, ricava il proprio significato anche in via comparativa dall'opposto terminologico (ABEL, *Dissertazioni linguistiche*, Berlino, 1885).

Tuttavia, nonostante lo strumento dogmatico che si ricava da un simile tentativo di determinazione significativa del concetto di onore sia particolarmente utile in linguistica, appare del tutto inadeguato rispetto alle più ampie prospettive sia del diritto civile, che del diritto penale (ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione*, in *Digesto priv.*, XIII, Torino, 1995). E la problematica definitoria, dunque, permane.

L'estrema relatività che contraddistingue, *la-to sensu*, il concetto di onore, infatti, desumibile prevalentemente dalle citate norme che contemplano i reati di ingiuria e diffamazione, non rende per nulla facile una sua riduzione normativa globalmente intesa, o, meglio, non abbatte tutti gli ostacoli interpretativi, dando adito piuttosto ad una febbrile attività ermeneutica ed a svariate discettazioni, decodificazioni e letture da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Nel mare magno dei tentativi classificatori si ritiene opportuno, però, distinguere essenzialmente due indirizzi, quello fattuale e quello normativo, anche se non sono mancati orientamenti intermedi che abbiano tentato una mediazione tra i due (LIOTTA, *Onore (Diritto all')*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980).

Il primo (SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano 1961; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano 1959; VERCELLONE, *Personalità (Diritti della)*, in *Nss. dig. it.*, XII, Torino, 1965) legge nell'onore il "sentimento" della dignità, per dirla con il Carrara (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Lucca, 1873), parcellizzandone il contenuto in singoli fatti, a seconda del rilievo interno od esterno che assume tale sentimento. Al termine onore, pertanto, corrisponde la consapevolezza del valore delle proprie qualità

morali (profilo soggettivo); alla reputazione il riflesso di quel valore nel pensiero altrui (profilo oggettivo) – cui, peraltro, vanno ad aggiungersi i concetti di prestigio, attinente alla pubblica funzione esercitata, di fama e di credito, ossia di reputazione consolidata e sua influenza nella gestione dei rapporti economici (MENESINI, *La denigrazione*, Milano 1970; ALPA-BESSONE-BONESCHI-CAIAZZA, *L'informazione ed i diritti della persona*, Napoli 1983; CATAUDELLA, *Dignità, decoro ed identità personale*, in *DF*, 1985, 574; FERRARA, *La pari dignità sociale*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano 1974) –; mentre nel decoro sono racchiuse tutte le altre qualità personali di cui un individuo "si fregia", "si adorna", raccogliendo queste immagini del ruolo esornativo del termine dall'etimologia aristotelica (ARISTOTELE, *Ars Retorica*, in *Aristoteles Opera Omnia Graece et Latine cum Indice*, Paris, 1878), ed ancor più da quella francese, cui sono riconducibili tutte le derivazioni terminologiche applicabili alle belle arti (decorazione, decorativo, ecc.).

Il secondo, invece, disegna l'onore come un sentimento, individualizzando in modo eccessivo la definizione giuridica dello stesso, al punto che non prospetta tutela alcuna per le persone che, secondo un approccio fasullo della emotività, non sembrano in grado di patire l'offesa al sentimento d'onore, percependo il senso e la misura della lesione dello stesso (minori, od incapaci di intendere e di volere, ad esempio); orientamento di pensiero, questo, assolutamente non condivisibile e del pari rifiutato nell'interpretazione giurisprudenziale prevalente:

«Ai fini della configurabilità del reato di ingiuria, non è necessario che il soggetto a cui le espressioni offensive vengono rivolte sia in grado di percepirle ed in effetti le percepisca. Ciò in quanto l'oggetto della tutela penalistica va individuato in termini più ampi, nel valore della dignità umana in quanto tale, ed è dunque irragionevole escludere dalla protezione i soggetti incapaci» (C. pen., Sez. V, 25.2.1999, n. 2486, in *Mass. uff.*, 212722).

Per concludere i brevi cenni sulla criticata tesi normativa, è ovvio che, nel sentimento

dell'onore, in tal senso inteso, si debba riscontrare un valore. Un sistema di valori, però, richiede degli strumenti di comparazione per stabilire i limiti entro i quali quel valore assuma rilevanza. Il nodo da sciogliere, dunque, sta nell'individuare i parametri corretti. Tre i principali orientamenti che si sono formati in proposito: quello morale, quello sociale e, dalle ceneri dei primi due, quello individuale.

L'orientamento "morale" identifica il valore della persona con il più ampio concetto di dignità, palesando, così, una visione tendenzialmente eticizzata del diritto, benché contenuta dalle influenze kelseniane radicate nell'universo giuridico contemporaneo (KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952). In tal modo delineato, tale valore, potrebbe non essere universalmente riconoscibile, o, comunque, valevole *erga omnes*, come, invece, i fautori della teoria normativa vorrebbero:

«se, infatti, si sostiene che l'onore è subordinato all'adempimento degli obblighi morali, ne consegue che già il titolare del bene giuridico, oltre all'eventuale offensore, può diminuire il proprio onore, non comportandosi in modo corretto» (MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna 1993).

Vieppiù, in tal modo si potrebbe cancellare del tutto l'ipotesi di una tutela della cattiva reputazione, a volte ammissibile, invece, soprattutto quando, in qualche modo, sebbene reietta dai più, contraddistingua il soggetto e sia da questi voluta (GARUTTI, *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padova 1985). In buona sostanza, per i puristi dell'orientamento etico potrebbe prospettarsi impossibile non solo una tutela del disonore – concetto di cui si riconosce, in fondo, un impatto morale tanto forte da non poter sempre generare accettazione –, ma anche una lesione all'onore delle persone moralmente disistimate, la qual cosa sembra assolutamente fuori da ogni prospettiva logica [VIARO, *Onore (dir. pen.)*, in *Nss. dig. it.*, IX, Torino, 1965].

Tali considerazioni, peraltro, conducono

ad una concezione interna e soggettiva del bene morale, pari a quella fattuale.

L'orientamento "sociale", invece, accomuna all'onore un insieme di requisiti ideali improntati ai dettami del vivere sociale così come stabilito dallo Stato (BATTAGLINI, *Il bene dell'onore e la sua tutela penale*, in *RP*, 1916; MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma 1953), a rischio di un pericoloso degradamento concettuale, però, come accadde, ad esempio, nel periodo del nazismo, ove la mancata integrazione sociale esclude la tutela dell'onore (DAHLM, *Der Srafrechtliche Ehrenschatz der Familie*, in *Juristische Wochenschrift*, 1936, 2498), cosa che riporta anche questa corrente di pensiero ad una alea definitoria non dissimile a quella che emerge dalle critiche mosse alla concezione fattuale.

Data la vaghezza dei risultati ottenuti ragionando in termini morali e sociali, si è tentata, infine, una "individualizzazione" del concetto di onore, quale segno distintivo caratterizzante l'autonomia della persona; costruito teorico, quest'ultimo, che, però, sembra si attagli più ad una tutela giuridica di stampo civilistico, che ad una penale, per sua natura improntata in modo certo su canoni generali ed oggettivi – tanto che, quale espediente processuale deflativo, è prevista la perseguibilità a querela di parte, che, non modificando i canoni di valutazione dell'illecito, necessariamente oggettivi, mitiga comunque l'automatismo repressivo, innestando nel sistema la volontà privata di persecuzione dei reati di ingiuria e diffamazione – (MUSCO, *Onore formale ed onore reale come oggetto di tutela*, in *AA.VV.*, *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa*, Milano 1979).

Il lavoro eseguitico sulla norma sostanziale, naturalmente, non può prescindere dal dettato costituzionale. La *Drittwirkung*, ossia la "costituzionalizzazione" del diritto (PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979) si può dire frutto di un processo di adattamento e di osmosi concettuale, teso ad un concreto accostamento funzionale dei due ordini normativi.

La Costituzione, in buona sostanza, è una

realtà giuridica che non solo informa e si conforma alle norme ordinarie, ma aiuta l'interprete a leggerle ed applicarle correttamente. Ancor più in tema di tutela dell'onore, laddove la mancanza di una esplicita norma costituzionale, dovrebbe cementare i due sistemi in modo tale da ricavare una lettura combinata, ermeneutica e non analogica, delle norme, colmando l'evidente lacuna. Credo illusorio: ancora oggi si discute da quale norma siano ricavabili i principi costituzionali in tema di tutela dell'onore e se debba essergli concessa tutela costituzionale. Dire "diritti inviolabili della personalità" non significa, infatti, interessarsi precipuamente di onore e reputazione, dal momento che gli attributi morali della personalità sono ricavabili da norme di più ampio respiro. Il passo da compiere è leggermente più lungo e concerne sottili profili ermeneutici (MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983), ma non si può, certo, prescindere dall'art. 2 Cost. (DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1982; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1982), soprattutto per l'ampiezza della previsione in cui è possibile riscontrare tutela anche relativamente ad aspetti della personalità non indicati *expressis verbis* [BESSONE-FERRANDO, *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983; MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, *ibidem*]. Del resto, se così non fosse, la norma, privata del suo carattere "compromissorio" utile ad un'estensione paritetica rispetto ai fruitori del messaggio normativo (FERRI, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Diritti fondamentali dell'uomo*, Milano, 1977), suonerebbe come un pleonismo in riferimento a tutte le altre norme che trattino in modo precipuo le fattispecie ivi richiamate (ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985; la lettura estensiva, peraltro, è confermata anche dai lavori preparatori, spesso fondamentali per una migliore interpretazione, come evidenziato da PIERANDREI, *Scritti*

*di diritto costituzionale*, Torino, 1965). Tuttavia l'onore è principio ricollegabile anche alla pari dignità sociale ed all'uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, laddove, non rilevando distanze sociali di sorta, si viene a creare una generale "indifferenziazione", in cui possono farsi rientrare anche l'onorabilità ed il decoro (CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972); sia, ancora, a quello della libertà di pensiero *ex art. 21 Cost.*, ove la tutela dell'onore è delineata *a contrario*, sulla base, cioè, di quello che è lecito divulgare in virtù della sua stessa natura, della percezione ontologica del pensiero, cui, nell'evoluzione normativa, si sono affiancate ulteriori norme a difesa del diritto all'informazione, del diritto di cronaca, persino del diritto di critica e di satira (MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte Costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali*, in *RIDPP*, 1966, 657).

Ecco, dunque, che quella che abbiamo descritto come una tutela generalizzata della personalità si dicotomizza in due differenti tutele, paradossalmente opposte, laddove onore, decoro e riservatezza, diritti della personalità di rango antico, possono legittimamente essere messe in pericolo dalla diffusione, su scala nazionale ed internazionale, di notizie lesive, fantasiosamente definite come manifestazione di un pensiero libero da parte di un operatore mediatico.

A mia modesta opinione non si vede come la tutela costituzionale relativa alla libertà di pensiero, possa legittimamente coprire ogni espressione di cronaca. Il pensiero, così come costituzionalmente garantito e giustamente tutelato, presuppone un compendio di opinioni, di elaborazioni affatto personali, di manifestazioni delle idee di un *cogitans*; mai, al contrario, dovrebbe essere svilito e ridotto alla mera trascrizione, peraltro spesso parziale ed inesatta, di atti o di *verba volantes*, tesi a screditare l'immagine di un individuo: simili resoconti nulla aggiungono ai fatti e non assomigliano, certo, all'esito di un *iter* logico definibile pensiero!



Mettere ordine nella materia in esame non è poca cosa, dunque, dal momento che gli stessi strumenti normativi risultano carenti e contraddittori. Vale la pena, tuttavia, denunciarle, tali contraddizioni. Esplorare la materia quel tanto che consenta di ridimensionare il diritto di informazione, il diritto di cronaca, di soppesare adeguatamente il valore dell'onore, della reputazione e del decoro di una persona, con il "diritto" esteso di esternare notizie degli altrui affari pendenti ad una massa indistinta di estranei, senza attendere che la giustizia faccia il suo corso. Privacy contro informazione; riservatezza contro cronaca; onore, reputazione e decoro contro espressione di un'idea *ab externo* costruita.

Le regole in tema di libertà di stampa, oltre che dalla Costituzione, sono desumibili, principalmente, dalla l. n. 69/1963 (c.d. Legge Professionale), dalle carte di autoregolamentazione di categoria (la Carta di Treviso e la Carta dei doveri del giornalista), dal d.lg. n. 196/2003 (Testo Unico sulla Privacy).

In base al compendio normativo specifico, al giornalista si impone:

- il rispetto della verità oggettiva della notizia pubblicata;
- il rispetto dell'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (c.d. pertinenza);
- il rispetto della correttezza formale nell'esposizione (c.d. continenza);
- il rispetto dei basilari principi di lealtà e buona fede;
- il rispetto della verifica della fonte.

Il sovrapporsi dell'abduzione al sillogismo, per cui una premessa minore falsa o non verificabile produce una conclusione del pari falsa o non verificabile, dovrebbe indurre a muoversi, dunque, con grande cautela nell'universo della divulgazione di fatti potenzialmente lesivi dell'altrui onore:

*«l'abuso della libertà di informare non gode di tutela costituzionale»* (GIOSTRA, CIT.)

Ma v'è di più.

Sulle difficoltà finora brevemente valutate in merito alla circoscrizione del concetto di onore quale bene giuridicamente tutelato, va, infatti, ad incidere un fattore supplemen-

tare. Stiamo parlando della variabile tempo, che non risparmia di continui aggiustamenti logici neppure l'universo delle norme, insinuandosi, per il caso in esame, nell'equazione del significato convenzionale di onore e nella sua materiale trattazione giuridica.

Una corretta interpretazione terminologica in tema di offesa all'onore non deve solo tenere conto del suo concetto astrattamente ricavabile dal significato intrinseco delle singole espressioni offensive, ma considerare queste in relazione all'evoluzione del costume, del pensiero e del linguaggio quotidiano in senso lato inteso, ossia nella sua espressione verbale come in quella gestuale. Del resto anche la Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare come espressioni «non del tutto castigate», ma comunque entrate nell'uso comune, non costituiscono un'offesa penalmente censurabile (VOENA, *La relatività dell'ingiuria in giurisprudenza ed in dottrina*, in *GL*, 1979, II, 301).

4. *Evoluzione dello stile di vita, evoluzione delle offese e dell'offensività. Progressiva privatizzazione della lesione all'onore.* – La vita cambia. Sembra un vecchio monito trasmesso da nonni a nipoti ed, in parte, lo è, tutto sommato. La vita cambia e cambiano le abitudini dell'animale-uomo che si adatta a sempre nuove tracce biologiche, a nuove esigenze sociali, economiche e religiose. Cambiano, pertanto, le abitudini, le interazioni sociali, le scale di valori; e, naturalmente, cambiano le offese, o, meglio, l'offensività di alcune condotte.

Si prenda, ad esempio, l'atto di sfiorare l'altrui volto con un guanto, sufficiente ad integrare l'immagine di uno schiaffo, il cui potenziale lesivo non è racchiuso nella percossa, ma nell'onta, nella ferita dell'orgoglio, nella sfida diretta al proprio onore. Oggi troverebbe difficile tutela giurisdizionale chi volesse adire le vie legali per una simile offesa, ma, in epoche passate, era atto sufficiente ad innescare la brutalità di un duello, residua azione decisoria successivamente ridotta a mero escamotage privato (KIERNAN, *Il duello. Onore ed aristocrazia nella storia europea*, Venezia, 1991). Stesso dicasi per la mancata

osservanza di un comportamento sociale, a volte reso, da una forte tendenza all'iperproduttività legislativa e consuetudinaria, incoerente rispetto ad altro che goda di eguale considerazione: narra il Manzoni che frate Cristoforo, quando ancora si chiamava Lodovico, uccise un uomo per un puntiglio d'onore dovuto a due consuetudini contrastanti: chi avesse il muro alla propria destra non doveva cedere il passo all'altro e così chi fosse nobile ed, avendo Lodovico la dritta e l'altro la nobiltà, il resto è storia (MANZONI, *Opera omnia*, Roma, 1965).

Nel 1789, Bentham scrive un interessante trattato, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgh, 1843), in cui, offrendone una caratterizzazione prevalentemente civilistica, definisce l'onore come una «proprietà fittizia», a difesa della quale non ritiene sufficienti le norme religiose e denuncia come deplorabile la pratica del duello.

La contesa insita nel duello, che ben riproduce, in un contesto di offensività verbale, l'affermazione di una tesi e la pretesa dell'antitesi, seppur svuotata della violenza che le è propria, permane tuttora in alcuni sistemi giuridici meno complessi. In Australia, presso gli arborigeni, l'onore è difeso da un duello simulato messo in scena pubblicamente solo dopo che i contendenti si sono calmati (LOCKWOOD, *"I" the Arborigene*, London, 1963); mentre i boscimani lavano l'onta d'onore con invettive verbali, tali che la contesa viene a coincidere con l'oggetto del combattimento, preludio ad una riconciliazione insita nel concetto stesso di parificazione tra offesa e difesa (COON, *The Hunting Peoples*, Harmondsworth, 1976).

Ebbene, l'idea del duello favorisce un collegamento logico con il sistema vigente, evidenziando un aspetto ancora oggi riscontrabile nella disciplina della tutela dell'onore, che, a voler risalire ad origini più antiche, possiamo ritrovare nella composizione pecuniaria germanica (*wergeld*) di epoca altomedievale (MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Paris, 1951): la tendenza a rendere la "que-

stione d'onore" un *casus* privato. Sin dai tempi più risalenti, infatti, la linea evolutiva sembra identica: l'onore riceve tutela giuridica in quanto rilevante per l'individuo più che per la società.

Lo dimostra il dislocamento dei processi in materia d'onore, ad esclusione di quelli relativi alla diffamazione a mezzo stampa, dinanzi al giudice di pace, ossia ad un organo giudicante onorario, che presiede ad un procedimento improntato sul tentativo di conciliazione, sulla rilevanza dell'interesse privato. Lo dimostra la scelta del legislatore di sottoporre il procedimento penale in materia d'onore ad una condizione di procedibilità, la querela, che, come noto, rappresenta lo strumento di calibrazione dell'interesse ad agire: senza nulla togliere all'obbligatorietà ed alla pubblicità dell'azione, la querela, fedele alla propria natura di *condicio*, è atto di parte che ne consente il corretto esercizio: qualora l'offeso non ritenga si debba procedere nei confronti di colui che l'ha ingiuriato o diffamato, impedisce l'attivarsi del procedimento da parte del pubblico ministero, altrimenti a ciò obbligato, attraverso un comportamento omissivo, ossia la mancata presentazione della querela, o commissivo, la rinuncia o la remissione.

Lo dimostra, vieppiù, il persistere, nonostante il radicale mutamento subito dal codice di procedura penale nel 1989, del giuri d'onore, (artt. 177-180 disp. att. c.p.p.), che rappresenta un vero e proprio correttivo metapenale alla tutela prevista in materia di ingiuria e diffamazione, pur prescindendo da questa, ovviamente, quanto agli effetti dell'eventuale lodo nella sfera giuridica delle parti (CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 312 ). Si tratta, infatti, di un procedimento che prelude ad un'opinione civilistica in materia penale, espressa da un organo privato di censura assolutamente spoglio di qualsivoglia carattere di giurisdizionalità; cosa, questa, fuori di dubbio anche *sub* codice Rocco, soprattutto dopo il d.lgt. n. 288/44, quando l'*exceptio veritatis* ha mutato essenzialmente il quadro decisionario del giudice penale, rendendo vano il "correttivo" prospet-



tato *ex ante* in dottrina, che, al contrario, auspicava l'ingresso del lodo nel processo penale quale accertamento del fatto, trasferendo all'organo giurisdizionale solo la decisione *in iure* (CARNELUTTI, "Efficacia giuridica del giudizio d'onore", in *Questioni sul processo penale*, Milano, 1951, 231).

In buona sostanza, il giuri era ed è ancora una sorta di "assemblea di saggi" – volendo assaporare, nella reminiscenza terminologica, la similitudine con antichi istituti –, chiamata a verificare la verità dell'addebito offensivo nei limiti dell'illiceità morale, unica ragione della propria attività decisoria, prescindendo da qualunque pronunzia atta a produrre conseguenze penali e, pertanto, passibile di giudicato, in ciò rappresentando un tipico esempio di negozio giuridico, quale, forse, nell'attuale assetto procedurale penale, non si riscontra facilmente, neppure nell'ambito della c.d. "giustizia negoziata". Nel procedimento davanti al giuri sussiste, infatti, un vero e proprio accordo dei contendenti, unico presupposto al deferimento, cui consegue il fatto che l'efficacia giuridica del provvedimento sussista solo nei confronti delle parti (effetto di diritto privato), e che la remissione di querela, fondamento necessario dell'accordo negoziale, sottragga la controversia al giudice penale (effetto di diritto pubblico). Nessun vincolo extrapenale, naturalmente, sempre e comunque strettamente connesso al passaggio in giudicato di una sentenza e non all'emissione di un lodo arbitrale. Del resto, se il provvedimento del giuri valesse per i giudici civili, avrebbe effetto di *lex specialis* e l'efficacia del lodo assumerebbe la forza vincolante d'un negozio d'accertamento o di un arbitrato irrituale (CALAMANDREI, *Il significato costituzionale della giurisdizione di equità*, Milano, 1921). Certo, si può immaginare che le parti chiedano al giuri d'onore una decisione anche in merito all'eventuale risarcimento, ma neppure in questo caso può verificarsi un'assimilazione del responso nel giudizio civile, se non quale atto di autonomia privata assolutamente non vincolante. Il fatto è che la differenza essenziale tra sentenza e verdetto d'onore non sta tanto nel pro-

filo sillogistico dell'una (CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in cassazione*, Padova, 1964) ed oggettivo dell'altro, quanto nella precipua caratteristica di "rilevare" il diritto, propria dell'atto giurisdizionale ed estranea, invece, ad un atto negoziale, come quello che emerge dal giudizio d'onore e che, pertanto, non può non seguire le regole generali del negozio giuridico.

Giudice di pace, perseguibilità a querela, giuri d'onore: l'ago della bilancia si sposta, dunque, verso la "privatizzazione" dell'affaire d'onore. Prolifica la tutela civilistica a prescindere da quella penale.

All'onore viene attribuito rango di diritto soggettivo, come tale possibile oggetto di illecito civile *ex art.* 2043 c.c., anche indipendentemente da una condotta criminosa. Ciò è evidente dalla diversa rilevanza del dolo necessario per la configurazione della fattispecie criminosa: nel processo penale è oggetto di prova generica (NAPPI, "Ingiuria e diffamazione", in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989), mentre assolutamente ridondante è per quello civile, ove è sufficiente la prova di un comportamento colposo, anche se muta il profilo risarcitorio ed alla sfera civilistica si attagliano ipotesi più ristrette di risarcimento del danno non patrimoniale. Inoltre non è trascurabile il fatto che il diritto civile offre anche altri strumenti di tutela che esulano da quello puramente repressivo. Si pensi all'azione inibitoria, estensibile, per interpretazione degli artt. 7, 9 e 10 c.c., a tutti i diritti della personalità; ai provvedimenti preventivi che possono desumersi, ad esempio, dagli artt. 24, 72, 620 e 2598 c.c.; od, ancora, alla reintegrazione in forma specifica.

L'onore shakespeariano, dunque, o l'onore di manzoniana memoria, che giustificava un sanguinoso duello, si sta via via trasformando nell'onore che giustifica un duello giudiziario soprattutto in sede civile.

*Nulla quaestio* sulla graduale privatizzazione della contesa d'onore, sempre che, in tal modo non si giustifichi un diffuso comportamento ingiurioso o diffamatorio, non se ne svilisca la portata offensiva, non lo si renda

accettabile. Perché non sempre lo è. Accettabile, intendo.

Ricordo una meravigliosa commedia con Tina De Filippo che recitava la parte della madre severa e timorata di Dio di un Vittorio De Sica particolarmente frizzante, il quale, invece, interpretava il ruolo di un giovane uomo viziato dagli agi familiari ed incline ad amori facili: di fronte all'idea che altri potessero conoscere comportamenti del figlio non moralmente orientati, la De Filippo esclamava «Meglio la Morte!», mentre De Sica interveniva affermando «Meglio lo scandalo, mamma!».

Nella vita, però, non è sempre così facile rinunciare alla reputazione ed accogliere lo scandalo. Nella vita le persone si muovono, lavorano, amano dall'interno del proprio guscio di reputazione.

Se la tutela dell'onore si sviluppa, come abbiamo visto, in senso privatistico, non altrimenti può dirsi per la diffamazione a mezzo stampa, laddove l'individuo è più facile che soccomba, incapace di difendersi contro un'idra impazzita e gigantesca quale è la fabbrica delle notizie. Del resto la maggiore pericolosità e dannosità della diffusione mediatica di un'asserzione offensiva è dimostrata dal più massiccio intervento punitivo dello Stato: il reato passa dal giudice di pace alla competenza del tribunale, la norma contempla una pena maggiore perché maggiore è la portata lesiva dell'offesa. Gli strumenti sostanziali e processuali per disegnare la gravità dell'atteggiamento diffamatorio dei media esistono, dunque. Perché non tenerli in considerazione anche nell'applicazione, nell'interpretazione della norma? Perché saltare la logica conseguenza di un più forte connubio dell'interesse privato e dell'interesse pubblico, approntando un'adeguata tutela risarcitoria? Perché sminuire la valenza offensiva degli "articoli verità" di cronaca giudiziaria, edulcorandone gli effetti sulla base di una non ben precisata informazione veritiera, dove "veritiero" è ogni sospetto non provato? Facile per un articolista o per un conduttore televisivo abbattere quel guscio di reputazione, sgretolarlo; facile nascondere la liceità del

proprio operato dietro notizie "soffiate" nei corridoi e nelle stanze dei tribunali, ad opera di qualche operatore del diritto più fedele alla propria fotogenia che al senso di giustizia; facile nascondere la propria lucrosa attività di informazione dietro un'intrinseca veridicità, quella originata dagli atti di tribunale, talché ogni errore (*rectius* orrore) giudiziario, ogni indagine sbagliata, ogni notizia di reato non confermata diviene di per sé sola un presupposto di liceità per la diffusione incondizionata di notizie, togliendo al giornalista l'obbligo di qualsiasi verifica di attendibilità. Facile, sì, remunerativo anche, ma ... davvero lecito? E che dire dei danni, seri, serissimi, che ne conseguono per il trascinato sulla ribalta di un'ingiusta tragedia che ha il suo nome? Storicamente i duelli e le composizioni private in tema di onore e reputazione dimostrano che la soglia di offensività è del tutto soggettiva. Ciò implica un corollario sempre valido, un'ulteriore, grave conseguenza: la stessa notizia che lascia apparentemente indenne un indagato, potrebbe portarne un altro alla disperazione, finanche al suicidio.

*«Dichiaro di essere innocente, di aver subito per un anno ogni tipo di sopruso dalla giustizia italiana. Ho avuto fiducia fino al 31 maggio, ma poi ho capito che questo processo è truccato. I bimbi verranno interrogati in segreto e non in nostra presenza. Temono che vedendoci dicano la verità e chi ci accusa debba salvaguardarsi»*, queste le ultime parole di Maria Cristina Ferraro, 39 anni, uno dei componenti di una famiglia di Biella – con lei il fratello, la madre ed il padre –, che, a causa dell'infamante accusa di aver abusato dei propri figli e nipoti, accusa partita dalla ex cognata, raccolta dalla procura della repubblica ed amplificata a dismisura da giornali e televisione, ha trovato la propria fine nell'isolamento disperato ed, infine, nel monossido di carbonio per la vergogna. La vergogna non per aver compiuto un atto che non è mai stato coerentemente provato abbiano commesso – il nipote di nove anni, figlio della principale accusatrice, si è più volte contraddetto ed altrettante volte ha

smentito –, ma per la gogna subita nel circuito mediatico (SIRAGUSA, *La botola sotto il letto: un caso di istigazione al suicidio*, Lime-na, 2007).

Analoga la fine di Bruno Bardazzi. In questo caso il giovane di Prato aveva subito una condanna a quattro mesi per detenzione di sostanze stupefacenti (1,7 grammi di hashish). Tuttavia, mi chiedo, una condanna lieve per un fatto che, presumibilmente, cambierà il corso della vita di un ventunenne, a voler credere nel fine rieducativo della pena, può diventare, per il c.d. diritto all'informazione, strumento punitivo superiore rispetto alla condanna stessa? Così è stato: un quotidiano aveva pubblicato la notizia dell'esito del processo ed il ragazzo si è suicidato per l'onta che in tal modo era ricaduta su stesso e sulla propria famiglia.

Gli esempi si moltiplicano ed un articolo non può contenerli tutti. Essenziale averne tracciato i confini: l'innocenza, penalizzata già dalla sottomissione ad un procedimento penale errato, subisce un danno irreparabile dalla veloce propagazione della notizia ad opera del giornalismo contro ogni diritto all'oblio. Non minore danno subisce chi abbia realmente commesso il reato di cui lo si accusa e che, tuttavia, dovrebbe poter scontare la pena e vivere la riconquistata libertà lontano da riflettori invadenti, da parole taglienti, da digressioni sul suo comportamento, ma anche sulla sua famiglia. Persino le vittime non vengono lasciate in pace dal giornalismo privo di scrupoli!

Ne sono recente esempio le notizie relative alle indagini che interessano il brutale omicidio di Chiara Poggi. Non si vuole, certo, commettere lo stesso errore fin qui denunciato, parlando delle persone indagate, ma qualcos'altro cattura l'attenzione, qualcosa che non sembra possibile sottacere, benché non integri una offesa all'onore: tutti noi abbiamo lungamente assistito all'indecente assedio giornalistico alla famiglia della vittima. È vergognoso! Sin dai primi giorni successivi al tragico episodio, orde di giornalisti appostati davanti alla casa e, persino, davanti al posto di lavoro, armati di microfoni, teleca-

mere, luci, ponevano inarrestabili domande anche dopo che quei poveri genitori distrutti avevano ripetuto un migliaio di volte “non abbiamo nulla da dire”. E che domande! Interessanti, risolutive, efficaci, fondamentali: «Pensate che tizio sia colpevole?», «Siete dispiaciuti nel venire a conoscenza che potrebbe essere lui il colpevole?». Naturalmente tutto ciò a voler tacere della recente attenzione mediatica per la laurea conseguita dal fidanzato della vittima, evento passato su tutti i telegiornali nazionali, con tanto di votazione, folla di curiosi ed applausi all'uscita dall'università. Non so e non voglio sapere l'effetto che tale attenzione – morbosa, mi permetto di definirla – possa aver avuto sul neolaureato o sulla famiglia della vittima, entrambi, forse, desiderosi di minori luci puntate sulla propria vita, né voglio indagare l'effetto che tutto ciò possa avere sul fruitore del messaggio mediatico, il giovane inquieto od insoddisfatto ragazzo qualunque, che percepisce la mitizzazione dell'evento di sangue e di ciò che gravita, giustamente od ingiustamente, attorno ad esso.

È dunque, questo il diritto all'informazione che tutti si affannano a tutelare? Quel diritto così aspramente difeso da accettare il rischio che qualche innocente, così come la stessa vittima, venga ingiustamente distrutto, vilipeso, immolato sull'altare della Dea Notizia? Mi rifiuto di pensarlo.

Mi rifiuto di pensare – altro allarmante esempio – che un giornalista possa impudentemente pubblicare, di un'intervista, parti fortemente ingiuriose, senza incorrere in concorso di reato, per una discutibile estensione dell'esimente del diritto di cronaca, applicata non già rispetto al fatto, ma alla notizia, come se quest'ultima avesse vita propria: non ha importanza che il fatto risulti vero o falso, è importante che emerga nell'ambito di un'intervista meritevole, in base a parametri puramente giornalistici, di essere pubblicata. Ovviamente poco interessa ciò che mi rifiuto di pensare: il giudice di legittimità si è più volte pronunciato in tal senso ed è quanto basta perché l'esimente operi. La prima sentenza che balza alla mia stupita

attenzione è del 2004: venne riconosciuta l'esimente del diritto di cronaca al giornalista che, in un processo per stupro di gruppo, aveva riportato fedelmente i duri ed offensivi giudizi espressi dai familiari degli imputati nei confronti della vittima. Mi è difficile trovare le parole giuste per riassumere la parte motiva, evidenziando il principio di contenenza ivi affermato. Preferisco riportarne un breve estratto:

*«Il rispetto della reputazione altrui può cedere rispetto al diritto di cronaca allorché la notizia del contenuto diffamatorio presenti, in relazione alla qualità dei soggetti coinvolti, alla materia in discussione ed al più generale contesto in cui le dichiarazioni sono rese, profili di interesse pubblico all'informazione tali da prevalere sulla posizione soggettiva del singolo e da giustificare l'esercizio del diritto di cronaca. In particolare, nel riferire un fatto certamente illecito e di sicuro disdoro quale uno stupro di gruppo, assume rilevanza per l'opinione pubblica conoscere le reazioni delle persone direttamente interessate, in quanto parenti dei presunti autori [omissis]. Le opinioni diffamatorie pronunciate dai parenti degli imputati, sono di sicuro interesse per l'opinione pubblica anche se, per la loro durezza e per l'evidente cattiveria, sono espressione di malcostume e di un ingiustificato capovolgimento del giudizio morale, tale da far diventare la vittima colpevole e persona da disprezzare. Ed è proprio questa sorprendente leggerezza nel diffamare la donna stuprata, che costituisce una notizia, indicativa di un costume, ampiamente diffuso anche se particolarmente malvagio e contrastante con i principi di parità sociale sanciti nella Costituzione»* (C. pen., Sez. V, 16.12.2004, n. 4009, in *Mass. uff.*, 230719. In senso conforme, C. civ., Sez. III, 19.1.2007, n. 1205, in *Mass. uff.*, 595637) È chiaro che, a fronte di cotanto lavoro esegetico sulla norma ordinaria e persino su quella costituzionale, potrebbe sembrare totalmente inutile affrontare, a questo punto, questioni di responsabilità aquiliana e risarcimento del danno, che, inevitabilmente, vengono confinate in recinti di ristretta applicazione.

Tuttavia qualche raro esempio si intravede e vale la pena farne un breve cenno.

Con sentenza n. 17172 del 6.8.2007 (in *Mass. uff.*, 598659), la terza sezione civile della Cassazione ha condannato *Il Giornale* ad un risarcimento milionario (quarantacinquemila euro) nei confronti del partigiano Rosario Bentivegna, autore dell'attentato di Via Rasella del 24 marzo 1944 contro la 11ª Compagnia del III Battaglione del Polizei Regiment Bozen, destinata al servizio d'ordine in città. Nell'attentato rimasero uccisi anche alcuni civili, tra cui un ragazzo di tredici anni. La rappresaglia tedesca fu terribile, esecrabile, priva di qualsivoglia rispetto per la vita: morirono dieci italiani per ogni soldato del Bozen ucciso. 335 corpi furono accatastati nelle Fosse Ardeatine dalle SS di Kappler. L'Osservatore Romano, nel ricordare le vittime della rappresaglia, le definì «*persone sacrificate per i colpevoli sfuggiti all'arresto*». Amendola, al contrario, scrisse: «*Noi partigiani combattenti avevamo il dovere di non presentarci, anche se il nostro sacrificio avesse potuto impedire la morte di tanti innocenti. [...] Avevamo un solo dovere: continuare la lotta*» (entrambe le citazioni sono riportate in MONTANELLI, *Storia d'Italia*, Milano 1983, XVI).

Gli articoli apparsi su *Il Giornale* nel 1996, parlavano non di un prevedibile pericolo di rappresaglia a fronte di una mancata assunzione di responsabilità diretta, bensì di un avviso tedesco per chiedere ai responsabili di presentarsi in modo da evitare l'eccidio; parlavano di attentato contro soldati inoffensivi; parlavano della presenza di alcuni italiani, tra loro; mostravano una foto, giudicata falsa ad esame peritale, del corpo martoriato del ragazzo tredicenne, dalla quale desumere dolo eventuale. Tale ricostruzione storica è stata giudicata offensiva per l'onorabilità politica e personale dell'autore dell'attentato poiché partiva da presupposti errati, ha affermato la Suprema Corte, in base ad un lavoro esegetico sulle fonti – non essendovi prova storica certa né in un senso né nell'altro –.

Non v'è ragione alcuna, dunque, per non

prevedere un risarcimento del danno all'onore ed al decoro di colui che ha subito un ingiusto trattamento storico, benché, a questo punto, il diritto alla critica, soprattutto quella storica, venga messo a dura prova e ci sia da sperare che non si sveglino gli eredi di tutti coloro che abbiano compiuto atti di guerra e che, in qualche testo di liceo o sulle pagine di qualche rivista, abbiano subito un giudizio più duro di quel che ritenessero di meritare.

Paradossi a parte, ciò che non capisco, in realtà, è perché l'attenzione del legislatore, prima, e della giurisprudenza, poi, di fronte alla lesione all'onore, si muova a singhiozzo: è individuabile un'offesa, e dunque è risarcibile la conseguente lesione, nelle errate deduzioni storiche, non anche, però, nella divulgazione di fatti giudiziari successivamente risultati insussistenti.

Che dire ai familiari degli indagati, giudicati, poi, innocenti? Se ne sono occupate alcune sentenze di merito, ma sempre, comunque, rispetto a vicende concluse da tempo, sacrificando all'attualità della notizia anche il loro diritto:

*«La riproduzione di vicende attinenti alla vita privata del condannato è suscettibile di produrre un danno ingiusto al diritto all'oblio dei familiari in difetto di un interesse pubblico attuale alla conoscenza di tali vicende»* [T. Roma 21.11.1996]

In conclusione, mi chiedo, è davvero utile, alla luce della vigente normativa, ragionare sul binomio onore/informazione? Forse, ca-

librando maggiormente sulla bilancia degli interessi individuali e sociali, il diritto ad informare ed essere informati con il diritto alla riservatezza anche di chi sia sottoposto a procedimento o processo penale, il sistema funzionerebbe meglio e polemiche come quelle relative all'inchiesta *Why Not*, che recentemente hanno affollato giornali e televisione, contribuendo a far sveltare i dati Auditel, non avrebbero ragione d'essere. Il pubblico ministero tornerebbe ad essere l'unico *dominus* dell'azione penale; i giudici non scenderebbero in piazza, una piazza mediatica con 3.200.000 spettatori, a difendere l'operato dei colleghi; il ministero della giustizia ed il CSM non verrebbero chiamati ad interloquire all'interno di un procedimento penale in corso; e le persone indagate, chiunque esse siano, avrebbero diritto a conoscere delle indagini a loro carico senza il clamore dell'eco giornalistica e la conseguente "gogna" anche familiare, affrontando, così, con maggiore serenità la propria difesa. In caso di condanna, poi, non vedo ragione per imbavagliare la stampa. Qui non si tratta di volere il ripristino della censura o di soffocare la libertà di opinione e di informazione, ma di equilibrare i configgenti interessi dei singoli individui, talché, senza disapplicare i principi libertari di cui all'art. 21 Cost., non si vanifichi la portata dell'art. 2 Cost., posto a tutela dei diritti della personalità, dell'art. 27 Cost., posto a tutela della presunzione di innocenza e dell'art. 3 Cost., posto a tutela della pari dignità sociale.

## GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

### La prova penale dal punto di vista dell'Europa

di Nadia E. La Rocca

1. *Il processo di europeizzazione degli ordinamenti penali nazionali.* – In ossequio alle nuove tendenze che caratterizzano l'epoca contemporanea, in cui si afferma con sempre più incisività l'importanza di forme di cooperazione giudiziaria internazionale, della libera circolazione di persone, beni e decisioni giudiziarie, non possono ignorarsi le sfaccettature che assume la "prova penale" dal punto di vista dell'Europa.

L'Europa rappresenta il punto di partenza e di arrivo in un'evoluzione che nel corso degli ultimi decenni ha portato sempre più alla reciproca conoscenza tra persone appartenenti a nazionalità diverse, all'intensificarsi di rapporti e traffici, allo straordinario sviluppo di tecnologie e mezzi di trasmissione di pensiero, voci, immagini. Ma non solo.

Ad un tempo, l'evoluzione si è scontrata con l'inadeguatezza delle limitazioni di ordine territoriale che per molte forme di organizzazione della vita collettiva derivano dalla struttura di Stato e si riflettono sul funzionamento delle istituzioni giudiziarie ed, in particolare, sull'attività di repressione dei reati. Da ciò l'*input* per le solenni affermazioni della necessità di realizzare forme di collaborazione fra gli Stati aderenti all'Unione europea nel campo della giustizia, l'idea di fondo di una cultura giudiziaria comune, già sperimentata in tutta una serie di accordi internazionali ed alimentata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, adatta a cementare la base solida di una istituzione compatta, capace di esprimere una giustizia sovranazionale.

Pur legati all'idea della sovranità nazionale – e lo *jus puniendi* ne costituisce una delle manifestazioni più forti – gli Stati si rendono conto dell'assoluta necessità di uno sforzo

convergente per far fronte a una criminalità che sempre più ignora le frontiere e che, anzi, le sfrutta a proprio vantaggio.

Il primo importante segnale dell'impegno per ridurre lo scarto di efficienza e velocità tra illegalità e legalità risale al Trattato di Maastricht del febbraio 1992, col quale viene indicato fra gli obiettivi dell'Unione quello di «sviluppare una stretta cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni»: vengono stabilite una serie di disposizioni destinate a disciplinare tale cooperazione che culminano nel cosiddetto "terzo pilastro" del sistema giuridico dell'Unione.

In modo particolare, la cooperazione giudiziaria in materia penale, viene espressamente riconosciuta tra le questioni di interesse comune per le quali gli Stati insieme alle istituzioni comunitarie sono chiamati a trovare soluzioni concrete ai vari problemi.

A seguire, il Trattato di Amsterdam dell'ottobre 1997 assegna alla tutela della legalità un peso ancor più strategico: all'art. 2 dello stesso si enuncia un programma volto alla progressiva realizzazione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», nel quale è compresa l'adozione di misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, volte ad assicurare alle persone un elevato livello di sicurezza. Tale spazio ha come passaggio ineludibile la prevenzione e la repressione della criminalità, realizzabile attraverso una più stretta collaborazione fra le autorità giudiziarie ed il riavvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale.

Alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene dedicato il Vertice europeo svoltosi a Tampere nel 1999: in tale occasione, oltre ad una serie di affermazioni



a sostegno dell'attività svolta dall'Europol, si annuncia l'istituzione di un'«unità», denominata Eurojust, composta da pubblici ministeri, magistrati, funzionari di polizia distaccati da ogni Stato membro in conformità del proprio sistema giuridico, con il compito di agevolare il buon coordinamento tra autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata. È d'obbligo, in proposito, il richiamo alla Rete Giudiziaria Europea, introdotta con l'azione comune del 29.6.1998, con lo scopo di agevolare praticamente la collaborazione tra Stati membri nella presentazione delle domande di collaborazione e nell'esecuzione delle rogatorie, tenendo ben presente la diversità dei sistemi dei diversi Paesi.

Il vertice svoltosi a Tampere fortifica il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, mentre la dottrina processualpenalista comunitaria approda ad un progetto di giustizia penale europea – il *Corpus juris* – contenente un sistema organico di norme di diritto penale sostanziale e processuale destinate da una parte a realizzare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e, dall'altra, a creare un pubblico ministero europeo, ad istituire un giudice della libertà e ad unificare alcune regole procedurali relativamente alla realizzazione di un processo verbale europeo.

La strage terroristica dell'11 settembre – che ha tragicamente messo in evidenza come i problemi globali della sicurezza esigano una ben più stretta ed efficace cooperazione internazionale per la repressione dei crimini che non conoscono frontiere – da nuovi impulsi ai lavori in corso nell'ambito UE.

Assai numerose e importanti sono le iniziative prese sul piano comunitario e possono ricondursi a tre grandi categorie: di riavvicinamento delle singole legislazioni penali statali; di miglioramento delle procedure di cooperazione tra le diverse autorità giudiziarie; di creazione di strutture operative di sostegno per giudici e procuratori che debbono ricercare e acquisire prove al di fuori delle loro giurisdizioni nazionali. Gli strumenti

giuridici a tal fine previsti dal Titolo VI del Trattato UE, con particolare riguardo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, consistono in convenzioni internazionali e decisioni-quadro, posizioni comuni o semplici decisioni (*ex art. 34 Trattato UE*), non aventi efficacia diretta e richiedenti sempre una successiva attuazione attraverso le normative statuali interne.

La tendenza che emerge, ormai da anni, è quella di rafforzare la cooperazione giudiziaria, con e tra Stati membri, non solo attraverso il coordinamento delle strutture operative e la creazione di organismi sovranazionali, ma anche attraverso l'armonizzazione normativa di significativi ambiti dei diritti penali nazionali, secondo quella che può definirsi una «linea di politica criminale europea» e che ha, nel tempo, assunto un peso sempre maggiore nel processo di integrazione comunitaria, in conformità con l'obiettivo generale di garantire un sempre più elevato livello di sicurezza interna ed esterna in tutto il territorio europeo.

Attualmente anche il lavoro di coordinamento della Costituzione dell'Unione europea tende a realizzare un inquadramento sistematico della materia, cercando, in particolare, di porre ordine alle attuali distonie istituzionali mediante la «riformulazione dello spazio comune» (GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2006, 37) al fine di prevenire e risolvere eventuali conflitti di competenza tra Stati membri: si evidenzia il valore strategico degli assi sui cui l'Unione, a partire dal Trattato di Maastricht, si è mossa in tema di giustizia penale; è ribadito l'obiettivo di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come pure sono ripresi i principi di riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali – sostanziali e processuali – e di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

Pur essendo, normativa sovranazionale e legislazione a carattere cooperativo, collocate su piani differenti, alla diversa allocazione fa da contraltare un'ideologia comune tesa a offrire sempre più garanzie al cittadino europeo, coadiuvata da principi che devono porsi

alla base di ogni schema normativo nazionale, con predisposizione di norme che in *action* permettono una più efficace tutela di tali diritti e la repressione dei crimini che ne impediscono la piena espansione.

2. *Il diritto delle prove nelle fonti europee. Il Corpus Juris 2000.* – La predisposizione di regole che disciplinino un sistema penale e processuale penale comune, si presenta come la più difficile ed ambiziosa sfida del processo di integrazione europea.

Come si è avuto modo di sottolineare, però, la creazione di strumenti comunitari è imposta da tempo dallo sviluppo e dalla crescita di forme di criminalità che valicano i confini di ciascuno Stato, colpendo gli interessi, finanziari e di sicurezza, dell'Unione europea. Una delle prime risposte a tali esigenze si è avuta con il progetto di *Corpus Juris*, caratterizzato dall'intento di unificare i diritti penali sostanziali e processuali d'Europa, con l'obiettivo di creare un vero e proprio processo penale europeo.

Per quel che concerne il tema delle prove, quale dimensione interiore del processo, il *Corpus Juris* presenta, seppure in un numero limitato di articoli (artt. 29, 31, 32 e 33), aspetti complessi ed articolati, e non poche incertezze relativamente ai limiti probatori. Grande spazio è dato alla disciplina dell'esclusione probatoria, sul presupposto che la legalità della prova è requisito imprescindibile perché il processo penale appaia meno "odioso" e persecutorio a chi lo subisce.

Ciononostante il fenomeno dei limiti probatori non risulta agevolmente individuabile nel progetto, in difformità rispetto alla dichiarazione di principio di cui al preambolo, in base alla quale l'unificazione delle regole di procedura e prova rappresenterebbe l'architrave della futura e costituenda procedura penale europea. Il *Corpus Juris*, invero, accoglie una concezione meccanica della prova, indipendente sia dai limiti fisiologici alla dinamica processuale, sia dal contesto dialettico o argomentativo che alla prova dà vita, di enorme importanza, invece, per tutti quei sistemi a tendenza accusatoria protesi a limi-

tare, metodologicamente, la ricerca della verità giudiziale.

In modo particolare, nessuna conseguenza in tema di legalità probatoria sembra discendere dall'inserimento del principio del contraddittorio, quale canone informatore del processo comunitario: la concezione del contraddittorio appare diversa da quella sottesa alla versione inserita nell'art. 111 Cost., rappresentando una mera garanzia individuale posta a tutela del diritto di difesa dell'imputato, piuttosto che il metodo preferibile nella difficile ricostruzione storica dei fatti. L'effetto di tale scelta si ripercuote sicuramente sull'utilizzabilità ai fini dibattimentali del materiale raccolto durante le indagini: l'assenza di un divieto di traslazione degli elementi acquisiti durante la fase preparatoria nella fase dibattimentale affievolisce la potenzialità del metodo del contraddittorio come tecnica di accertamento. Nel *Corpus Juris* non si rinvengono regole attinenti alla valutazione della prova o a quella degli indizi. Altrettanto insufficientemente delineata risulta quella parte dedicata alle metodologie di formazione della prova: «la formazione della prova è ad esclusivo uso dell'accusa». Tale affermazione, oltre ad essere scarsa e carente, comporta inevitabili conseguenze sulla legalità del materiale raccolto, in un processo comunque ispirato a ben precisi canoni – primo tra tutti, quello del "giusto processo" – cui è ispirato l'intero progetto. L'unica disposizione del *Corpus Juris* che sembra esauriente – ma non troppo – è quella dedicata alle regole di esclusione probatoria, delineate all'art. 33.

Nel primo periodo della norma si parla di prova che deve essere *ècartée* perché ottenuta in violazione delle regole del progetto: sembra si tratti di quella prova già acquisita ma non utilizzabile ai fini del giudizio. Guardando ai casi in cui la prova è esclusa, il primo riferimento – e quindi il primo caso in cui si nega validità alla prova stessa – è immediatamente alla violazione dei diritti fondamentali consacrati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo dalla quale possono dedursi dei divieti in riferimento a co-

noscenze ottenute in deroga ai singoli diritti protetti: si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni ottenute dall'accusato mediate tortura o trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 C.e.d.u.; o alle intercettazioni operate in deroga all'art. 8 C.e.d.u.

Il secondo criterio è "interno" al progetto stesso: la prova è da escludersi se assunta in violazione delle norme del *Corpus Juris* (art. 33, 2° co.).

Il terzo caso di esclusione risponde ad una esigenza legata al carattere aperto della procedura comunitaria, sempre bisognosa di integrazione da parte dei sistemi interni nazionali. In altre parole non è valida una prova assunta in violazione delle regole nazionali, ma la violazione del diritto nazionale applicabile non costituisce presupposto sufficiente per l'esclusione: nessun giudice interno è autorizzato a rilevare l'illegalità della prova, ai sensi del proprio diritto nazionale, qualora questa sia stata legittimamente acquisita in un altro Paese. Con un rimando al primo criterio, si afferma che la prova è illegittima solo qualora la sua ammissione rechi pregiudizio ai principi del giusto processo espresso dalla C.e.d.u. secondo cui vi è responsabilità dello Stato firmatario solo nel caso in cui la prova assunta in violazione delle regole convenzionali sia l'unica posta a fondamento della decisione.

In altre parole, l'esclusione della prova illegittima è prevista solo in seguito ad un'analisi complessiva del rispetto delle garanzie del giusto processo, e la fase in cui si pone la barriera della legalità della prova è situato non nel suo momento genetico, bensì in quello conclusivo del processo, quando il giudice è chiamato a valutare gli elementi a sua disposizione.

Il tutto va a discapito della *ratio* sottesa alle regole d'esclusione probatoria che impone, invece, una selezione operata a monte: «per la prova illegittima vige un radicale divieto di valutazione per il giudice».

Ogni violazione, come osservato, è riportata nell'ambito delle garanzie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo articolo 6 rappresenta l'unico criterio di giudizio

che può trovare operatività pratica in materia. Tutta la disciplina dei divieti probatori sembra assumere i caratteri di norma processuale in bianco poiché il contenuto di ogni regola è bisognoso di integrazione da parte dei principi giurisprudenziali europei in tema di processo giusto ed equo.

Da qui non poche incertezze: la giurisprudenza di Strasburgo è costante nell'affermare che l'ammissibilità e la valutazione della prova sono di competenza del diritto nazionale, preoccupandosi che la procedura rispetti il diritto al processo equo, attraverso una operazione di valutazione complessiva dell'intero procedimento (Corte eur., 17.7.1988, Schenk c. Svizzera).

Dalle carenti ed insufficienti norme del *Corpus Juris* 2000 attinenti alla prova ed al procedimento probatorio in prospettiva europea, non si ricavano criteri idonei a gestire un processo penale svincolato dai principi imposti dalle singole legislazioni nazionali: manca quella coerenza nell'utilizzo di categorie concettuali idonee ad identificare i limiti che necessariamente devono sussistere in tema di ammissibilità, valutazione e utilizzabilità del materiale conoscitivo. L'unico dato certo è che il progetto, sicuramente utile ad offrire delle prospettive per la realizzazione di un processo penale europeo, offre le basi pratiche per la sua gestione nel momento in cui in esso confluiscono prove da più Stati membri. Implicito, come si vedrà per le nuove fonti europee sulla prova penale, il rifiuto delle procedure di rogatoria, inadeguate allo scopo di cooperazione in un unico spazio: l'Europa.

3. *Segue. La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo.* – Nell'analisi delle nuove fonti europee, legate tra loro da quella prospettiva di cooperazione per la creazione di un modello processuale penale unico, pare inevitabile soffermarsi sulla nuova procedura sostitutiva dell'extradizione, istituita dal Consiglio d'Europa con la decisione quadro del 13.6.2002, nell'intento di intensificare i rapporti immediati tra Stati, in una logica di stretta giurisdizionalizzazione delle procedure ed a scapito di quell'ineliminabile filtro

politico che ha caratterizzato, ed in parte caratterizza ancora, le collaborazioni internazionali in ambito penale.

Per entrare in *medias res*, basti ricordare che può definirsi “mandato d’arresto europeo”, ogni decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell’arresto o della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell’esercizio di un’azione penale, dell’esecuzione di una pena, dell’esecuzione di una misura di sicurezza privativa della libertà. Il mandato di arresto europeo può essere emesso in caso di condanna con sentenza definitiva ad una pena detentiva o ad una misura di sicurezza privativa della libertà di durata non inferiore a quattro mesi; o per perseguire reati puniti con una pena detentiva o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima non inferiore a 12 mesi. A livello procedurale, l’autorità emittente comunica il mandato d’arresto europeo direttamente all’autorità giudiziaria dell’esecuzione. È prevista la collaborazione con il Sistema d’informazione Schengen (SIS) e i servizi Interpol. Se l’autorità dello Stato membro d’esecuzione non è conosciuta, la rete giudiziaria europea fornisce assistenza allo Stato membro emittente. Ogni Stato membro può adottare le misure coercitive necessarie e proporzionate nei confronti di una persona ricercata. Quando la persona ricercata è arrestata, ha il diritto di essere informata sul contenuto del mandato e di avvalersi dell’assistenza di un avvocato e di un interprete. Ad ogni modo, l’autorità dell’esecuzione ha il diritto di decidere se tenere la persona in stato di arresto o se rimetterla in libertà a certe condizioni. In attesa di una decisione, l’autorità dell’esecuzione (conformemente alle disposizioni nazionali) procede all’audizione della persona interessata. Entro sessanta giorni successivi all’arresto, l’autorità giudiziaria dell’esecuzione deve prendere una decisione definitiva sull’esecuzione del mandato d’arresto europeo. Successivamente notifica immediatamente la decisione presa all’autorità emittente. Tuttavia, qualora le informazioni comunicate sono insufficienti, l’autorità dell’e-

secuzione può chiedere all’autorità emittente di fornire informazioni complementari.

Il sistema così introdotto non costituisce una monade isolata, ma piuttosto viene ad inserirsi nell’ambito di quel più vasto disegno teso alla creazione di uno spazio unico disciplinato da un diritto comune.

Le disposizioni della decisione-quadro in esame non prendono in considerazione la fase attinente al procedimento probatorio, facendo riferimento, nei due casi che legittimano uno Stato a spiccare il mandato di cattura europeo, esclusivamente o ad una sentenza di condanna o ad un provvedimento emesso ai fini cautelari ovvero per l’esecuzione di una misura di sicurezza.

Nella prima ipotesi si considera già portata a termine l’attività di istruzione probatoria nello Stato richiedente, fermo restando l’obbligo dello stesso di allegare alla richiesta di consegna, tra gli altri, anche una relazione sugli elementi di prova a carico del soggetto coinvolta nella procedura. Al giudice dello Stato d’esecuzione è accordato il potere di richiedere informazioni complementari ai fini della sua decisione.

Nel secondo caso, allorché il mandato sia emesso ai fini cautelari, fa capo al giudice dello Stato d’esecuzione, quel vaglio sulla sussistenza della prova indiziaria che possa giustificare l’emissione di un provvedimento privativo della libertà personale ai fini cautelari.

Da ciò un quadro di direttive per ciascun legislatore interno di predisporre una procedura, seppur accelerata, in grado di consentire il rispetto di quelle garanzie a tutela dell’individuo consacrate a livello sovranazionale.

In effetti, la “nuova estradizione europea” si risolve comunque con l’essere una misura incidente sulla libertà personale, e deve ritenersi inevitabile l’accertamento di un quadro probatorio idoneo a superare la presunzione di non colpevolezza.

Inevitabili contro-limiti e contrappesi si rinvengono in quella ricerca della semplificazione nella gestione degli affari internazionali a matrice giudiziaria.

Seppure sia condivisibile l'eliminazione di formalità specifiche nella trasmissione di richieste di consegna tra autorità statali, è da respingere ogni intenzione di conseguire gli scopi comunitari attraverso la compressione dei momenti di tutela dell'individuo, rammentando che l'efficientismo non può mai soverchiare i diritti individuali.

In ogni caso, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non può mai dar luogo ad una sorta di esecuzione automatica delle decisioni provenienti da autorità giudiziarie straniere. Ciò implica che le autorità giudiziarie interne non possano evitare quel controllo finalizzato anche alla verifica sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza, qualora il mandato sia emesso in esecuzione di un provvedimento cautelare.

Seppure apparentemente la decisione quadro nulla dica in merito al tipo di controllo affidabile all'autorità giudiziaria del Paese d'esecuzione, l'affermazione contenuta nel punto 8 dei consideranda, secondo cui «le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte ad un controllo sufficiente», implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata, dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna e per fare ciò avrà bisogno di analizzare gli elementi allegati alla domanda che fungeranno da prova (o indizio), nel rispetto da un lato dei principi fondamentali contenuti nella Carta dei diritti dell'Unione europea e, dall'altro, dei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il Legislatore italiano, in riferimento alla decisione sulla consegna ha stabilito che il procedimento deliberativo sulla consegna avvenga nel contraddittorio delle parti attraverso la verifica anche sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, qualora il provvedimento che ha determinato l'emissione del mandato d'arresto sia di natura cautelare (art. 21, l. 22.4.2005, n. 69). Ha inoltre imposto che l'omessa allegazione sui fatti addebitabili può costituire causa ostativa alla consegna, costi-

tuendo un momento di formazione e successiva valutazione della prova nello Stato d'esecuzione, necessario per la decisione circa la legittimità della consegna. Dello stesso avviso anche il recente apporto della giurisprudenza di legittimità (C., Sez. VI, 22.9.2006, P.G. in proc. Jagela, in *Mass. uff.*, 234275) orientato, da una parte, nel rispetto del principio di sovranità, ad escludere che il giudice dello Stato d'esecuzione possa richiedere l'acquisizione di prove non ancora eseguite nello Stato di emissione (C., Sez. fer., 13.9.2005, Hussain, in *Mass. uff.*, 232119) ma, dall'altra, ad imporre allo stesso una valutazione dell'intero quadro indiziario onde saggiarne l'idoneità a legittimare una misura privativa della libertà personale, seppure in maniera meno rigorosa rispetto a quanto stabilito dall'assetto codicistico (C., Sez. VI, 23.9.2005, Ilie, in *Mass. uff.*, 232054).

4. *Segue: La decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove.* – Con la decisione-quadro del 1/2.6.2006, il Consiglio dell'Unione europea GAI, introduce, il mandato europeo di ricerca delle prove, sostitutivo, nei rapporti tra Stati membri, della vecchia procedura delle rogatorie.

Si tratta di un nuovo strumento di assistenza giudiziaria attraverso il quale sarà possibile acquisire oggetti, documenti e dati da utilizzare a fini probatori nei procedimenti penali degli Stati membri. Il campo di applicazione del mandato europeo corrisponde a quelle che, nel lessico del codice di procedura penale italiano, sono definite «attività di acquisizione probatoria» dall'art. 723 c.p.p.

Obiettivo del provvedimento europeo è la sostituzione degli accordi multilaterali in materia di assistenza giudiziaria con una normativa che appartiene prettamente all'Unione europea, vincolante gli Stati membri a introdurre nei rispettivi ordinamenti forme, nuove ed inedite, di assistenza giudiziaria non rogatoriale.

Il proposito che il Consiglio dell'Unione si prefigge in questa occasione è quello di una sostituzione dell'intero *corpus* di convenzioni regolanti la materia dell'assistenza giudiziaria tra Stati, con le norme della decisione *de qua*,

che verrà a costituire la base giuridica della cooperazione penale tra Stati membri per la ricerca ed acquisizione delle prove.

Com'è noto, attualmente questa attività risulta regolata da strumenti tradizionali del diritto internazionale, convenzioni e trattati, ed ha natura convenzionale, così come è ricavabile dall'art. 696 c.p.p. che riconosce la prevalenza del diritto internazionale pattizio sulle leggi italiane.

L'assistenza giudiziaria di tipo convenzionale riflette la concezione classica secondo cui l'attività di collaborazione tra Stati ricade pienamente nell'esercizio della sovranità. Da ciò, la cooperazione penale relativa all'acquisizione di prove risulta essere oggetto di procedimenti che necessariamente comportano valutazioni politiche e metagiudiziarie. Quello della rogatoria internazionale, disciplinato nel libro XI del Codice vigente, è un istituto caratterizzato da un'inevitabile componente politico-discrezionale. Nella collaborazione internazionale per l'attività d'acertamento del reato, predomina una commistione di piani e valutazioni diverse: ammissibilità politica e ammissibilità giuridica. Tale commistione di piani e valutazioni diverse, si presenta con particolare incisività nello specifico settore della circolazione probatoria per il suo apparente carattere neutro rispetto all'interesse dell'individuo coinvolto nel procedimento penale, mentre, d'altro canto, impedisce l'uso puntuale delle norme dettate dal diritto interno e pattizio a scopo di tutela dell'individuo medesimo, nonché delle prerogative sovrane spettanti allo Stato cooperante.

Le competenze generali in materia di circolazione della prova oltre i confini nazionali sono distribuite tra autorità politica ed autorità tecnica: in tale modo, alla fase giurisdizionale si affianca una fase politico-amministrativa. I poteri attribuiti al Ministro della giustizia, inoltre, appaiono talmente ampi da far ritenere che la fase giurisdizionale abbia spesso natura accessoria o incidentale.

Inoltre, costituisce peculiarità della cooperazione istruttoria internazionale, la previsione di una serie di formalità e controlli, talora

inutili, con conseguente abbandono di interi settori bisognosi di tutela.

La proposta di decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove si propone un ammodernamento della base giuridica convenzionale dell'assistenza giudiziaria tra Stati membri, limitatamente ai procedimenti per l'acquisizione di prove. Essa, come si vedrà appresso, si caratterizza per la riduzione delle procedure di assistenza giudiziaria ad un ambito esclusivamente tecnico-giuridico, con conseguente abbandono del "doppio filtro" – politico e giurisdizionale –, nonché per la rilevanza riconosciuta al profilo dell'utilizzabilità delle prove acquisite in territorio estero, con superamento della regola tradizionale della *lex loci*, in favore di un nuovo principio per cui lo Stato richiesto deve fornire assistenza giudiziaria nelle forme e procedure indicate dall'autorità giudiziaria che ha emesso il mandato.

Oggetto della nuova procedura di consegna del materiale probatorio sono decisioni giudiziarie che attengono a prove precostituite, ossia oggetti, documenti ed altri dati in questi contenuti; restano escluse, invece, le intercettazioni, le testimonianze ed ogni altra attività istruttoria da svolgere in tempo reale, a meno che queste (o, più correttamente i verbali o altri dati che ne rappresentano la documentazione) non siano preesistenti all'emissione del mandato.

I soggetti coinvolti nella procedura sono lo Stato emittente e lo Stato d'esecuzione, che agiscono in persona delle autorità giudiziarie (giudici, giudici istruttori o pubblici ministeri) competenti ad emettere o ad eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove: è palese la volontà di prediligere una completa giurisdizionalizzazione delle procedure a scapito di qualsiasi ingerenza di quel filtro politico che ha dominato, e domina, i rapporti tra Stati. È previsto, infatti, un rapporto diretto tra autorità d'emissione ed autorità d'esecuzione, con possibile ed eventuale scelta discrezionale di ciascuno Stato di designare autorità centrali per l'esecuzione o la ricezione del mandato.

Per quel che concerne l'esecuzione del man-



dato europeo, è lo Stato richiesto a poter scegliere la procedura da applicare per la ricerca e l'acquisizione della prova richiesta con possibilità, però, per l'autorità d'emissione di avere attribuito il potere di richiedere il rispetto di determinate formalità, che non siano contrarie ai principi fondamentali dello Stato d'esecuzione.

È il provvedimento europeo stesso, inoltre, a stabilire i tipi di procedimento per i quali può essere emesso un mandato europeo di ricerca delle prove, ammettendolo in relazione: a procedimenti penali avviati da un'autorità giudiziaria o che saranno presentati alla stessa con riferimento ad illeciti penali in base alla legislazione dello Stato d'emissione; a procedure amministrative in caso di infrazioni quando esista il diritto di ricorso dinanzi ad una giurisdizione competente in materia penale; a qualsiasi procedimento relativo a reati o infrazioni per i quali può essere considerata responsabile una persona giuridica nello Stato di emissione.

L'intento di velocizzare le procedure è praticamente operato attraverso l'imposizione di utilizzare un formulario *standard* (allegato alla decisione-quadro), uguale per ogni autorità giudiziaria emittente, la quale è tenuta alla sottoscrizione dello stesso per attestarne la veridicità, ed alla sua traduzione nella lingua ufficiale dello Stato d'esecuzione.

La decisione europea prescrive tutta una serie di garanzie per lo Stato di emissione assicurando che il mandato europeo di ricerca delle prove sia emesso soltanto quando l'autorità di emissione ritiene soddisfatte alcune condizioni, e cioè: che gli oggetti, i documenti o i dati ricercati siano necessari e proporzionati ai fini del procedimento per il quale il mandato è emesso. L'obiettivo è di evitare inutili intrusioni nella vita privata, nonché situazioni nelle quali, ad esempio, potrebbe essere richiesta una quantità sproporzionata di documenti per un'indagine su un reato relativamente minore. È richiesto all'autorità di emissione di addurre una descrizione del reato o dei reati oggetto dell'indagine, le ragioni che giustificano l'emissione del mandato ed una sintesi dei fatti a sua

conoscenza: in tal modo, il mandato europeo di ricerca delle prove non potrà essere utilizzato per aggirare le salvaguardie poste dal diritto nazionale dello Stato di emissione in relazione all'acquisizione di alcuni tipi di oggetti, documenti e dati, come mezzi di prova, quali ad esempio quelli che godono di particolare tutela giuridica.

Come evidenziato, tutte le attività si svolgono attraverso la trasmissione diretta del mandato tra autorità giudiziarie competenti vincolate da obblighi ed oneri nello svolgimento delle attività di collaborazione, come quello di riconoscere un mandato europeo di ricerca delle prove senza imporre altre formalità e di adottare immediatamente tutte le misure necessarie alla sua esecuzione: il tutto è ispirato all'intento di velocizzare e snellire le procedure promuovendo la reciproca fiducia tra Stati e tra autorità giudiziarie appartenenti all'UE.

L'esecuzione del mandato deve avere luogo esattamente come se oggetti, documenti o dati fossero acquisiti da un'autorità dello Stato di esecuzione, con possibilità di scelta, per l'autorità competente, delle misure che, conformemente alla legislazione nazionale, assicurano la messa a disposizione degli stessi oggetti, documenti o dati richiesti dal mandato per decidere se è necessario ricorrere a misure coercitive ai fini dell'assistenza.

Sono previsti dei motivi di non riconoscimento e di non esecuzione: il testo della norma europea riserva espressamente ai giudici, ai giudici istruttori ed ai pubblici ministeri dello Stato di esecuzione la decisione di non riconoscere o di non dare esecuzione ad un mandato (anche nei casi in cui l'esecuzione sia affidata ad un'autorità di polizia o amministrativa, quest'ultima deve comunque ottenere una decisione del giudice, del giudice istruttore o del pubblico ministero prima di rifiutarsi di dare riconoscimento ed esecuzione al mandato).

Il rifiuto al riconoscimento è consentito qualora l'esecuzione sia contraria al principio del *ne bis in idem*; qualora il mandato si riferisca a fatti non costituenti reato nello Stato d'esecuzione, ma solo nel caso in cui siano di-

sposte perquisizioni e sequestri; qualora lo Stato d'esecuzione preveda privilegi ed immunità che, di fatto, rendono impossibile l'esecuzione; qualora il mandato sia stato emesso da una autorità diversa da quella competente e non sia intervenuta successiva convalida da parte di quest'ultima (sempre in caso di perquisizione e sequestro); altresì, al rifiuto dell'esecuzione e del riconoscimento può procedersi quando il mandato si riferisca a fatti che la legislazione dello Stato d'esecuzione considera commessi in tutto, o in parte essenziale, nel suo territorio o al di fuori del territorio dello Stato d'emissione e la legislazione dello Stato d'esecuzione non consenta l'esercizio dell'azione penale per gli stessi. Tra gli ultimi motivi di rifiuto sono annoverati quelli riguardanti lesioni alla sicurezza nazionale e quelli attinenti alle formalità da rispettare nella compilazione del formulario.

Il riconoscimento e la conseguente esecuzione del mandato europeo non sono subordinati alla verifica della doppia incriminabilità salvo nei casi in cui sia necessario effettuare perquisizioni e sequestri ed il reato per cui si procede non rientri tra quelli indicati nella lista delle trentadue fattispecie criminose delineata dalla decisione-quadro. D'altro canto, è ormai risaputo come il rifiuto di eseguire decisioni giudiziarie estere per il motivo che l'atto che ne è all'origine non costituisce un reato nel diritto nazionale dello Stato di esecuzione sia incompatibile con il principio del reciproco riconoscimento e con la valorizzazione della fiducia tra Stati che va oltre, o così dovrebbe essere, quegli scopi meramente politici ed utilitaristici propri dei rapporti interstatuali.

L'elenco dei reati riprende quello relativo alla decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo: si tratta di un elenco che non prevede una soglia relativa alla durata della pena detentiva minima o ad altra sanzione nello Stato d'emissione, e ciò potrebbe suscitare le stesse giustificate polemiche (e ritardi nell'attuazione) che hanno colpito la decisione sul mandato europeo d'arresto, e che hanno da sempre evidenziato la necessità di un co-

dice di regole comuni a tutti i Paesi membri dell'UE.

La decisione sul riconoscimento deve essere presa nel minore tempo possibile: un primo termine è stabilito in trenta giorni dalla ricezione del mandato da parte dell'autorità competente; nel caso in cui sussistano motivi di rinvio dell'esecuzione, questa deve comunque intervenire entro sessanta giorni dalla ricezione.

Al soggetto privato interessato della procedura di ricerca di elementi probatori deve essere assicurata la possibilità di poter esperire mezzi di impugnazione quando l'esecuzione del mandato richieda il ricorso a misure coercitive: in questi casi, spetta agli Stati membri tutelare i diritti delle persone interessate dal procedimento, in conformità al loro diritto nazionale e nel rispetto della C.e.d.u. E se lo Stato d'esecuzione, in virtù della legislazione nazionale, è responsabile del danno causato ad una delle parti colpite illegittimamente dalle misure coercitive, lo Stato d'emissione sarà tenuto al versamento di una somma a titolo di rimborso e risarcimento danni per la parte lesa, se e nella misura in cui il danno non sia imputabile alla condotta dello Stato d'esecuzione.

Dalla procedura così descritta, gli spunti problematici che si presentano meritevoli di approfondimento riguardano i criteri di ammissibilità del materiale probatorio e gli effetti del nuovo regime di circolazione. L'estrema eterogeneità esistente ad oggi riguardo ai criteri di ammissibilità delle prove in ciascun sistema nazionale – espressione della profonda diversità di senso data nei vari ordinamenti a determinati principi – potrebbe costituire ostacolo rilevante al momento dell'attuazione dei nuovi strumenti comuni di cooperazione. La relatività dei concetti impone sicuramente di muoversi con cautela e solo l'elaborazione delle diverse regolamentazioni a livello interno potrà permettere di trarre delle conclusioni certe.

La normativa codicistica italiana è tra quelle che prescrive maggiori garanzie, almeno formali, in materia di prove: la possibilità, quindi, di indicare specifiche formalità esecutive

dovrebbe consentire alle autorità italiane di ottenere, nella ricerca della prova all'estero, il rispetto di formalità e procedure che sarebbero comunque seguite durante l'esecuzione in Italia di un mandato europeo di ricerca delle prove. Basti pensare, in proposito, alle garanzie previste dal codice di procedura penale per i mezzi di ricerca della prova tipici, ossia all'obbligo di redazione di verbali e alla facoltà per l'interessato di farsi assistere da un difensore, alla possibilità di utilizzare verbali di intercettazioni attinenti a procedimenti diversi da quello per cui si procede che il codice restringe e limita ma che la decisione-quadro ammette, forse con troppa facilità. E ci si chiede se allora tali restrizioni ai poteri dell'autorità inquirente di incidere sui diritti di qualsiasi individuo coinvolto saranno tenuti in vita e rafforzati o, viceversa, sconfessati per consentire una "troppo libera" circolazione di elementi probatori.

Ciascuna di queste problematiche assume, ovviamente, lineamenti più eclatanti nel momento in cui non sia istituito un sistema di rimedi per impedire l'utilizzabilità di elementi raccolti, anche involontariamente, in maniera illegale e perciò solo illecite alla fonte. Ed è proprio tale aspetto a rappresentare un'enorme lacuna contenuta nella decisione europea in parola, che è auspicabile si colmi attraverso la previsione di rimedi caducatori dell'efficacia probatoria e dimostrativa di quegli elementi raccolti illegalmente: si tratta, in concreto, di tutelare interessi individuali (ovvi) che sembrano non trovare *spatium agendi* all'interno del procedimento giurisdizionale tratteggiato. Più in particolare, la struttura sottostante la decisione-quadro echeggia un modulo che ammette un'autorità inquirente innanzi ad un giudice ma non l'indagato: non s'intravedono spazi di contraddittorio, di oralità ed immediatezza nella formazione del prova né nella raccolta della stessa.

E non solo. Gli Stati membri sono obbligati ad eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove, salvo le ipotesi di rifiuto espressamente indicate e sopraccitate (immunità,

*ne bis in idem*, rispetto dei diritti fondamentali). Pertanto, si ritiene impossibile il rifiuto dell'esecuzione qualora il fatto per il quale è emesso il mandato non costituisca reato secondo l'ordinamento nazionale dello Stato d'esecuzione oltre che secondo quello dello Stato d'emissione (principio della doppia punibilità o incriminazione): l'esegesi letterale di una simile previsione, abolitiva di una verifica della sussistenza della doppia punibilità per i reati elencati nella decisione-quadro, non mancherà di suscitare polemiche che dovranno essere risolte dal Legislatore interno per ovviare alle concrete lesioni dei diritti della persona, derivanti proprio dalla possibilità di eseguire indagini anche nei confronti di soggetti colpevoli di fatti non punibili secondo la legge dello Stato d'esecuzione o prescritti.

*5. Prova e diritto convenzionale: la tutela delle garanzie individuali.* – Il rischio della tendenza alla semplificazione delle forme è che si appannino le garanzie del singolo; ecco allora che il punto di partenza (e di arrivo), nel circoscrivere le nuove dimensioni della prova, in una prospettiva nuova – quella da un punto di vista europeo – deve sempre essere il monitoraggio costante dei diritti dell'individuo nel rispetto di quei parametri di riferimento, inemendabili, contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, definita come «vera e propria cerniera culturale tra i sistemi processuali di *common law* e la giustizia continentale».

La Convenzione, tra le sue norme, ne contiene alcune che manifestano attitudini marcatamente processuali – quali gli artt. 5, 6, 8 e 2 del protocollo aggiuntivo n. 7 – e che assumono rilevanza nella realizzazione di *standards* processuali comuni, non tanto per la loro enunciazione in senso stretto, ma piuttosto per il carattere programmatico che offrono ai diritti in essi menzionati, in prospettiva di un loro costante sviluppo grazie all'ausilio costante di giurisprudenza e prassi a presidio dei diritti umani.

L'ideologia di fondo legata ad un sistema processuale con connotati minimali vera-

mente in linea con gli *standards* convenzionalmente accettati, deve portare alla realizzazione in ogni Stato membro di dinamiche processuali veramente al passo con le norme e la prassi sovranazionale.

Le norme sulla prova in materia penale costituiscono una garanzia per i diritti del soggetto coinvolto nel processo, pur rappresentando terreno infido e friabile per le interconnessioni con altri istituti giuridici, quali la giurisdizione nella sua accezione più ampia, i soggetti processuali coinvolgibili e le variegate pretese in capo a questi, l'eventualità di aprire il processo ad accertamenti che non siano strettamente legati all'affermazione di responsabilità. Si tratta, invero, di metodologie di approccio che, implicando un risultato differente, involgono di riflesso differenti mezzi di prova e la loro portata.

In materia probatoria, le più numerose affermazioni di principio contenute nella C.e.d.u., concernono il diritto alla prova dell'inquisito, cui si riferisce l'art. 6, 3° §. Un particolare rilievo, comunque, assumono specificamente i rapporti del diritto alla prova con il contraddittorio nell'assunzione della stessa.

Il principio del contraddittorio con i relativi istituti ad esso strumentali, è quello che mostra una maggiore sovrapposizione tra gli schemi formali delle convenzioni internazionali rispetto all'attuale art. 111 Cost., spettando all'imputato il diritto alla conoscenza dell'accusa, a tempi e facilitazioni adeguate, all'autodifesa e all'assistenza difensiva, alla *par condicio* nella convocazione dei testi a carico e alla contestazione di quelli a carico, all'assistenza gratuita di un interprete. Il contraddittorio rappresenta una regola, seppur inespressa ma implicita nell'art. 6 C.e.d.u., che inerisce alla tutela del soggetto coinvolto nel processo. Emerge, invero, dalla stessa nozione di *hearing*, un profilo concernente la salvaguardia che, nell'ambito procedurale, l'interessato sia posto nella condizione di "farsi sentire", cioè di poter esporre le ragioni proprie e controbattere quelle avversarie. E poiché ciò, dato l'ambito di applicazione della norma in argomen-

to, deve essere garantito in riferimento a qualunque processo, non solamente a quello penale, ne deriva una voluta distinzione tra principio del contraddittorio e diritto di difesa. Tuttavia, il diritto di difesa si pone quale aspetto del contraddittorio, rappresentando quest'ultimo, la salvaguardia del primo: può dirsi, infatti, che il diritto di difesa costituisca una garanzia di concreta osservanza del contraddittorio, in quanto ne costituisce l'espressione.

La dialettica tra le parti è realmente tale solo ove la contesa si svolge davanti ad un soggetto terzo rispetto alle parti. D'altra parte, la fisionomia del processo penale come *actius trium personarum* non si integra se non attraverso la contrapposizione dialettica tra l'accusatore e colui che dall'accusa deve difendersi e che, colpevole o non, detiene conoscenze di rilevanza decisiva ai fini della decisione del giudice terzo: ogni decisione deve scaturire, di regola, dalla valutazione di elementi probatori alla formazione dei quali tutte le parti processuali abbiano effettivamente partecipato.

Ed il contraddittorio si configura quale 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 ed interrogare chiunque renda dichiarazioni a suo carico. Invero, solo il diretto interessato – poiché la presenza della sola difesa tecnica non è idonea ad assicurare la realizzazione di un effettivo contraddittorio – è in grado di rilevare l'eventuale falsità di circostanze narrate dal testimone d'accusa, di suggerire domande e proporre verifiche; solo l'imputato è in grado di portare quel contributo conoscitivo rilevante per la ricostruzione del fatto storico e per la sua difesa. E seppure l'esame dell'accusatore può svolgersi esclusivamente per il tramite del difensore, all'imputato spetta sempre la possibilità di presenziare all'acquisizione della prova.

La prova ed il procedimento concorrente alla sua formazione, si caratterizza, nella Convenzione e.d.u., per "l'eguaglianza o parità di armi" che deve dominare nel diritto di esa-

minare o far esaminare i testimoni a carico, mediante la tecnica c.d. *adversary*, ritenuta la più idonea affinché emerga la verità degli enunciati, il cui conseguimento, se riguardante le affermazioni fattuali delle parti, costituisce il presupposto storico per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile al caso concreto. Garantire a ciascuna parte di poter presentare all'altra ed al giudice, l'insieme dei dati ritenuti più idonei a sostenere la propria tesi, interloquendo su analoghi argomenti presentati dall'altra nel materiale processuale, significa anche consentire un espletamento della funzione giurisdizionale conforme ad uno dei canoni fondamentali di qualunque ricerca della verità. In tale prospettiva, il contraddittorio esula dalle sterili polemiche su modelli processuali, per venire a caratterizzare un metodo indipendente da scelte contingenti di politica processuale (in proposito v. C. Cost. n. 32/2002, che definisce il «contraddittorio come metodo di conoscenza»).

Quelli tratteggiati, rappresentano i principi della giurisdizione e del giusto processo espressi dalle disposizioni sovranazionali che soli danno vita ad una decisione terminativa del processo suscettibile di esecuzione. Detto altrimenti, la sentenza non può dirsi eseguibile allorché non scaturisca da un processo equo, che si caratterizza per il metodo dell'oralità e del contraddittorio, per la garanzia del diritto alla prova ed alla controprova, per l'imparzialità del giudice.

Correlativamente, la violazione della posizione processuale dell'imputato è «manifesta» ogni qualvolta si neghi o si limiti il suo potere di rappresentare la realtà dei fatti a lui favorevole, attraverso un'opinabile restrizione dei mezzi di prova offerti o dell'oggetto di prova proposto. Posto che il diritto alla prova si esprime principalmente nel diritto alla prospettazione della prova contraria, viola quanto espresso dal disposto di cui all'art. 6 C.e.d.u. ogni esclusione di ammissione della controprova richiesta dalla difesa, se e quando questa possa impoverire la portata persuasiva di quanto addotto dall'organo d'accusa. Questo a livello di principio.

Nella pratica, nel corso del dibattimento di primo grado, la difesa, sui temi oggetto della prova a carico, ha la facoltà di chiedere l'estensione dell'indagine in direzione di qualsiasi altro dato significativo per la ricostruzione dell'atto principale, con conseguente diritto di ottenere, nel rispetto della «parità di armi», l'ammissione delle prove a discarico, volte ad accertare se quel fatto non si sia realmente verificato, anche attraverso la dimostrazione di fatti diversi con esso logicamente inconciliabili; altrettanto deve valere, una volta instauratasi validamente la fase dell'impugnazione, ove risulti che questo specifico diritto non sia stato anteriormente esercitato dalla difesa dell'imputato per cause non riconducibili alla sua volontà (Corte eur., 5.12.2002, Craxi c. Italia; Corte eur., 28.3.2002, Birutis c. Lituania; Corte eur., 20.12.2001, P.S. c. Germania; Corte eur., 14.12.1999, A.M. c. Italia; Corte eur., 23.4.1997, Van Mechelen c. Paesi Bassi; Corte eur., 20.9.1993, Saidi c. Francia).

#### 6. *Contraddittorio e testimonianze anonime.*

– Il quadro derivante da un sistema giuridico multilivello, nel quale si mescolano leggi nazionali, atti internazionali e giurisprudenza sovranazionale, tiene conto di aspetti peculiari che possono concorrere a caratterizzare determinati mezzi di prova.

In quest'ottica, particolare rilevanza assume la possibilità di ricorrere al teste anonimo – soggetto la cui identità anagrafica non è resa nota all'accusato e al suo difensore – circoscritta da precise garanzie e condizioni quanto alla sua ammissibilità ed utilizzabilità.

L'impiego delle deposizioni anonime ha formato oggetto di una significativa attenzione da parte delle istituzioni internazionali.

Il Comitato dei ministri del Consiglio UE – mediante la Raccomandazione n. R (97) 13, adottata il 10.9.1997 –, occupandosi della protezione dei testimoni e dei diritti della difesa, si è soffermato in particolare sulla garanzia del contraddittorio e del controllo giurisdizionale in rapporto alla concessione dell'anonimato, come pure sulla verifica della credibilità del dichiarante, procedendo all'elencazione in via tassativa delle ragioni che

possono giustificare l'eccezionale misura rispettivamente per il teste comune e per quello impegnato in operazioni sotto copertura, ed alla limitazione dell'efficacia probatoria delle dichiarazioni anonime.

Le previsioni suddette recepiscono le linee-guida tratte dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, rimaste pressoché costanti nel tempo attraverso le quali, pur senza mai ad una radicale contestazione di legittimità, si è colta l'occasione per trattteggiare garanzie "forti", a tutela dei diritti della difesa.

In particolare, i Giudici strasburgesi hanno espresso alcune specificazioni evidenziando che occorre trattare con estrema cautela le dichiarazioni raccolte da testimoni in condizioni tali da non garantire i diritti della difesa secondo gli *standards* ordinariamente richiesti dalla Convenzione (Corte eur., 26.3.1996, Doorson c. Paesi Bassi); che, nel valutare se le procedure adottate per interrogare un testimone anonimo siano sufficienti a controbilanciare gli svantaggi per la difesa, occorre dare il giusto peso al grado di incidenza di tale testimonianza rispetto alla condanna del ricorrente (Corte eur., 4.7.2000, Kok c. Paesi Bassi); e che, sul presupposto che, alla luce del ruolo rivestito da un'equa amministrazione della giustizia in una società democratica, ogni misura restrittiva dei diritti della difesa deve essere impiegata solo se strettamente necessaria, qualora una diversa misura restrittiva risulti ugualmente efficace, sarà quest'ultima a dover essere applicata in luogo dell'anonimato (Corte eur., Van Mechelen c. Paesi Bassi, cit.).

Sulla scorta di tali moniti, l'impiego di fonti anonime, deve ritenersi ammissibile quando al procedimento penale si associ un pericolo concreto ed attuale per l'incolumità dei testi d'accusa o dei loro familiari, che può essere connesso all'attività di organizzazioni criminali o gruppi terroristici, ovvero desumersi dall'esistenza di minacce serie ed attuale contro il dichiarante o terzi, o ancora essere tratto da valutazioni prognostiche fondate sulla personalità dell'imputato, sulla natura del reato contestato, sul contesto ambientale

nel quale si inquadrano l'attività criminosa ed il contributo probatorio (orientate univocamente in tal senso sono, ad esempio, le pronunce relative a vicende processuali in cui l'anonimato era giustificato dall'attività di gruppi terroristici, o dall'ambiente carcerario: v. rispettivamente, Corte eur., Birutis c. Lituania, cit.; Corte eur., A.M. c. Regno Unito, cit.). Da escludersi, invece, la possibilità di concedere l'anonimato sulla base di pure e semplici richieste del dichiarante, in quanto la semplice volontà di rimanere anonimo del testimone, non può giustificare la restrizione del diritto di difesa (Corte eur., 14.2.2002, Visse v. Paesi Bassi).

Di particolare interesse, si presenta anche la posizione dei membri delle forze di polizia e dei servizi di sicurezza nel testimoniare. Mentre da un lato si è ritenuto che questi soggetti, poiché sono tenuti ad un dovere di obbedienza e spesso sono strettamente legati alla pubblica accusa, si ritiene che non possano equipararsi a testimoni disinteressati o a vittime, dall'altro si è affermato il principio secondo cui, sempre che i diritti della difesa siano rispettati, le autorità di polizia possano scegliere liberamente di preservare l'anonimato di un singolo agente non solo al fine di assicurare la protezione del medesimo, ma anche allo scopo di non compromettere la possibilità di utilizzarlo in altre operazioni (Corte eur., 15.6.1992, Ludi c. Svizzera). Da ciò, alla situazione di svantaggio nella quale la difesa si trova ad operare, si contrappone il riconoscimento di necessità particolari da compensare e che, inevitabilmente, incidono sia sulla fase dell'assunzione sia sul momento della valutazione della prova.

Relativamente alle modalità di assunzione delle testimonianze anonime, si ritiene di controbilanciare la posizione di svantaggio della difesa attraverso una procedura in cui l'audizione protetta del teste avvenga senza la partecipazione dell'imputato, ma con la partecipazione attiva del difensore, ed in presenza del giudice, sempre posto a conoscenza dell'identità del soggetto al fine di saggiarne la credibilità: sul punto viene ope-



rata una equiparazione tra giudice competente per la fase delle indagini e giudice chiamato ad emettere la pronuncia di merito, stabilendo che l'intervento nella raccolta delle informazioni possa essere attuato indifferente dal primo o dal secondo organo giurisdizionale. Viene attribuita una rilevanza decisiva alla possibilità, per la difesa, di porre direttamente qualsiasi domanda la teste anonimo e di contestare la sua deposizione mettendone in dubbio la credibilità (cfr., le già citate Corte eur., Doorson c. Paesi Bassi e Van Mechelen c. Paesi Bassi).

Con riferimento alla valutazione della prova fornita sotto anonimato, il principio generale elaborato dalla C.e.d.u. è analogo a quello elaborato in relazione alla categoria dei testimoni assenti, ossia che non depongono in sede dibattimentale, pur avendo precedentemente reso dichiarazioni a contenuto testimoniale nelle fasi anteriori al giudizio: una condanna non può fondarsi esclusivamente sul contributo probatorio del teste anonimo. Il criterio del peso probatorio concretamente assunto dalla testimonianza anonima è stato applicato dalla Corte europea, nelle più recenti pronunce, attraverso un esame attento dei singoli tasselli del mosaico probatorio, per verificare se le diverse prove raccolte si corroborino con altri elementi, escludendo che una testimonianza anonima possa trovare valida conferma in un'altra deposizione dello stesso tipo (Corte eur., 27.9.1990, Windisch c. Austria).

Il contrasto del procedimento relativo all'ammissione e valutazione della testimonianza anonima con i principi del processo equo sanciti dall'art. 6, § 1° e 3°, C.e.d.u., è stato evidenziato da una recente sentenza della Corte europea (Corte eur., 28.2.2006, Krasnik c. Repubblica Ceca), riguardante il ruolo assunto dalla testimonianza anonima all'interno del complessivo quadro probatorio posto alla base della decisione di condanna. La rilevanza decisiva delle dichiarazioni anonime, secondo la giurisprudenza strasburghese, è da ritenersi decisiva in una situazione in cui i residui probatori si caratterizzano per un'ineliminabile equivocità, prestandosi

a fungere da riscontro sia della tesi d'accusa, sia di quella della difesa.

Si coglie un modello di procedimento probatorio che debba necessariamente comprendere una procedura di verifica, compiuta dall'autorità giudiziaria in contraddittorio tra le parti, sull'effettiva configurabilità delle ragioni tassative che possono sorreggere la scelta dell'anonimato, ed una delimitazione restrittiva dell'efficacia dimostrativa delle dichiarazioni del teste non identificato, le quali non possono utilizzarsi come elemento dirimente per sciogliere in senso favorevole all'accusa il contrasto tra le diverse prospettazioni delle parti.

Ovvie le conseguenze a trarsi da tali manifestazioni di principio che, nel percorso di trasformazione e integrazione dei sistemi giuridici che attraversa il continente europeo, assegnano alla giurisprudenza dei diritti umani un ruolo sempre più decisivo e fortemente potenziato: la reciproca fiducia tra Stati non può non essere fondata su comuni *standards* di protezione dei diritti processuali all'interno dell'Unione europea. Nell'intento di integrare la preminenza del diritto con l'idea di "società democratica", il controllo operato dalla C.e.d.u. sulle restrizioni ai diritti riconosciuti nella Convenzione di Roma si sviluppa nella duplice prospettiva di legalità ed esistenza di una garanzia giudiziaria effettiva. A ciò si associa il tangibile diffondersi dell'attenzione per gli indirizzi della Corte stessa nell'*iter* argomentativo seguito dai giudici interni. Quella che sembra preannunciarsi, di riflesso, è una progressiva armonizzazione tra ordinamenti attuata dal "basso", sotto le insegne della condivisione e del consenso, attraverso la crescita silenziosa di un diritto comune di matrice giurisprudenziale, caratterizzato da un intenso dinamismo ma anche da un profondo rispetto delle diverse tradizioni giuridiche.

*7. Riservatezza e intercettazioni di comunicazioni.* – Nell'ambito dei diritti fondamentali dell'Unione, la nuova Costituzione annovera quello al rispetto della vita privata e familiare, al domicilio e alle comunicazioni (art. II-67, Cost. eur.).

Il riconoscimento dei diritti appena citati non costituisce novità nel panorama normativo sovraordinamentale: una previsione pressoché simile a quella della nuova Costituzione per l'Europa è contenuta all'art. 8 C.e.d.u. che, contemplando analoghe garanzie, fissa le condizioni che consentano ingerenze da parte delle autorità statali. Ed è proprio alla Convenzione europea dei diritti umani che il nuovo testo costituzionale si ispira, dichiarando espressamente di riaffermare i diritti in essa enunciati, come ricostruiti dalla giurisprudenza strasburghese e di attribuirvi, così, lo stesso significato e la stessa portata.

Lo stretto collegamento tra le due normative, autorizzando ad interpretare il nuovo testo costituzionale alla luce dell'ermeneutica sedimentata nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, evidenzia il dato che la Costituzione dica molto meno della C.e.d.u.: mentre la norma costituzionale di riferimento, corrisponde alla sola prima parte dell'art. 8 C.e.d.u., prevedendo il diritto alla riservatezza nelle sue sfaccettature, la Corte europea qualifica la nozione di «interferenza» leggittima di cui al 2° co. dell'art. 8 citato.

Circoscrivendo il tema della trattazione, va rilevato come l'attenzione della Corte europea è spesso rivolta a delineare i contorni del diritto al rispetto della riservatezza delle comunicazioni, suscettibile di violazione attraverso l'intercettazione dei flussi di comunicazione, definita, per tale motivo, quale «mezzo acquisitivo della prova di micidiale insidiosità per la sua capacità a violare, quasi subdolamente ed in modo occulto, la sfera intima del privato che mediante la comunicazione instaura un collegamento con l'esterno».

L'art. 8, 2° §, C.e.d.u., prevede che possano essere ammesse violazioni del diritto fondamentale alla vita privata ove esse siano giustificate da una legge dello Stato interessato. I giudizi espressi dalla Corte strasburghese si impongono un preciso schema *procedendi*: verifica della rinvenibilità di una forma di ingerenza della pubblica autorità nel diritto di ogni cittadino alla riservatezza delle sue

comunicazioni; previsione legislativa di tale ingerenza, giustificata da una serie di esigenze indicate nell'art. 8, 2° §, C.e.d.u.; sua necessità in una società democratica.

Sulla scorta di tale ragionamento, la Corte ha più volte ribadito la necessità che qualunque forma di ingerenza debba trovare la sua giustificazione in una base legale, ovvero in una normativa (Corte eur., 8.4.2003, M.M. c. Paesi Bassi; Corte eur., 22.10.2002, Taylor-Sabori c. Regno Unito; Corte eur., 16.7.2002, Armstrong c. Regno Unito) che ne regoli in maniera esaustiva e chiara i presupposti e le modalità applicative (Corte eur., 25.2.1992, Andersson c. Svezia; Corte eur., 27.4.2004, Doerga c. Paesi Bassi). Le leggi dei singoli Stati devono contenere in maniera dettagliata i casi in cui può essere disposta un'attività di captazione occulta, stabilendo garanzie minime al fine di evitare abusi di potere.

Dalla tassatività dei casi nei quali l'intercettazione è ammessa, attraverso il tempo entro il quale il diritto del soggetto alla propria riservatezza può essere compromesso, fino alle modalità di intromissione, acquisizione e custodia della notizie apprese, tutto deve essere previsto dalla legge dello Stato che, in relazione a tali momenti è tenuto a stabilire forme di controllo contro gli abusi: da ciò il concetto di riserva di legge cui ciascuno Stato è vincolato, indipendentemente dalla rilevanza processuale che possano assumere i risultati delle attività di intercettazione (Corte eur., 25.3.1998, Kopp c. Svizzera).

In relazione alla garanzia contro gli abusi, deve essere sempre prevista per il soggetto coinvolto nella procedura la garanzia di contestare le irregolarità eventualmente commesse dall'autorità. Un controllo deve essere garantito, oltre che in rapporto al parametro temporale prefissato dalla legge, anche in relazione alla sussistenza e permanenza in concreto della situazione legittimante l'intrusione, con la conseguenza che nel caso in cui la necessità di intercettare venga meno prima della scadenza originaria o prorogata del termine stabilito dal provvedimento autorizzativo, da tale momento l'interferenza viene a configurarsi come convenzionalmente illegit-

tima (Corte eur., 24.8.1998, Lambert c. Francia). Organo deputato a tale controllo, seppure la Corte europea non si esprima in termini di vera e propria riserva di giurisdizione, non può che ritenersi un giudice, terzo ed imparziale, rispetto alle attività investigative, in quanto «la qualità di magistrato, di colui che ordina ed esegue le intercettazioni può, *ipso facto*, implicare la regolarità delle stesse, rendendo inutili i ricorsi dell'interessato» (Corte eur., 29.3.2005, Matheron c. Francia): se è vero, infatti, che la limitazione del diritto alla riservatezza può essere disposta dall'autorità politico-amministrativa, la decisione deve essere sempre sottoposta alla verifica del giudice terzo proprio sul punto del controllo dell'interferenza contro gli abusi (Corte eur., 6.9.1978, Klass c. Germania). Di conseguenza, il controllo delle giustificazioni addotte a sostegno del provvedimento autorizzativo e la verifica delle concrete modalità di esecuzione dell'ingerenza, non possono prescindere dall'intervento giurisdizionale: soltanto l'attribuzione ad un giudice terzo dei poteri di controllo che attengono alla predisposizione, anche materiale, dei servizi tecnici per procedere alla captazione delle comunicazioni, può ritenersi in sintonia con la disciplina convenzionale che, in estrema sintesi, pretende che si proceda soltanto ad intercettazioni autorizzate, nel rispetto dei limiti dell'autorizzazione (Corte eur., 23.9.1998, Malone c. Regno Unito). In effetti, il fitto reticolato di disposizioni che all'interno di ogni singolo Paese disciplina la captazione dei flussi di comunicazione risulterebbe «vuota tautologia se ad esso non corrispondesse la garanzia che l'organo deputato al controllo sia veramente terzo ed imparziale rispetto alla vicenda».

E non è tutto. La giurisprudenza europea, formatasi intorno alla disposizione di cui all'art. 8 C.e.d.u., si è spinta sino a far rientrare nella tutela convenzionale non solo il contenuto delle conversazioni, ma anche i dati esteriori alle stesse, riconoscendo come i verbali delle registrazioni, i quali costituiscono un elemento integrante della comunicazione e, correlativamente, la consegna di tali dati

all'autorità giudiziaria, senza il consenso dell'abbonato, non può non risolversi in un'interferenza con il diritto garantito dall'art. 8 C.e.d.u. (Corte eur., 2.8.1984, Malone c. Svizzera). Di recente, poi, si è affermato che la conservazione di dati concernenti l'individuo, a prescindere dal loro successivo utilizzo, rappresenta una ingerenza nella vita privata e, pertanto, deve essere prevista e disciplinata in maniera chiara dalla legge (Corte eur., 16.2.2000, Amman c. Svizzera). Le garanzie di riservatezza tutelate dalla Convenzione europea sono state riconosciute tali da incidere, limitandone, anche su altre garanzie, ugualmente fondamentali in una società democratica.

Da un lato, si pensi alla libertà d'espressione esercitata a mezzo della stampa. In proposito, se non può negarsi l'esistenza di un interesse generale a ricevere informazioni su personaggi pubblici coinvolti in vicende giudiziarie, questo stesso interesse deve essere circoscritto esclusivamente a fatti che sono connessi con le accuse mosse all'imputato (Corte eur., 17.7.2003, Craxi c. Italia). In ipotesi del genere, la Corte ha ricordato che l'oggetto fondamentale della norma convenzionale *de qua*, è la protezione dell'individuo dalle interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità, non limitandosi ad obbligare le autorità interne ad astenersi dalle stesse, ma richiedendo interventi positivi per rendere effettive le garanzie al rispetto della vita privata (Corte eur., 24.2.1998, Botta c. Italia): in altre parole, al verificarsi di una divulgazione di notizie o dati di natura strettamente privata, ancorché riguardanti personaggi pubblici, l'obbligo positivo inerente l'effettivo rispetto alla vita privata implica il dovere dello Stato di effettuare, in extremis, inchieste efficaci al fine di porre rimedio alla violazione (Corte eur., Craxi c. Italia, cit.).

Sotto altra prospettiva, la Corte di Strasburgo ha prestato attenzione altresì alla tutela della segretezza delle comunicazioni del difensore. Invero, il diritto dell'imputato di comunicare col suo difensore al di fuori della portata di un terzo figura, oltre che quale momento rilevante ai fini dell'art. 8

C.e.d.u., quale esigenza basilare per la realizzazione di un processo equo come dall'art. 6 C.e.d.u., posto che ove il difensore non potesse comunicare col suo assistito senza una tale sorveglianza e ricevere notizie confidenziali o indicazioni riservate, la sua assistenza perderebbe di ogni utilità. L'importanza del rapporto confidenziale tra difensore ed assistito, al fine del concreto esercizio del diritto di difesa, è stata oggetto di diverse decisioni con le quali la Corte europea ha ritenuto che la sorveglianza dei colloqui tra difensore ed assistito limita il diritto di difesa violando l'art. 6, lett. b) e c), C.e.d.u., anche quando sia giustificata da finalità probatorie conseguenti alla possibilità che tra i due possano esserci «collusione e complicità» (Corte eur., 31.1.2002, Lanz c. Austria).

In relazione all'art. 8 C.e.d.u., se ne ha la violazione nel caso in cui l'ordinamento non escluda la possibilità di intercettare i dialoghi telefonici tra difensore e difeso

(Corte eur., 25.3.1998, Kopp c. Svizzera), ed è evidente come tale limitazione debba estendersi sino a comprendere ogni forma di captazione che abbia ad oggetto l'attività difensiva, posto che la *ratio* della tutela è tesa alla protezione di notizie che, a prescindere dalla condotta e dalla sfera privata del soggetto avvocato, coinvolgono interessi di difesa del soggetto coinvolto nel processo.

In considerazione della concretezza delle situazioni tutelate dal diritto convenzionale, che prescindono da una puntuale tipizzazione delle stesse, in tema di comunicazioni tra imputato/indagato e suo difensore, la giurisprudenza europea non ha mancato di rilevare come «quale che sia la natura degli impedimenti che l'autorità può frapporre all'esercizio dei diritti di comunicazione, questi non possono giammai determinare compromissione o ritardo nell'attività difensiva» (Corte eur., 15.11.1996, Diana c. Italia; Corte eur., 15.11.1996, Domenichini c. Italia).