

## OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE

Direzione  
ALFREDO GAITO

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

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



## INDICE-SOMMARIO

### EDITORIALE

Il ruolo e la funzione della cassazione penale verso nuovi equilibri di <i>A. Gaito</i> .....	pag.	V
--	------	---

### IL PUNTO SU ...

La durata ragionevole del processo (garanzia oggettiva) e la durata irragionevole del “processo breve” (garanzia soggettiva) di <i>V. Garofoli</i> .....	pag.	1
---	------	---

### DECISIONI IN PRIMO PIANO

Pubblicità dell'udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso “comunitariamente orientato” di <i>F. Romoli</i> pag. ....	pag.	6
I rimedi per il contumace “incolpevole” nel “dialogo” tra Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo di <i>M. Montagna</i> .....	pag.	11
In tema di diritto alla prova di <i>R. Governa</i> .....	pag.	20
Il mandato di arresto europeo: Decisione-Quadro 2002/584/GAI e Legge del 22 aprile 2005, n. 69, profili d'incostituzionalità? di <i>E. Fonseca</i> .....	pag.	23
Il vizio di motivazione nell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità di <i>D. Converso</i> .....	pag.	26

### STUDI

Per uno statuto della logica nel giudizio di legittimità di <i>G. Dominici</i> .....	pag.	35
Logica e prova indiziaria di <i>A. Abet</i> .....	pag.	39

### RIFLESSIONI

La riparazione per l'ingiusta detenzione di <i>A. Bonsignore</i> .....	pag.	53
---	------	----

### OPINIONI

Quale verità nel processo mediatico? di <i>T. Tedeschi</i> .....	pag.	59
---	------	----



## **Il ruolo e la funzione della cassazione penale verso nuovi equilibri**

[Destinato agli «*Studi in onore di Mario Pisani*», è la rielaborazione aggiornata di uno scritto già pubblicato nel volume collettaneo «*Processo penale e Costituzione*», a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, pp. 519-540, con il titolo «*Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere)*»]

### *1. Resistenze culturali e necessità di nuovi equilibri «comunitariamente orientati».*

– Quando si parla di giudizio di fatto e di giudizio di diritto, si suole ripetere che vecchio e nuovo sono connotati tanto vicini tra loro da potersi quasi sovrapporre; e se, in astratto, la distinzione fra i vari aspetti del giudizio di diritto richiederebbe chiarimenti para filosofici e metafisici, per quanto mi riguarda preferisco autolimitarmi ad una funzione di complemento su profili d'indagine forse poco raffinati ma certamente attuali e concreti, pur senza rinunciare alla mia tendenziale dimensione provocatoria.

Il tema del ruolo e della funzione della cassazione penale nel momento decisivo del giudizio di diritto, non può essere affrontato solo in rapporto a schemi teorici preconfezionati ed alle pretese aspettative della collettività bensì tenendo in adeguata considerazione anche le esigenze garantistiche dell'imputato.

Il giudizio di diritto in cassazione è semplicemente una fase intermedia, tra le tante che contrassegnano la progressione del processo penale dalla *notitia criminis* al completamento dell'esecuzione della pena. In questa ortodossa prospettiva, che non può essere svincolata da un responsabile bilanciamento dei valori e degli interessi in perenne contrapposizione, mio compito sarebbe quello di offrire una piattaforma generalissima all'interno della quale circoscrivere il giudizio di congruità sull'adeguatezza o meno degli atteggiamenti attuali della suprema Corte di Cassazione ad attuare il canone del giusto processo (il che è completamente diverso dal fare giustizia nelle disparate vicende concrete). Però, esistono oggettivi condizionamenti ambientali, non potendosi trasformare un capitolo per così dire di nicchia in un saggio autonomo; di conseguenza, mi limito a riproporre in chiave per metà propositiva e per metà provocatoria le implicazioni del problema dell'operatività immediata in ogni stato e grado del procedimento (quindi anche nel giudizio di diritto in cassazione) dei diritti fondamentali. Si tratta di considerazioni che avevo accennato nelle more dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 111 Cost., sul giusto processo, in occasione di quel bellissimo Convegno perugino su «L'interpretazione della legge» magistralmente organizzato da Antonino Palazzo (Gaito, *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI Secolo*, Atti del Convegno di Perugia, a cura di

Palazzo, Napoli, 2001, 412-421). Sono passati quasi dieci anni, e nessuno dei problemi accoratamente allora segnalati è stato risolto.

Oggi come allora l'assetto del giudizio di cassazione risente della colpevole sottovalutazione della necessità di adattare la tradizionale disciplina delle impugnazioni (rimasta in vasta misura tal quale, ispirata ai canoni di tassatività tipici del sistema inquisitorio) alle innovate cadenze di un processo tendenzialmente accusatorio.

Il sistema codicistico delle impugnazioni appresta tutela all'ipotesi in cui siano sollevate in sede di legittimità censure riguardanti errori di diritto, vizi procedurali o di ordine motivazionale, nel qual caso comunque è necessario che la doglianza riguardi la logicità o la sufficienza della motivazione e il vizio deve risultare tendenzialmente dal testo del provvedimento.

Qualora la violazione riguardi il merito del giudizio (e, magari, si verifichi nel corso del secondo grado) è da interrogarsi se la successiva procedura costituisca o meno un rimedio effettivo, non essendo il giudice di ultima istanza competente a conoscere questioni di fatto.

A proposito delle anomalie decisorie, e delle conseguenti ricadute in termini quanto meno perplessi, sull'ortodossia della funzione nomofilattica della cassazione penale – qualunque ne sia l'accezione, in funzione di tutela dello *ius constitutionis* o dello *ius litigatoris* – è stato lucidamente evidenziato (Canzio, *Introduzione*, in *La giurisprudenza delle Sezioni Unite penali e le più rilevanti decisioni penali della Corte di cassazione – Anno 2008*, Roma, 2009, 1-2) il diffondersi di «decisioni nelle quali la soluzione applicativa, talora fortemente innovativa, risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale quale ridisegnato dal principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost.: “regola precettiva e interpretativa a un tempo” e “asse portante della nuova lettura della norma” procedimentale, a salvaguardia dei valori di rilievo costituzionale della effettività, efficienza ed economia della giurisdizione. – Altrettanto significativi sono stati, altresì, gli interventi della giurisprudenza di legittimità volti a contrastare apertamente “le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto o delle forme giuridiche”. – Non sembra tuttavia, ad uno sguardo d'insieme, che l'attitudine espansiva del principio di ragionevole durata del processo, componente essenziale ma non esclusiva del complessivo assetto costituzionale delle regole del “giusto processo”, abbia fatto smarrire alla giurisprudenza di legittimità l'esigenza di assicurare il necessario punto di equilibrio fra i valori di celerità e di lealtà, pena l'ineffettività della stessa risposta giurisdizionale, da un lato, e le garanzie individuali del contraddittorio, quali imprescindibili espressioni del diritto di difesa e di prova, dall'altro».

Al di là degli accenti ideologici in ordine agli «interventi della giurisprudenza di legittimità volti a contrastare apertamente “le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto” o “delle forme giuridiche”», rimane l'amara constatazione che

ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Corte di Cassazione risulti in concreto negato il riesame del ragionamento probatorio fondante la decisione di merito, si realizza il rischio che non sia possibile porre rimedio alle iniquità precedentemente verificatesi (Scordamaglia, *Unicuique suum – Jedem das Seine, Il sofisma dell'inammissibilità*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 2, 58).

Al contrario, trattandosi dell'atto conclusivo del processo, la procedura terminale di cassazione deve essere capace di porre rimedio all'ingiustizia della decisione impugnata; sicché, il giudice di ultima istanza non può sottrarsi alla conoscenza delle questioni di fatto, seppure nella prospettiva del giudizio di diritto, dei vizi procedurali e dei vizi di ordine motivazionale.

Una cosa è certa: ogni ingiustificata restrizione ovvero ripulsa conoscitiva da parte della Corte decidente del percorso argomentativo del provvedimento *a quo* e della sua fedeltà alle emergenze probatorie del giudizio di merito, andrebbe a determinare la celebrazione di una fase inutile e non consona alla bisogna (o il giudice dell'impugnazione esplica un controllo pieno oppure viene meno la stessa effettività dell'impugnazione, che degrada all'infimo livello del rimedio ingannevole), e pertanto da considerare «*complessivamente iniqua*» (Gaito, *Ripensare il ricorso per cassazione alla luce del giusto processo?*, in *Da un processo "ingiusto" ad un "giusto" processo?*, Atti dei Convegni, Spoleto, 2006, 151-160).

Del resto, l'equità del processo non deve essere valutata in base ad uno o più elementi isolati, ma occorre tener conto di tutte le circostanze particolari del caso di specie, avendo riguardo al ruolo di ogni autorità nazionale intervenuta su un determinato caso giudiziario. Insomma: l'equità deve essere apprezzata in base ad una valutazione globale della procedura («...with regard to the proceedings as a whole»: cfr. Corte eur, 19 dicembre 1990, Delta c. Francia; Corte eur., 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Svizzera; Corte eur., 25 febbraio 1993, Miaillhe c. Francia); e quando il diritto alla controprova e/o il diritto al rispetto delle cadenze del procedimento probatorio e/o il diritto al rispetto delle regole rigorosamente scandite per individuare il materiale decisorio utilizzabile viene misconosciuto con reiterata disinvoltura nelle sentenze di cassazione –sempre più propense a sacrificare sull'altare di una malintesa efficienza (Bargi, *La ragionevole durata tra efficienza e garanzia*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, 469 ss.), attraverso la acritica riaffermazione di formule oramai superate da Costituzione, leggi e tempi anzi che alla verifica impegnativa sull'effettivo rispetto dei diritti e del diritto nel caso concreto (v. anche Sagnotti, *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*, in *Processo penale e Costituzione*, cit., 331 ss.), la funzione maieutica della nomofilachia, attraverso quella semplificazione generalizzante per cui tutto quanto attiene alla prova e al suo travisamento rientrerebbe tra le questioni di fatto sottratte al vaglio di legittimità (errore imperdonabile se è vero, e non se ne può dubitare, che la Corte di

Cassazione deve sempre e comunque conoscere il fatto, soltanto essendole inibito non più che l'accesso ad una decisione di merito, salvo la declaratoria di innocenza *ex art. 129 c.p.p.*) – il processo, complessivamente considerato, finisce con il violare i diritti garantiti dall'art. 6 C.e.d.u. e dall'art. 6 del Trattato di Lisbona. Certo: la Corte di Cassazione non può addentrarsi nei dettagli che non attengono ai compiti del giudice di legittimità. E con riguardo al controllo sulla prova e sulla motivazione è noto come spetti alla stessa di verificare che la sentenza impugnata sia informata a criteri logici inoppugnabili, mentre si suole ripetere che «è *normativamente preclusa la possibilità non solo di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi, ma anche di saggiare la tenuta logica della pronuncia portata alla sua cognizione mediante un raffronto tra l'apparato argomentativo che la sorregge ed eventuali altri modelli di ragionamento mutuati dall'esterno; ed invero, avendo il legislatore attribuito rilievo esclusivamente al testo del provvedimento impugnato, ... il sindacato di legittimità è limitato alla verifica della coerenza strutturale della sentenza in sé e per sé considerata, necessariamente condotta alla stregua degli stessi parametri valutativi da cui essa è "geneticamente" informata, ancorché questi siano ipoteticamente sostituibili da altri*», precisandosi che «non rientra nei poteri della Corte di cassazione la rilettura degli elementi di fatto già vagliati e posti a fondamento della decisione impugnata, atteso che non integra vizio di legittimità soltanto una diversa ricostruzione delle risultanze processuali» (così tra tante Cass., Sez. II, 8 luglio 2004, Alcamo ed altri, inedita; Cass., Sez. III, 7 luglio 2009, n. 37583, inedita; Cass., Sez. IV, 5 giugno 2007, P.U., n. 37589, inedita; Cass., Sez. II, 23 giugno 2007, Vignaroli, in *Mass. Uff.*, n. 236.893; Cass., Sez. II, 14 giugno 2006, Gambino, in *Mass. Uff.*, n. 234.930; Cass., Sez. V, 11 gennaio 2007, n. 8094, in *Mass. Uff.*, n. 236.540; Cass., Sez. II, 11 gennaio 2007, Messina, in *Mass. Uff.*, n. 235.716).

2. *Limiti cognitivi del giudizio di diritto e diritto all'effettività dell'impugnazione (nel difficile dialogo tra Corte di cassazione e Corte europea).* – E così, sempre più di frequente il ricorrente non ha la possibilità di vedersi esaminati di fronte alla Corte di Cassazione gli argomenti fattuali e giuridici rilevanti per contestare la decisione impugnata, in quanto sempre più spesso i giudici di legittimità trascurano che alla Corte Suprema è attribuita bensì una funzione di controllo a tutto campo, con la sola esclusione dell'apprezzamento di merito circa la ricostruzione di fatto espressa dalle giurisdizioni inferiori.

Bisogna prendere atto che, alla stregua della giurisprudenza in via di consolidamento, il ricorrente per cassazione non gode sempre (come pure dovrebbe essere) di uno strumento di impugnazione effettivo interno, in contrasto con «i fondamentali» del giusto processo europeo (v. Gaito, *Un processo penale verso il modello europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 1-14; Giunchedi, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, *ivi*, 15-28), e segnatamente con l'art. 13 C.e.d.u., non essendo quasi mai possibile nel



procedimento successivo alle fasi di merito procedere ad un «riesame» delle valutazioni di fatto, espresse dalla giurisdizione inferiore.

Se le censure concernenti la mancata assunzione della prova decisiva, il mancato rispetto delle scadenze del procedimento probatorio, la disapplicazione dei canoni normativizzati sulla valutazione del materiale decisivo e la logicità o sufficienza della motivazione della sentenza *ex art. 606, comma 1°, lett. c, d ed e, c.p.p.* non consentissero alla Corte di Cassazione un riesame dell'efficacia probatoria degli elementi posti a carico dell'imputato, la conseguenza sarebbe drastica: il ricorso per cassazione per motivi di legittimità non potrebbe essere, di per sé, considerato un rimedio effettivo; con ovvie conseguenze in termini di illegittimità a livello europeo.

I ricorrenti hanno la consapevolezza che la loro sorte dipende solo in minima parte dalle ragioni del diritto.

Gli avvocati si rendono conto che oramai il loro apporto alla decisione è divenuto pressoché inconsistente. E non ci stanno. E hanno ragione.

Si levano voci isolate che talvolta denunciano accorate il malessere derivante dalla presa d'atto che «la cassazione è più preoccupata a salvare la decisione del giudice di merito che a garantire, con l'esatta interpretazione, l'osservanza della legge; che è quanto dire: tradire il proprio ruolo» [Miele, *Urge rivedere il ruolo della cassazione*, in *L'Avanti* del 3 agosto 2009 (determinando una risentita reazione del Presidente Carbone di cui ha dato notizia *Il Sole 24 Ore*)]; altre volte denunciano l'anomalia del moltiplicarsi di prassi devianti (Giorgi, *Diritto di difesa pieno estendendo agli avvocati la legittima tutela come genitori*, in *Guida Dir.*, 2009, Speciale *Famiglia*, n. 8, 8), troppo spesso accomunate dall'unico comune denominatore del risultare concretamente erosive degli spazi già angusti del diritto di difesa; prassi che da qualche tempo si usa qualificare come «giurisprudenza creativa» (v. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007* pronunciata dal primo presidente in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, il 25 gennaio 2008), ciò che si insinua come fattore francamente inquietante sullo scenario di un sistema codificato – caratterizzato e scandito dai vincoli delle regole di tassatività – che, in quanto tale, poco o nessuno spazio dovrebbe lasciare all'interprete (Battista, *La Corte di cassazione fra teorie e prassi non virtuose*, in *Relazione al Congresso U.C.P.I.*, Torino 2/4 ottobre 2009).

Molto potrebbe l'accademia, ma troppi docenti praticano il c.d. tempo pieno e forse non hanno la giusta attenzione per le distorsioni effettuali della prassi; e quelli c.d. a tempo definito, non se la sentono di esteriorizzare il proprio malessere, in uno stato di ingiustificata sudditanza psicologica nei confronti dei potenziali futuri giudicanti. Insomma, l'Università nel suo complesso sta ferma a guardare mentre il palazzo brucia.

Comunque bisogna pensare seriamente alla rifondazione della cultura del giudi-

zio di legittimità. E il raggiungimento di questo obiettivo passa necessariamente per una rivisitazione dell'intero apparato organizzativo.

Il nucleo fondamentale è quello che pretende il rispetto dei canoni del giusto processo come metodo per la elaborazione e per la formazione delle decisioni della cassazione penale.

Ecco la ragione per cui è irrinunciabile che i giudici di ultima istanza procedano all'effettivo controllo della regolarità del giudizio di merito e delle valutazioni compiute dai giudici in quella sede, senza potersi aprioristicamente escludere un nuovo esame delle prove a carico del ricorrente.

È su questa problematica ancora in attesa di razionalizzazione e definizione soddisfacente che giova segnalare una casistica minimale, a dimostrazione di come sarebbe perfettamente possibile, senza alcuna forzatura esegetica, coniugare l'esigenza dell'effettività del controllo con l'aspirazione alla non contaminazione del giudizio di diritto.

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

A livello di principi la questione è tutt'altra, dovendosi sciogliere in modo appagante l'enigma se in cassazione possano o meno essere sperimentate limitazioni al giusto processo. E la risposta è nell'*incipit* dell'art. 111 Cost.: la giurisdizione si attua mediante il giusto processo; e non sono consentite deroghe.

A rigore, la «*capacità conformatoria*» delle disposizioni nazionali consentirebbe la possibilità di trovare una soluzione sul piano ermeneutico capace di armonizzare il diritto interno con l'ordinamento scaturente dalla C.e.d.u., «*evitando il sorgere di un'antinomia normativa ed escludendo quindi la necessità di sollevare questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale*» (terminologia di Pistorio, *L'interpretazione "convenzionalmente" orientata del diritto nazionale: la strada maestra per garantire effettività alle norme CEDU*, in [www.foroeuropa.it](http://www.foroeuropa.it), 2009, n. 3).

Quest'ultima ha ribadito (cfr. C. cost., 24 luglio 2009, n. 239, la quale richiama C. cost., 24 ottobre 2007, n. 349, e C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348) come e perché, «*in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa. – Infatti "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme" e*

*qualora ciò non sia possibile, ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del Considerato in diritto; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto)». Per l'effetto, «spetta... agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa... che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».*

Pare tuttavia che il vertice della Corte di Cassazione non voglia piegarsi a siffatta raccomandazione (nonostante le reiterate e chiare prese di posizione di Cass. civ., S.U., 23 dicembre 2005, Centurione Scotto, in *Giur. It.*, 2006, 1903), rasentando trenta anni dopo un nuovo scontro tra le due Corti.

3. *L'obiettivo del giusto processo e il problema dei controlli sulla correttezza del procedimento probatorio.* – È noto come la dilatazione del controllo del giudizio di legittimità sul travisamento della prova e sulla contraddittorietà della motivazione introdotto con la Legge Pecorella sia stata subito contrastata da prese di posizioni oltranziste, sicuramente accettabili in altre sedi ma altrettanto certamente non tollerabili nelle sentenze di cassazione, e alla fine pressoché neutralizzata.

Attualmente, analoga operazione riduttiva sembra in corso nei confronti degli spazi per i controlli sulla completezza delle indagini. Viene in rilievo, segnatamente, la palese refrattarietà ad effettuare le pur doverose verifiche sulle situazioni di denunciata violazione del diritto alla prova, anche sotto il peculiare profilo dell'insufficienza della pregressa disamina della corte di appello sempre più spesso aggravato dal *fin de non recevoir* opposto alla prova richiesta a confutazione degli elementi a carico. Questioni di fatto, totalmente rimesse alla discrezionalità del giudice del merito, si è arrivati ad affermare in alcune decisioni recentissime [Cass., Sez. V, 12 maggio 2009, Bonora, n. 37107/09 (inedita), postulando che ogni critica «alla valutazione delle emergenze probatorie... tende a sollecitare il riesame nel merito – non consentito in sede di legittimità – attraverso la rinnovata valutazione degli elementi probatori acquisiti ... Né giova al ricorrente denunciare l'omessa risposta alle deduzioni difensive svolte nei motivi d'appello, nel tentativo di contrastare la valenza probatoria degli elementi così valorizzati»; analogamente Cass., Sez. II, 1° ottobre 2009, Agnello ed altro, n. 40721/09 (inedita), che nel risolvere negativamente una vicenda in cui «le deduzioni difensive [erano] soprattutto incentrate sulla mancata considerazione, da parte della

*Corte territoriale, di elementi di prova favorevoli al ricorrente, e sul mancato espletamento di attività istruttorie necessarie per il chiarimento dei fatti», ha disquisito nel senso della aprioristica «superfluità di qualunque altro accertamento» rimarcando che critiche del genere «si risolvono in un diverso apprezzamento di fatto delle risultanze istruttorie, sovrapposto alle valutazioni della Corte territoriale, alla stregua di uno schema argomentativo non appropriato al giudizio di legittimità»], che impongono una presa di posizione critica in maniera forte e chiara.*

Se è vero che il giudice ha la più ampia libertà di apprezzamento delle risultanze probatorie, è vero altresì che tale libertà è sempre temperata dall'obbligo di *reddere rationem*. Si aggiunga che il conferimento al giudice del potere di ammettere d'ufficio prove necessarie ai fini della decisione è coesistente all'esigenza della ricerca della verità, che – affermata esplicitamente dalla direttiva n. 73 della legge-delega – rappresenta un «fine primario ed ineludibile del processo penale» e comporta, come corollario di necessaria consequenzialità logica, l'attribuzione al giudice di poteri di iniziativa probatoria in modo da supplire all'eventuale inerzia ed agli errori delle parti e da rendere possibile l'accertamento dei fatti inclusi nel tema della decisione (C. cost., 26 marzo 1993, n. 111; C. cost., 3 giugno 1992, n. 255; C. cost., 3 giugno 1992, n. 241).

Se e quando la difesa segnali responsabilmente la decisiva rilevanza che avrebbero dovuto assumere nel processo alcuni dati conoscitivi oggettivi, è correlativamente inaccettabile – in quanto lesiva del più elementare diritto di difesa – la decisione del giudice del merito di respingere *in toto* le sollecitazioni di integrazione dell'istruttoria dibattimentale tempestivamente formulate. Va detto senza mezzi termini: tale sconcertante (ma sistematica e diffusa) abdicazione rispetto all'obiettivo di un accertamento tendenzialmente completo ed idoneo a prevenire possibili errori va a concretare una sorta di ribellione agli schemi dialettici ed allo scopo stesso del processo penale, e deve certamente essere censurabile in sede di legittimità.

Una delle più salienti espressioni dell'impronta accusatoria del processo è riscontrabile sul terreno della disciplina della prova. L'art. 190, comma 1°, c.p.p., garantisce il diritto del p.m. e delle parti private ad ottenere l'ammissione e l'acquisizione dei mezzi di prova richiesti, salvi casi manifesti di superfluità ed irrilevanza. Pertanto, la Corte di Cassazione dovrebbe valutare volta per volta, e con riguardo non solo alla manifestazione del convincimento espresso nella motivazione dal giudice d'appello ma con specifico riferimento al procedimento di formazione del convincimento stesso, se l'acquisizione degli elementi sollecitati a controprova sarebbe stata manifestamente superflua (vale a dire tendente ad un risultato conoscitivo che palesemente risulta già acquisito). Perché un dato è certo: il diniego della integrazione probatoria e/o della riapertura dell'istruttoria dibattimentale sostanzialmente compromette l'effettività del contraddittorio fra le parti in ordine ad elementi probatori decisivi non acquisiti dalla polizia giu-

diziaria e dal p.m. nel corso delle indagini preliminari, l'importanza dei quali si rivela unicamente al momento della lettura della motivazione di condanna del primo giudice.

È opportuno sottolineare come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia osservato da tempo come la completezza investigativa – quindi probatoria – grava sulle autorità degli Stati contraenti e «*non è un'obbligazione di risultato, ma di mezzi. Le autorità devono aver compiuto tutti i passi loro disponibili per assicurare le prove riguardanti l'incidente, inclusi inter alia testimonianze, prove legali e, dove appropriato, una autopsia che fornisca un referto accurato e completo delle lesioni e un'analisi oggettiva dei segni clinici, inclusa la causa della morte ... Ogni mancanza nell'indagine che ne indebolisca l'idoneità a stabilire la causa della morte o la persona o le persone responsabili rischierà di entrare in contrasto con questo standard*» (Corte eur., 14 marzo 2002, P. e A. Edwards c. Regno Unito).

Ne consegue che un'intenzionale carenza in sede di accertamento probatorio condotta in modo da risultare manifestamente orientata per fini diversi dall'acquisizione completa di prove a carico e/o a discarico dell'accusato, determina la violazione del disposto sostanziale della norma convenzionale cui deve seguire una adeguata riparazione (fra tante, Corte eur., 27 luglio 2000, Pisano c. Italia).

4. *La completezza del giudizio di diritto quale effetto conseguente e necessario del diritto di difendersi provando.* – Si ha un bel parlare di diritto di difendersi provando, se poi nella pratica giudiziaria si deve mestamente prendere atto che simile facoltà, pur tutelata in Costituzione e a livello europeo, viene a volte ingiustificatamente compressa.

Le conclusioni cui la Corte di Cassazione troppe volte è pervenuta, in punto di insindacabilità delle valutazioni pregresse sul mancato rispetto del diritto alla prova, sono vistosamente apodittiche e tali da impedire in sede di controllo di legittimità la verifica della logicità e della congruità argomentativa dell'atteggiamento riduttivo dei giudici di merito, sulla linea acriticamente ripetitiva del ritornello stantio della eccezionalità dell'integrazione probatoria, specialmente in appello (Cass., Sez. I, 29 gennaio 2009, Castellana, n. 8419/09, inedita).

Fortunatamente, l'indirizzo (anacronistico e *contra legem*) arroccato nel postulare che «*oggetto del controllo da parte della Corte di cassazione è soltanto la motivazione risultante dal testo del provvedimento impugnato, vale a dire il ragionamento probatorio che giustifica il giudizio sui fatti*» (Cass., Sez. I, 30 aprile 2009, Mellino, n. 22736/09, inedita) pare – se non in via di superamento – contrastato con fermezza laddove si osserva che il controllo di legittimità non può non comprendere ogni e qualsiasi apprezzamento, negativo come positivo, compiuto esplicitamente o implicitamente dal giudice d'appello il quale, in relazione alle critiche dell'impugnazione e secondo le regole della decisione in fatto, è tenuto a verificare la plausibilità e l'intrinseca adeguatezza dei risultati dell'interpretazione delle prove, operata dal primo giudice, accertando che nella prima decisione sia

stata data esauriente risposta alle deduzioni difensive e che l'esito dell'interpretazione delle prove sia stato conforme alle regole della logica, delle massime di comune esperienza e ai criteri legali di valutazione, in modo da fornire la giustificazione razionale dell'avvenuta scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre [per tale ricostruzione, ineccepibile, Cass., Sez. VI, 23 aprile 2009, Ciccarelli, in *Giur. It.*, 2009, 2285, con nota di Bargi, *I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*].

L'ostilità ad ammettere il controllo sui modi di elaborazione del materiale decisivo da parte dei giudici del merito (quasi che una piegatura siffatta potesse determinare una contaminazione del mitico ideale di purezza del giudizio di legittimità, come se la verifica del rispetto delle regole del procedimento probatorio non fosse sempre un controllo in punto di legalità) affiora anche nella pervicacia con cui, pur in tempi recenti e successivi all'entrata in vigore della riforma sul giusto processo, si ribadisce che «*l'istituto della rinnovazione della istruttoria dibattimentale in genere ha carattere eccezionale e che nel processo celebrato con la forma del rito abbreviato al giudice di appello è consentito disporre di ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti, che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 603, terzo comma, c.p.p., ma non è consentito alla parte avanzare istanze in tal senso se non soltanto sollecitorie del potere officioso*» (Cass., Sez. III, 2 marzo 2004, Simek, in *Mass. Uff.* n. 228.535).

Nell'idea che nel giudizio d'appello la integrazione probatoria possa ancor oggi rimanere confinata in posizione di margine, come nel più tipico processo inquisitorio connotato dalla ideologica impostazione di base dell'infallibilità del giudice, si annida duplice errore, trattandosi piuttosto di prendere atto come e perché gli approfondimenti della letteratura e l'evoluzione giurisprudenziale convergano oramai nel senso che il giudizio di responsabilità contenuto in una sentenza di merito ben può essere eroso a fronte di nuove prove e, soprattutto, che il diritto costituzionale alla prova contraria o comunque favorevole non tollera ostacoli.

5. *La pienezza del contraddittorio in pubblica udienza quale obiettivo obbligato dell'evoluzione adeguatrice del giudizio di legittimità.* – La pienezza del contraddittorio è assurdamente esclusa *ratione materiae* senza possibilità di recupero, grazie all'improvvida abrogazione del comma 4 e dell'ultimo periodo del 5° comma dell'art. 610 e della coeva amputazione del 2° comma dell'art. 611 c.p.p. per effetto dell'art. 6, l. 26 marzo 2001, n. 128 (istitutivo di quella mostruosità nella quale si incarna la Settima Sezione: *escamotage* emergenziale di bassa lega, ormai incancrenitosi nella quotidiana anormalità giudiziaria del Paese). E il carico del ruolo strangola nella realtà un contraddittorio d'aula sempre più di facciata e sempre meno di sostanza (esemplarmente Battista, *La Corte di cassazione*, cit.).



Ancora da ultimo, in argomento, i giudici nostrani si stanno opponendo acriticamente alle novità giurisprudenziali provenienti dall'Europa. Il riferimento immediato è alle sentenze europee [Corte eur., 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia (sulla quale Gaito, *De profundis annunciato per le udienze camerali?*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, n. 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*, 2008, n. 6; Macchia-Gaeta, *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il "giusto processo"? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2658]; Corte eur., 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia; Corte eur., 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia] con le quali il nostro Paese è stato condannato a rendere generalizzata la pratica della celebrazione di processi effettivamente pubblici.

Eppure, «l'adeguamento a norma» impone all'interprete di dare immediata applicazione alle sentenze in discorso: l'udienza a porte chiuse e senza la partecipazione di accusa e difesa in contraddittorio, per tipologie di materia individuate aprioristicamente – al di fuori e senza tener conto dei parametri del giusto processo europeo – non può più essere intesa quale modulo standardizzato immodificabile, mentre si impone almeno il meccanismo dell'udienza a porte aperte su istanza dell'interessato (in applicazione estensiva di quanto stabilito dall'art. 441, comma 3°, c.p.p. per la trasformazione pubblica del giudizio abbreviato); e comunque non può più essere ammesso alcun *escamotage* falsamente sistematico per amputare il sacrosanto diritto alla pienezza del contraddittorio dinanzi al giudice più idoneo (quello precostituito, naturale, equo ed imparziale). E poiché è chiaro che la pubblicità ha da essere effettiva, sono addirittura ovvie le ripercussioni sulla ulteriore praticabilità degli schemi procedurali invalsi per la Settima Sezione penale della Corte di Cassazione e per le procedure *ratione materiae* strozzate nei contatti cartolari!

Oggi come ieri, ancora e sempre, pesa la mancanza di coraggio.

La pubblicità delle udienze, nonostante i moniti e le censure provenienti dai Giudici di Strasburgo, è quotidianamente negata sul filo di argomenti teorici in contrasto con impegni europei, Costituzione e tempi.

Con provvedimento avente natura organizzativa interna il 22 giugno 2009, l'Ufficio del Primo Presidente della Corte suprema di cassazione ha rifiutato di iscrivere nel ruolo delle decisioni delle Sezioni Unite un ricorso nell'ambito del quale era stata avvertita l'esigenza di linee guida circa i modi di risoluzione del quesito sugli ambiti dell'incidenza diretta delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle forme (*sub specie* di pubblicità) del giudizio di legittimità, in particolare, e del procedimento di prevenzione, in genere (Cass., Sez. II, ord. 14 maggio 2009, Di Paola, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, 3, V s., con osservazioni di Gaito, *Ancora questioni di cassazione: un*

*passo avanti e... due indietro sulla strada per garantire l'effettività delle garanzie europee*; diffusamente anche Furfaro, *La pubblicità dell'udienza nel sistema del «giusto processo»: un problema da risolvere*, in *Costituzione e processo penale*, cit., 383).

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

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

Il *fin de non recevoir* dell'Ufficio del Primo Presidente è stato scandito in 14 righe, con una prosa tanto scarna quanto sorprendente: «*L'ordinanza di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite penali contiene un'esegesi della giurisprudenza ma omette di soffermarsi adeguatamente sulla specialità che connota il giudizio di cassazione in virtù della specifica regola contenuta nell'art. 611 c.p.p., di generale applicazione relativamente a procedimenti non emessi nel dibattimento, regola alla quale la previsione del giudizio svoltosi con rito abbreviato costituisce espressa eccezione, come tale non integrabile analogicamente. – Né va trascurato che in materia di prevenzione, tra l'altro, il ricorso è ammesso solo per violazione di legge (art. 4, comma 11, L. n. 1423/1956). – Per altro verso, è altra la sede dove eventualmente sollevare questione sull'eventuale non corrispondenza di norme processuali a precetti della Costituzione nel confronto con norme sovranazionali, a causa dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, co. 1, Cost.)*».

Tre sono i profili meritevoli di considerazione:

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

b) sta a vedersi se la conclamata «*specialità che connota il ricorso per cassazione*»



sia effettivamente tale da legittimare deroghe o cedimenti di fronte ai principi fondamentali imposti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali;

c) non si può ulteriormente trascurare il dubbio sulla persistente accettabilità della limitazione del controllo di cassazione sulle misure di prevenzione entro le ferree paratie della sola «violazione di legge».

Sappiamo, purtroppo, come a fronte di certe ben note e coraggiose aperture (Cass., Sez. VI, 26 giugno 2009, C.B., in *Giur. it.*, 2010, 671; v. al proposito Comi, *Ripristino dei diritti processuali fondamentali come tutela sostanziale dell'imputato in caso di negligenza difensiva*, in *www.foroeuropa.it*, 2010, n. 1; Marzo, *Manifesta carenza difensiva e restauro dei diritti processuali fondamentali dell'imputato*, *ibidem*; Montagna, *I rimedi per il contumace "incolpevole" nel "dialogo" tra Corte di cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'Uomo*, *ibidem*; Vianelli, *Il riconoscimento della immediata precettività della giurisprudenza cedu passa attraverso la marchiana ignoranza del difensore equiparata al caso fortuito ex art. 175 c.p.p.*, *ibidem*) abbiano a registrarsi ricorrenti resistenze all'attuazione del giusto processo e dell'effettività dei controlli in cassazione (cfr., ad esempio, Carcano - Morelli, *La giurisprudenza delle Sezioni Unite penali e le più rilevanti decisioni penali della corte di cassazione – Anno 2009*, Roma, 2010, 17 s.).

Qui giova soltanto ribadire che il giusto processo è stato inserito in Costituzione e da tempo era contemplato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mentre le altre esigenze, pur variamente evocate quali prevalenti dai giudici di cassazione, non hanno copertura né nazionale né sovranazionale; per l'effetto, non può essere ulteriormente consentito il disinvoltato sacrificio dei principi costituzionali e sovranazionali sull'altare di esigenze burocratiche contingenti ovvero per carenza culturale (C. cost., 24 aprile 2009, n. 121, e C. cost., 26 giugno 2009, n. 184, in ordine alla «*impostazione accusatoria del nostro codice di rito*» che «*trova oggi un esplicito referente costituzionale nei principi del giusto processo enunciati dall'art. 111 della Costituzione*»).

La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale concernente i modi della procedura di cassazione è stata finalmente affermata (Cass., Sez. II, ord. 11 novembre 2009, Di Paola (inedita); cfr. Furfaro, *La pubblicità dell'udienza approda alla Consulta*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, n. 4, 21 ss.) ed è in attesa di decisione [con sentenza n. 93 del 2010 la Corte costituzionale ha dichiarato la «*illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica*»].

6. *Problemi operativi in attesa di una soluzione urgente.* – Da più parti si segnala accuratamente che la selezione dei giudici assegnati alla Corte di Cassazione è per certi versi alquanto opinabile (Marvulli, *Toghe in crisi serve autocritica e riforma del Csm*, in *Il Riformista* del 18 febbraio 2009) e l'assegnazione dei magistrati ai collegi decidenti avviene senza trasparenza alcuna, con avvicendamenti repentini, addirittura *in limine*, e senza alcuna informazione (utile, ad esempio, a prevenire la tardiva emersione di situazioni di incompatibilità) prima del giorno d'udienza. E serpeggia tra gli addetti ai lavori una sensazione di malessere crescente ed inquietante, cominciandosi a insinuare il dubbio che a volte la collegialità della decisione sia più apparente che reale, rimarcandosi sulla base dei dati oggettivi puntualmente rilevati come per la natura delle cose è materialmente impossibile che i ricorsi vengano tutti effettivamente discussi in camera di consiglio dai cinque componenti della Corte; per conseguenza vi sono dei ricorsi per i quali evidentemente non vi è il concorso collegiale nella stesura della motivazione. La distribuzione degli affari tra le Sezioni semplici non sempre rispetta i consueti *standards* di normalità e di prevedibilità.

Talvolta la medesima questione, anche a distanza di pochi giorni e nell'ambito della medesima Sezione, riceve sorte disparata, con palese spregio della decisione contraria pregressa dalla quale ci si discosta al più senza spiegazione (*stat pro ratione voluntas*), con buona pace dell'aspirazione all'uniformità della giurisprudenza [a titolo d'esempio cfr. Cass., Sez. II, 3 dicembre 2008, Terenzio Vincenzo, n. 1259/08 (annullamento con rinvio); Cass., Sez. II, 4 marzo 2009, Terenzio Luigi, n. 11019/09 (inammissibilità), entrambe inedite ove sulla base di ricorsi identici elaborati per due congiunti concorrenti necessari nella medesima vicenda, la seconda decisione (ritardata più volte nella dichiarata necessità di attendere la motivazione della prima) si è limitata a manifestare dissenso rispetto alla prima: *stat pro ratione voluntas*].

E si potrebbe continuare.

7. *Tra Scilla e Cariddi.* – Dal Codice Rocco al Codice Vassalli, dal Progetto Dalia al Progetto Riccio, passando per la Legge Pecorella e per la controriforma imposta dalla Corte costituzionale, nell'arco di ottant'anni le cadenze e gli ambiti del controllo della cassazione in materia penale sono sostanzialmente rimasti gli stessi. Forse addirittura con qualche arretramento di garanzie complessive rispetto agli anni trenta, perché l'introduzione del ricorso straordinario per errore di fatto non ha certamente compensato la soppressione dell'udienza partecipata su domanda nelle ipotesi di requisitoria scritta di inammissibilità. Senza trascurare che quella situazione di asserita emergenza che nel 2001 era stata adottata a giustificare l'esperienza della Settima Sezione Penale sembra essere divenuta crisi strutturale se, nonostante l'operatività a pieno ritmo di questa scorciatoia procedurale *borderline* (perché sicuramente in contrasto con i canoni del giusto processo sotto il profilo della pubblicità dell'udienza e del contraddittorio), dopo

sette anni i ritmi decisorî della Corte di Cassazione denotano una situazione di affanno crescente.

Alcuni interventi correttivi di natura procedurale concernenti il giudizio avanti la Corte di Cassazione sono stati previsti nel Disegno di legge n. 1440 del 2009 c.d. «Alfano», attualmente in discussione al Senato; ma si tratta soltanto di interventi destinati ad accelerare la declaratoria di inammissibilità nei casi di vizi di forma immediatamente verificabili, ad escludere la legittimazione del singolo direttamente interessato, a regolare i rapporti tra le sezioni ordinarie e le sezioni unite, lasciando senza risposta i problemi qui segnalati.

Se le cose dovessero rimanere così, dovremmo mestamente registrare l'ennesima occasione mancata.

E le responsabilità dei politici sarebbero, stavolta, davvero imperdonabili.

Alfredo Gaito



## IL PUNTO SU...

### **La durata ragionevole del processo (garanzia oggettiva) e la durata irragionevole del “processo breve” (garanzia soggettiva)**

di *Vincenzo Garofoli*

*Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Bari*

Il principio della durata ragionevole del processo ha trovato una prima ed autorevole affermazione nell'ordinamento italiano con la ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (legge 4 agosto 1955, n. 848). Nel recente passato esso è stato oggetto di esplicita previsione costituzionale, attraverso la L. cost. 22 novembre 1999, n. 2, e secondo taluni, di una specifica concretizzazione a livello di legislazione ordinaria. Il riferimento esplicito è alla legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. “Legge Pinto”, recante “Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile”. Occorre sgomberare il campo da possibili equivoci: la “legge Pinto” è una disciplina “tampone” che non agisce sulla struttura del processo affinché ne sia garantita la cele-re conclusione, bensì a rimediare – tramite la riparazione dei danni patiti in ragione delle lungaggini del processo – agli effetti distortivi provocati da un sistema processuale incapace di garantire la ragionevole durata del processo penale. Introducendo nell'ordinamento interno un rimedio diretto ad ottenere l'equa riparazione dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a causa della violazione del diritto alla durata ragionevole del processo sancito dall'art. 6, comma 1°, Conv., la novità legislativa ha ingenerato una certa confusione circa la portata del principio della ragionevole durata del processo dovuta all'urgenza di provvedere, sicché, non si è perso tempo a richiamare la nuova disposizione contenuta nell'art. 111, comma 2°, Cost., individuando nel rimedio riparatorio istituito dalla legge ordinaria uno degli stru-

menti attraverso cui essa assicura la ragionevole durata del processo, senza prestare la dovuta attenzione a quella distinzione di piani che caratterizza l'incidenza del tempo nel processo e che risulta già evidenziata dalla diversa formulazione dell'enunciato costituzionale rispetto all'art. 6, comma 1°, Conv. Per quanto concerne, invece, il rapporto tra la normativa costituzionale interna e quella sovranazionale, deve specificarsi che sebbene siano due norme riconducibili, comunque, a valorizzare il principio della durata ragionevole del processo, ad un esame più analitico, si pongono su piani soltanto parzialmente accostabili e sovrapponibili: la diversità degli enunciati non è priva di significato, in quanto proprio da essa si coglie la diversa rilevanza del principio sotto il profilo oggettivo e soggettivo: se nella Convenzione europea – coerentemente con la sua natura di strumento internazionale diretto alla protezione dei diritti fondamentali – viene esaltata la dimensione soggettiva della ragionevole durata intesa quale diritto del singolo ad una rapida definizione della controversia in sede giudiziaria, nella Costituzione, invece, – coerentemente con la scelta, peraltro non immediata, di introdurre le nuove disposizioni relative al giusto processo nel capo dedicato alla giurisdizione, anziché in quello concernente i diritti fondamentali – assume maggiore spicco la dimensione oggettiva della ragionevole durata intesa quale canone di buona amministrazione della giustizia.

Il richiamo a queste disposizioni normative di estrazione ed aspirazione diversa – a supporto del d.d.l. n. 1880 sul processo breve – è assolutamente inopportuna, altroché fuorviante.

In questo quadro normativo di riferimento, è da registrarsi il ritorno, anche per il “processo breve” al meccanismo del “doppio binario” e a quello della legislazione dell’emergenza: si modella una regola, come quella della ragionevole durata del processo, non certo per soddisfare l’antica esigenza della celerità, bensì per scopi diversi e contingenti. Si evidenzia nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1880 succitato – che, con il dichiarato intento di ridurre i tempi del processo penale, fissa un termine perentorio per il compimento dei singoli gradi di giudizio – come una durata del processo “*fuori controllo*” rappresenti un “*danno di immagine che l’Italia subisce per le ripetute condanne dinanzi alla Corte di Strasburgo. Si tratta di una vera e propria emergenza, come riconosciuto anche dal Presidente della Corte di Cassazione nel corso della inaugurazione dell’anno giudiziario 2009*”. In questo senso, la proposta di legge rappresenterebbe la migliore risposta a “*l’aspettativa dell’imputato a che il processo si concluda entro una certa misura di tempo; dall’altro, l’aspettativa dell’apparato giudiziario a concludere i processi senza subire altri effetti che non siano la propria scarsa sollecitudine*”.

A leggere, poi, l’articolato normativo del disegno di legge si ha la sensazione di trovarsi dinanzi ad un teso del tutto privo, per unanime ammissione, di tracce visibili di identità creativa, nemmeno un labile segno.

Sia chiaro: non si discute sulla legittimità del legislatore ad intervenire per garantire che il processo possa essere celere, tanto più che è lo stesso Costituente a “delegarlo” laddove afferma che è proprio la legge ad “*assicurare la ragionevole durata*” (art. 111, comma 2°, Cost.), tuttavia, insegna la Corte costituzionale, riconoscere al legislatore ogni prerogativa nel determinare i tempi del processo, fa salva l’irragionevolezza dei risultati che si palesano costituzionalmente illegittimi. La Corte costituzionale (sent. 21 marzo 2002, n. 78), infatti, rileva come la legge possa intervenire nel processo penale per i fini più disparati «in modi diversi, purché ragionevolmente idonei, componendo l’interesse a ga-

rantire l’imparzialità del giudizio con i concorrenti interessi ad assicurare la speditezza dei processi (la cui “ragionevole durata” è oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello ad un giudizio equo e imparziale, come oggi espressamente risulta dal dettato dell’art. 111, comma secondo, della Costituzione) e la salvaguardia delle esigenze organizzative dell’apparato giudiziario». A prescindere dall’importante riconoscimento della duplice valenza del principio di ragionevolezza, su cui si tornerà tra breve, è sintomatico rilevare come l’ampio margine discrezionale riconosciuto al legislatore in materia processuale deve comunque confrontarsi con il parametro di cui all’art. 111, comma 2°, Cost.: in altre parole, mentre la Corte costituzionale si ritiene legittimata ad invocare tale disposizione per escludere l’irragionevolezza delle scelte legislative che contemperano le esigenze di funzionalità e speditezza del sistema giudiziario con il rispetto dei diritti della difesa, al contrario essa si astiene dal sindacare quelle scelte legislative che tale contemperamento non abbiano concretamente effettuato, dando rilievo in misura sbilanciata alle esigenze difensive.

Preme fare una riflessione: il disegno di legge valorizza formalmente i profili soggettivi della durata ragionevole del processo, ignorando l’aspetto oggettivo del bene giuridico in parola. L’unico, peraltro, a essere preso in considerazione dalla Carta costituzionale. Lo evidenzia il C.S.M. nel suo parere del 14 dicembre 2009: “La fissazione di un termine perentorio per il compimento dei singoli gradi di giudizio, che produce l’effetto di estinguere il processo non considera adeguatamente la previsione costituzionale del giusto processo in senso oggettivo, giacché il nuovo strumento privilegia il rispetto della rapidità formale fissata con scansione temporale rigida, non curandosi della necessità che il processo realizzi appieno la funzione cognitiva che lo caratterizza”.

Il disegno di legge denominato “processo breve” con le sue rigide scansioni temporali

elimina dalla celebrazione un gran numero di processi, violando, innanzi tutto, il diritto al processo equo che è statuito nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il diritto consacrato dall'articolo 6 della Convenzione, infatti, e, prima di essa, negli artt. 24 e 111 della Costituzione, è innanzitutto diritto a che il processo ci sia e che sia un processo che si concluda con una decisione di merito.

Il "processo breve", insomma, non è un processo "giusto", costituzionalmente inteso, si può dire, anzi, che la costituzionalizzazione della regola del contenimento dei tempi processuali non può legittimare derive antigarantiste. Anzi, proprio la collocazione di questa regola a fianco di altre regole e principi che enunciano il metodo della giurisdizione, ne esalta l'unità di intenti e non la contrapposizione. Occorre sfatare, pertanto, la convinzione secondo cui deve necessariamente esistere antitesi tra contenimento dei tempi processuali, ove questa venga inteso come parametro di efficienza della giustizia e le altre garanzie processuali. È proprio tale "ragionevolezza" che esprime un'esigenza di equilibrio nel quale siano temperate "armoniosamente, per un verso, l'istanza di una giustizia amministrata senza ritardo e, per l'altro verso, l'istanza di una giustizia non frettolosa e sommaria".

La stessa necessità di semplificare le forme processuali non può operare oltre certi limiti, fino a scalfire il contraddittorio. Parimenti, una piena esplicazione del contraddittorio non può tradursi in mero "formalismo": implica un adeguato uso delle forme processuali e non può, quindi, risolversi nell'abuso delle stesse.

Alla stessa stregua, l'esigenza di rendere più spedita la celebrazione del processo trova un ostacolo insuperabile nella necessità di garantire il diritto di difesa.

Sono auspicabili, pertanto, interventi legislativi tesi a semplificare le forme del processo penale, purché questi non si traducano in lesioni del diritto di difendersi provando delle parti processuali.

Su queste stesse posizioni si è assestata la

Corte costituzionale, la quale ha affermato che l'esigenza di garantire la maggiore celebrità possibile dei processi deve tendere a una durata degli stessi che sia, appunto, "ragionevole", in considerazione anche delle altre tutele costituzionali in materia e in relazione al diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 Cost. (cfr. C. cost., sent. 9 febbraio 2001, n. 9). Ancora più chiare le parole pronunciate dalla Consulta in occasione della sentenza del 22 giugno 2001, n. 204: «*per ciò che attiene al principio della ragionevole durata del processo, esso deve essere letto alla luce dello stesso richiamo al connotato di "ragionevolezza", che compare nella formulazione normativa, in correlazione con le altre garanzie previste dalla Costituzione, a cominciare da quella relativa al diritto di difesa*».

Ed è di tutta evidenza la portata più ampia e oggettiva della ragionevole durata del processo statuita nell'art. 111, comma 2°, Cost. che pur recependo le indicazioni dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo se ne distingue proprio in forza della sua portata più ampia e incisiva su tutto il processo. Se questi sono i presupposti costituzionali, una riflessione sul nuovo disegno di legge sul "processo breve" è doverosa.

Ma i punti critici della nuova normativa in discussione in Parlamento non si fermano qui: la prescrizione processuale, confusa con la prescrizione sostanziale pone una serie di perplessità interpretative che non possono non riversarsi sul terreno applicativo. Si pensi, *in primis*, alla regola del *favor rei* che troverebbe applicazione qualora si riconoscesse a queste norme una natura prettamente sostanziale e che consentirebbe – come affermato a chiare lettere nella relazione di accompagnamento al disegno di legge in parola – di effettuare un'applicazione retroattiva delle nuove regole, atteso che si tratta di norme decisamente più favorevoli al reo.

Sembra, piuttosto, che – per quanto ci si sforzi di darne una veste diversa – quella che si va delineando nella proposta di legge è una figura del tutto nuova: la prescrizione processuale. È nel processo, infatti, nelle sue

scansioni temporali e nelle sue logiche procedurali che la nuova figura trova la sua ragione d'essere. Ragion per cui continuare a parlare di prescrizione di natura sostanziale appare una decisa forzatura. Con una operazione di onestà intellettuale si può pacificamente riconoscere la natura processuale della nuova figura prescizionale, con tutte le conseguenze annesse e connesse, come l'applicazione del principio del *tempus regit actum* in regime di diritto intertemporale. Ma nel merito le cose si complicano ulteriormente: si confonde in un unico compendio temporale il tempo dell'inerzia e il tempo dell'intervento giudiziario. Così disciplinato, l'istituto della prescrizione appare svolgere una funzione che non gli appartiene: non vi sono giustificazioni politico-criminali, che possano valere sia per la prescrizione maturata prima del processo, sia per quella maturata *in itinere iudicii*. Sembra allora di dover distinguere la durata della punibilità dalla durata dell'accertamento giudiziario – *alias*, la prescrizione del reato dalla prescrizione del processo – diversi essendo la *ratio*, gli interessi in gioco, la tecnica di tutela, gli effetti, il parametro di commisurazione del decorso del tempo. Un conto, infatti, è la funzione di stabilità sociale che può essere svolta dalla non perseguibilità di fatti ormai lontani nel tempo (profilo oggettivo della ragionevole durata del processo); un conto è l'interesse della persona accusata di un reato ad essere giudicata entro un determinato termine (profilo soggettivo).

Senza dire che la prescrizione è istituto funzionalmente inidoneo a realizzare un processo di ragionevole durata, come ha ben chiarito già da molti anni la Corte europea dei diritti dell'uomo: la ragionevolezza temporale del processo non può essere determinata con l'enunciazione di un termine «in giorni, settimane, mesi, anni o periodi variabili a seconda della gravità del reato» (Corte eur. 10 novembre 1969, Stogmuller), poiché il criterio di ragionevolezza dipende dalle circostanze concrete della fattispecie, e si esprime soprattutto con valutazioni *ex post* dei provvedimenti adottati, le quali debbono te-

ner conto di una varietà di parametri, che vanno dalla complessità del caso al numero degli imputati, dalla condotta dell'autorità giudiziaria a quella delle parti private.

In questo senso, interventi legislativi che – in chiara ottica emergenziale – finiscono per “corrompere” la coerenza interna e sistematica del sistema processuale, creando derive giustizialiste di dubbia efficacia pratica, non fanno altro che alterare l'equilibrio di garanzie che del principio della ragionevole durata del processo ne rappresenta l'essenza.

Il contenimento dei tempi processuali – e questo è noto a tutti – è un'esigenza fortemente avvertita nel nostro ordinamento giuridico, tanto da essere sancito nella Carta costituzionale, all'art. 111, comma 2°, Cost., in base al quale deve essere la legge ad “assicurare la ragionevole durata del processo” e, prima ancora, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 6, ove si stabilisce al primo comma che “ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole”.

L'art. 111, comma 2°, Cost., in una prospettiva eminentemente oggettiva, impone al legislatore di assicurare la ragionevole durata del processo. Tuttavia, la formula normativa adottata, nel caso di specie, è diversa da quella utilizzata per altre garanzie costituzionali: il legislatore costituzionale si limita solo ad affidare al legislatore ordinario il compito di rendere effettiva tale garanzia (contrariamente a quanto avviene, per esempio, per il contraddittorio). Questa considerazione, comunque, non può rappresentare la stura per degradare tale precetto in una indicazione programmatica, dal valore meramente esortativo. Giova, al contrario, ribadire come sia demandata alla legge il compito di tradurre in “realtà normativa” ciò che viene affermato solo in linea di principio dalla Carta costituzionale.

Che la durata ragionevole del processo sia coesistente all'idea stessa di giusto processo è cosa nota: un processo, per essere giusto, deve essere, innanzi tutto, credibile e, per essere tale, deve essere capace di fornire



una risposta giurisdizionale tempestiva. Sicché, l'art. 111 Cost., elevando a rango costituzionale, l'impegno ad assicurare l'esaurimento della vicenda giudiziaria entro tempi che possano ritenersi ragionevoli, ha ampliato lo spettro delle garanzie connesse al corretto esercizio della funzione giurisdizionale. Ma la situazione diventa insidiosa se il quadro delle garanzie delineato dalla Costituzione vengono "piegati" alle esigenze del momento, sì da legittimare delle scelte legislative che, diversamente, sarebbero tacciate di irragionevolezza. Se ne offre, così, una lettura interpretativa distorta che finisce per creare ulteriori effetti deleteri.

D'altronde, che la durata ragionevole del processo sia coesistente al metodo della giurisdizione è abbastanza chiaro nella lettura e interpretazione delle norme che, attraverso una scrematura effettuata con l'eliminazione delle prove manifestamente superflue, con-

sente di eliminare appendici probatorie inutili, concentrandosi su ciò che è realmente utile.

Per intervenire sul processo penale occorre coerenza, effettuando scelte legislative ragionevoli e coerenti con la realtà processuale. In questa prospettiva, non può apparire condivisibile una tecnica legislativa che valorizzi la ragionevole durata del processo in base alla gravità del reato: non può essere questo l'elemento discriminante perché la complessità dell'accertamento e i tempi necessari per effettuarlo variano in misura indipendente rispetto al disvalore sociale della condotta posta in essere.

Più ombre che luci, quindi, in questo disegno di legge teso a restringere i tempi del processo penale e il fatto che questo si ripeta ogni qual volta il legislatore intervenga sulla base dei bisogni contingenti non può certo rappresentare una consolazione.

## DECISIONI IN PRIMO PIANO

### **Pubblicità dell'udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso “comunitariamente orientato”**

La Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale «dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interes-

sati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica» (C. Cost., 12.3.2010, n. 93).

Nelle Osservazioni L'Autore spiega le ragioni per ritenere non pienamente convincente la decisione.

#### **Osservazioni** di Federico Romoli

In realtà, la declaratoria di incostituzionalità delle norme in questione era attesa con riferimento all'ordinanza di rimessione n. 43250 emessa l'11 novembre 2009 dalla Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione (in proposito, cfr. Furfaro, *La pubblicità dell'udienza approda alla Consulta*, in questa *Rivista*, 2009, 4, 21 ss.; si segnala, inoltre, come più recentemente sia intervenuta anche l'ordinanza emessa in data 18 febbraio dalla Terza Sezione Penale della Corte di Appello di Firenze, nel procedimento n. 14/2009). Al riguardo deve oltretutto rilevarsi come la decisione della Consulta lasci insolite alcune problematiche che verosimilmente saranno fonte di incertezze applicative nell'immediato futuro per la fase di legittimità dei procedimenti di prevenzione.

Tuttavia, è sotto un altro profilo che l'esito del giudizio costituzionale delude le aspettative: alla luce delle recenti modifiche apportate al quadro istituzionale europeo, infatti, la sentenza non può non risultare anche co-

me una “occasione mancata” per quella che poteva essere l'inaugurazione di un approccio radicalmente nuovo nell'ambito della definizione dei rapporti tra CEDU ed ordinamento nazionale.

Orbene, prendendo le mosse dalla citata ordinanza della Corte di Cassazione, si ricorderà come i dubbi della Suprema Corte sulla legittimità delle disposizioni in parola fossero sorti in relazione ai principi sul c.d. “giusto processo” (in particolare, il diritto alla “*publicity*” dell'udienza) sanciti dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che la Corte di Strasburgo ha già riconosciuto, ormai in più occasioni, come oggetto di violazione da parte dell'Italia. Sul punto, sentenza “pilota” è stata quella resa il 13 novembre 2007 nella causa “Bocellari e Rizza c. Italia” (su cui cfr. Macchia-Gaeta, *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il “giusto processo”? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Cass.*

*Pen.*, 2008, 2658 ss., al riguardo, già autorevolmente Gaito, *De profundis annunciato per le udienze camerali?*, in questa *Rivista*, 2007, 2, 37 ss.), seguita e confermata poi da quella dell'8 luglio 2008, in "Perre e altri c. Italia" e, infine, dalla recentissima pronuncia "Bongiorno e altri c. Italia" del 5 gennaio 2010: la Corte, infatti, ha ritenuto che "*la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public [...] elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1: le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention*".

Seguendo il "*diktat*" imposto dal Giudice delle leggi con le famose sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007, anche la Cassazione aveva quindi pedissequamente individuato come parametro "formale" per il sindacato della legittimità delle norme *de quibus* l'art. 117, 1° co., della nostra Costituzione (invero, il Tribunale di S. Maria Capua Vetere aveva denunciato anche il contrasto con l'art. 111, poi ritenuto assorbito dalla Corte costituzionale), nella sua funzione di "valvola" attraverso cui, riconoscendosi a livello costituzionale "*i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*", vengono fatte filtrare nel nostro sistema anche le disposizioni (all'epoca formalmente ancora di mera fonte pattizia) contenute nella CEDU.

Nelle famose pronunce appena citate, infatti, la Corte costituzionale, riconoscendo alle norme della CEDU – quali interpretate dalla Corte di Strasburgo – il rango di "*norme interposte*", e dunque sub-costituzionali, aveva affermato in modo perentorio che, ove il giudice si fosse trovato a ravvisare un contrasto "insanabile" in via interpretativa tra queste ultime e la disciplina nazionale confliggente, si sarebbe inevitabilmente imposta la rimessione della questione avanti la Corte medesima per valutare la duplice conformità

alla Costituzione di entrambe le piattaforme normative; con conseguente assoluto divieto per il giudice adito di procedere ad una "disapplicazione" analoga a quella operante in riferimento alle norme comunitarie (cfr. Petri, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2296 ss.).

Presupposto basilare su cui la Consulta si era mossa per "blindare", di fatto, il sistema costituzionale italiano (cfr. Macchia-Gaeta, *op. cit.*, 2672), fu quello – all'epoca, per vero, difficilmente confutabile – secondo cui le norme previste dalla Convenzione Europea avrebbero comportato vincoli del tutto distinti da quelli comunitari: la sentenza n. 349 del 2007 recitava, infatti, che "*il Consiglio di Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992*".

La Corte costituzionale ha adesso ribadito tale impostazione con la sentenza n. 93/2010 (pp. 3-5 della pronuncia, ove peraltro la Corte ha definito la propria giurisprudenza come "*costante*").

Tuttavia, si deve purtroppo rilevare come la Consulta sembri aver del tutto "obliterato" gli effetti della recente entrata in vigore del tanto atteso Trattato di Lisbona (recante le "*modifiche del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato che istituisce la Comunità Europea*"), avvenuta il 1° dicembre del 2009 (a seguito della ratifica da parte dell'ultimo Stato membro, la Repubblica Ceca), con il quale, in realtà, è stato profondamente modificato il quadro istituzionale europeo rispetto alla situazione presente nel 2007 al momento delle "storiche" pronunce 348 e 349. In particolare, la Corte parrebbe non aver colto è come l'assetto determinato dal Trattato offra adesso (se non, addirittura, imponga) una nuova ed assolutamente diversa interpretazione dei rapporti tra norme CEDU e ordi-

namento interno, alla luce della quale la concezione delle “norme interposte” risulterebbe non più attuale, e quindi, allo stato, non più applicabile.

Il paragrafo 1 del fondamentale art. 6 del Trattato (che sostituisce l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea) stabilisce, infatti, che “L'Unione 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. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.”; la norma prosegue, ai paragrafi 2 e 3, prevedendo che “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Orbene, se già una prima lettura della disposizione citata induce immediatamente a riconoscere come in ambito europeo si sia voluto attribuire un rilievo tutto nuovo alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, è solo con una esegesi appena più approfondita e di carattere anche sistematico che si può riuscire a cogliere il reale e “dirompente” valore delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, concretizzatesi – parrebbe finalmente arrivato il momento di abbandonare ogni ipocrisia “protezionista” – nella “trattattizzazione” della Carta di Nizza (cfr. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, 38; D'Amico, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e “tono costituzionale”*, in *La nuova Europa*

dopo il Trattato di Lisbona, a cura di P. Bilancia e M. D'Amico, Milano, 2009, 70) e, altresì, nella “comunitarizzazione” della CEDU (la tesi è stata recentemente sostenuta da Ubertis in una lezione dal titolo *La giurisprudenza della Corte europea e i suoi riflessi sul processo penale* tenuta il 15 febbraio 2010 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze; l'Autore, peraltro, ha sempre propugnato per una applicazione la più larga ed incisiva possibile nell'ordinamento interno del diritto della Convenzione: cfr. Id., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e “processo equo”: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 33 ss.; Id., *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in *Cor. Mer.*, 2007, 595 ss.; Id., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1091 ss.).

Sotto il primo profilo, a fronte di un dettato normativo assolutamente chiaro e univoco (“ha lo stesso valore giuridico dei trattati”) non sembra ragionevolmente contestabile il nuovo rango cui è assunta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Peraltro (come opportunamente rilevato da Seatzu, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009, 52-53), a confermare la cogenza della Carta sovviene, indirettamente e a contrario, anche il diritto all'*opting out* riconosciuto a Regno Unito e Polonia nel Protocollo n. 7 annesso al Trattato di riforma: se dalla previsione di cui al paragrafo 1 dell'art. 6 del Trattato stesso non fossero derivati diritti ed obblighi effettivi per gli Stati membri, la precisa e ferma volontà di alcuni di essi di riservarsi la facoltà di non applicarla evidentemente risulterebbe del tutto priva di senso.

Per quanto riguarda, invece, la specifica rilevanza delle norme CEDU, anche volendo prescindere dalla problematica della reale portata della “adesione” sancita al paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato (che alcuni Autori, pur riconoscendola come “decisione storica”, hanno ridimensionato, ricordando come in

ogni caso occorrerà un formale procedimento per la sottoscrizione e la ratifica: cfr. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2; Seatzu, *op. cit.*, 45 e 50-51), non si sottovaluti l'ultimo paragrafo della stessa norma, ove vi è un formale riconoscimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione (e comuni al patrimonio costituzionale degli Stati membri) all'interno del novero delle fonti del diritto dell'Unione "*in quanto principi generali*".

Ma c'è di più: a ben vedere, può addirittura sostenersi che della "trattatizzazione" della Carta beneficino in un certo qual senso anche i diritti sanciti e tutelati dalla CEDU, i quali finirebbero col risultare (doppiamente) "comunitarizzati" (anche) grazie al nuovo "valore giuridico" attribuito alla Carta stessa. L'art. 52 ("*Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*") della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, *sub* quel Titolo VII cui lo stesso art. 6 del Trattato di riforma, come visto, fa espresso rinvio ("*I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta [...]*"), prevede, infatti, che "*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*".

Conseguentemente, tutti quei diritti previsti dalla CEDU che trovino un "corrispondente" all'interno della Carta verrebbero adesso tutelati a livello comunitario (*rectius*, europeo, stante l'abolizione della divisione in "pilastri") quali diritti sanciti da un vero e proprio Trattato dell'Unione (per il caso che, nello specifico, qui interessa, nella Carta rinveniamo l'art. 47 – "*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*" – il quale, riproducendo fedelmente il primo paragrafo dell'art. 6 della Convenzione, al secondo

comma recita che "*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente [...]*"). Oltretutto, sotto quest'ultimo profilo, il fatto che nella Carta, allo stesso art. 52, si sia voluto adottare una "clausola di salvaguardia" in favore di una eventuale tutela rinforzata da parte dell'Unione, non può che significare che almeno nel loro contenuto "minimo" recepito dalla Carta (da leggersi nell'ampiezza propria della formulazione e della interpretazione risultante dal sistema CEDU, se e in quanto trovino una "corrispondenza" nella Convenzione stessa) tali diritti, a livello europeo, siano indubbiamente riconosciuti come intangibili e di valore fondamentale.

Ecco che, anche a prescindere da una formale ratifica della CEDU da parte dell'Unione Europea (che, comunque, presto o tardi naturalmente interverrà, proprio per effetto della "adesione" di cui all'art. 6 del Trattato), pare potersi affermare che i diritti elencati nella Convenzione siano ormai più che ragionevolmente da ritenersi come "comunitarizzati" sotto un duplice profilo: in via diretta ed immediata, tramite il loro riconoscimento ufficiale (quantomeno) alla stregua di "*principi generali del diritto dell'Unione*"; in via "mediata", ma non meno rilevante, quali diritti omologhi a quelli tutelati da una Carta (e, di fatto, da quest'ultima recepiti e "tragheggiati" verso l'approdo della "trattatizzazione"), che dal 1° dicembre 2009 è assurta, anch'essa, al rango di trattato ed è divenuta, pertanto, fonte primaria di diritto in ambito comunitario.

Aderendo ad una simile impostazione, che intende tributare piena rilevanza all'assetto istituzionale-normativo tracciato dal Trattato di Lisbona, è evidente che nulla più osterebbe (anche in riferimento alla questione sollevata innanzi alla Consulta di cui trattasi, rispetto alla quale, dunque, la Corte avrebbe comunque potuto valorizzare la giurisprudenza di Strasburgo, ma partendo da tutt'altri presupposti) a riconoscere quale fondamento costituzionale per la efficacia nel nostro ordinamento interno delle norme della CEDU, non più l'art. 117, 1° comma, ma lo

stesso art. 11, proprio in quanto – come noto – già ritenuto operante, quest'ultimo, in rapporto al sistema comunitario (v. sent. C. cost. 24 febbraio 1964, Costa c. Enel).

*Il ça va sans dire* che esito ultimo, sotto un profilo pratico, della linea interpretativa appena illustrata risulterebbe necessariamente l'ammissione della piena operatività del potere in capo al giudice nazionale (v. sent. C. cost. 5 giugno 1984, Granital) di disapplicare le norme interne in conflitto con le disposizioni della Convenzione (la vigenza del principio in questione, anche in ambito penale, è ricordata recentemente da Sotis, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa*, 140), quantomeno nelle ipotesi in cui sia già intervenuta una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che abbia riconosciuto una violazione da parte dell'Italia, quale è il caso di cui all'ordinanza di rimessione alla Consulta in commento.

Una simile lettura, peraltro, era stata fatta propria già dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che nella relazione al Parlamento del 2007 su *L'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano* (su [www.governo.it](http://www.governo.it)), a pagina 21, trattando delle modifiche all'assetto dell'Unione europea introdotte a Lisbona, riteneva ormai “completata la c.d. comunitarizzazione dei principi CEDU, con il loro inserimento fra quelli dell'Unione europea validi e cogenti erga omnes”; la relazione, quindi, proseguiva, concludendo perentoriamente che “se il Trattato di Lisbona entrasse in vigore, il disposto dell'articolo 6 [...] comporterebbe che tutte le norme della Convenzione diverrebbero direttamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, con il grado e la forza delle norme comunitarie e, cioè, ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione (come interpretato proprio dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 [...]) e non più quali norme sub-costituzionali ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione”.

Giova rilevare, infine, come l'interpretazione

proposta, a ben vedere, non troverebbe ostacoli nemmeno in quanto stabilito dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349, ma, al contrario, (come sembra venga ravvisato anche dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nella relazione citata) ne recepirebbe sostanzialmente il contenuto, prendendo da queste le mosse per approdare, poi, ad una differente soluzione imposta da un quadro istituzionale di riferimento radicalmente modificato rispetto al panorama normativo vigente nel 2007.

Come visto, invece, la tanto attesa decisione della Corte costituzionale, pur facendo espresso riferimento tanto al Trattato di Lisbona, quanto alla Carta di Nizza, ha concluso (peraltro, come detto, con esito già ragionevolmente pronosticabile anche assumendo a parametro il sistema normativo precedente al Trattato: sul punto, cfr. ancora Furfaro, *La pubblicità*, 24 ss.) per la illegittimità delle norme denunciate senza minimamente discostarsi dalle premesse “classiche” di cui alle sentenze 348 e 349 del 2007, ed anzi ribadendo che il giudice comune non è abilitato a disapplicare la disciplina interna contrastante con quella convenzionale (pp. 4 e 5 della sentenza).

Al riguardo, archiviata – non senza una certa dose di rammarico – anche la questione di costituzionalità in esame, non rimane che continuare a sperare che in un futuro il più prossimo possibile la Consulta, mostrando una maggiore sensibilità ed apertura nei confronti della “dimensione comunitaria” del sistema delle fonti, recepisca finalmente la reale portata, storica e giuridica, delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona. Infatti, solo se la Corte abbandonerà il suo consueto “anacronistico atteggiamento di chiusura verso il riconoscimento della natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali” (così Furfaro, *op. cit.*, 1763) – che ormai, alla luce del mutato quadro europeo, come visto, difficilmente trova ancora una reale giustificazione – si potrà inaugurare ufficialmente una nuova fase nei rapporti tra sistema CEDU e ordinamento interno.

Merita, tuttavia, segnalare come i contenuti



della pronuncia in commento, presentino comunque dei profili di interesse (che, per vero, in questa sede potranno solo essere accennati).

La Corte, infatti, ha nuovamente ribadito, in modo assolutamente perentorio, come il principio della pubblicità delle udienze trovi tutela nella Carta costituzionale al di là di un espresso riconoscimento (*“L’assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce, in effetti, il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie”*: p. 6 della sentenza), in quanto *“principio connotato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l’amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell’art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione”* (p. 7 della sentenza).

La lettera dell’*obiter dictum* si ferma qui, ma non sembra potersi ragionevolmente dubitare che la pubblicità dell’udienza debba ormai essere inserita a pieno titolo tra le prerogative del “giusto processo” costituzionalizzato all’art. 111.

Inoltre, gli espliciti riferimenti ai *“beni dell’individuo costituzionalmente tutelati”* sui quali vengono ad incidere le misure di prevenzione (segnatamente, la libertà personale, il patrimonio e la libertà di iniziativa economica: p. 7 della sentenza), rappresentano fondamentali indicazioni di carattere ermeneutico ai fini di un bilanciamento di valori contrapposti nell’ambito dei procedimenti applicativi delle misure in questione.

Come segnalato in esordio, con specifico riguardo alla questione sollevata con l’ordi-

nanza della Corte di Cassazione n. 43250/2009, residuano comunque delle incertezze circa gli effetti della declaratoria di incostituzionalità rispetto alle udienze in fase di legittimità, dal momento che l’oggetto del *decisum* della sentenza n. 93/2010 è espressamente circoscritto ai procedimenti di prevenzione *“davanti al tribunale e alla corte d’appello”* (pp. 4 e 7-8 della sentenza).

In proposito, non possono non apparire del tutto condivisibili ed esaurienti le argomentazioni espresse nella stessa ordinanza appena citata, secondo cui il principio espresso dalla Consulta opererebbe anche per i procedimenti in Cassazione: la Corte, infatti, ha osservato che se, da un lato, *“la modalità procedimentale per la decisione dei ricorsi segue quella prevista per il giudizio di merito e talvolta l’udienza pubblica è prevista anche nel caso in cui la pubblicità non vi sia stata nei precedenti gradi di giudizio”* (pp. 16-17 dell’ordinanza), dall’altro, *“la dichiarazione di illegittimità costituzionale, avendo per presupposto l’esistenza di un vizio che inficia sin dall’origine la norma”* incide *“anche sulle situazioni pregresse”* (pp. 22-23 dell’ordinanza).

Si deve pertanto registrare, in conclusione, un giudizio di costituzionalità che non ha mantenuto tutto quanto sembrava promettere, né ha risolto tutti gli interrogativi sorti circa la questione sollevata, e che purtroppo necessariamente ripone in nuove, future, ordinanze di rimessione per contrasto tra la normativa interna ed il sistema CEDU le aspettative per una svolta nella giurisprudenza della Consulta al riguardo.

## **I rimedi per il contumace “incolpevole” nel “dialogo” tra Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo**

La Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale *«dell’art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, nella*

*parte in cui non consente la restituzione dell’imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedi-*

*mento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore*

*re dello stesso imputato» (C. Cost., 4.12.2009, n. 317).*

Nelle Osservazioni che seguono l'Autrice spiega le problematiche conseguenti alla pronuncia.

## **Osservazioni**

di Mariangela Montagna

1. *Il caso di specie: peculiarità.* – La Corte costituzionale, con la sentenza n. 317 del 2009, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato.

La stessa sentenza ha, inoltre, deciso nel senso della manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova, sollevata, in riferimento agli artt. 24, 111, 1° comma, e 117, 1° comma, Cost., dalla Corte di Cassazione.

Il giudice che ha sollevato entrambe le questioni, in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, 1° comma, Cost., è la Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, con l'ordinanza del 17 settembre 2008, V.F. (iscritta al n. 428 del registro ordinanze e pubblicata in *Gazz. Uff.*, 1ª Serie speciale, 2009, n. 1, 83 ss.).

La questione è sorta nell'ambito di un procedimento promosso dal ricorso in cassazione del difensore di fiducia di imputato contumace avverso la decisione della Corte d'assise d'appello di Bologna che, investita della richiesta di restituzione in termini proposta dal difensore di fiducia di V.F. al fine di

proporre appello avverso la sentenza contumaciale di primo grado, ne disponeva la trasmissione alla Corte di Cassazione, "per competenza". I giudici dell'appello ritenevano, invero, che, nell'ipotesi di restituzione in termini ex art. 175 c.p.p., «*si debba, prima di far eventualmente regredire il processo ad una fase già esaurita, porre l'imputato in condizione di esperire tutti i mezzi di impugnazione ancora possibili e che, pertanto, essendo stati nella specie celebrati due gradi di giudizio ed essendo il ricorso per cassazione l'unico gravame ancora esperibile, dovesse essere la Corte di cassazione a valutare e decidere l'istanza di remissione in termini*» (v. l'ordinanza di promozione del giudizio di costituzionalità, Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., p. 84).

L'imputato era stato condannato in contumacia dalla Corte d'assise di Piacenza. A seguito di impugnazione proposta dal difensore d'ufficio, la sentenza di primo grado veniva confermata dalla Corte d'assise d'appello di Bologna e, in mancanza di ulteriore impugnazione, la sentenza di secondo grado diventava irrevocabile.

La Corte d'assise d'appello, sebbene non l'abbia espressamente dichiarato nel dispositivo, ha, in sostanza, ritenuto inammissibile la richiesta di restituzione in termine, sulla base del convincimento che l'impugnazione proposta dal difensore d'ufficio avesse "consumato" il diritto di appellare spettante all'imputato e che a costui residuasse soltanto la possibilità di adire il ricorso in cassazione, una volta restituito nel termine. I giudici



d'appello, pertanto, non hanno verificato la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 175, 2° comma, c.p.p.

La difesa del condannato in contumacia ha proposto ricorso in cassazione avverso la decisione del giudice d'appello di Bologna sul presupposto che si trattasse di una dichiarazione di inammissibilità e la Corte di Cassazione ha condiviso tale impostazione, trovandosi, così, a giudicare sulla congruità del ragionamento giuridico posto a fondamento della decisione impugnata, sulla presenza dei presupposti di cui all'art. 175, 2° comma, c.p.p., nonché sulla relativa questione di legittimità costituzionale promossa dal difensore del ricorrente.

2. *I rimedi per l'imputato contumace nel dialogo "interno" alla Suprema Corte.* – La Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione, dopo aver acquisito specifica documentazione, ha potuto verificare la sussistenza delle condizioni prescritte dall'art. 175, 2° comma, c.p.p. (in particolare, provvedimenti restrittivi mai eseguiti per irreperibilità dell'imputato) e la tempestività della richiesta di restituzione in termini.

Tuttavia, nella specie, l'impugnazione era stata già proposta, nei termini, dal difensore d'ufficio ed, in tal caso, sulla base della giurisprudenza prevalente, la restituzione in termini per impugnare era da intendersi preclusa. Su questo punto sono intervenute le Sezioni Unite della S.C. nel 2008 rilevando come, a fronte del silenzio normativo ed in ragione del principio di unicità dell'impugnazione, il controllo del giudice superiore attivato dalla difesa – sia di fiducia, sia d'ufficio – consuma il diritto dell'imputato contumace ad impugnare e, dunque, ad essere restituito nel termine *ex art.* 175, 2° comma, c.p.p. (Cass., S.U., 31 gennaio 2008, H.L.V., *CED Cass.*, 238472).

La Prima Sezione della S.C. ha ritenuto di condividere tale impostazione sul piano logico e sistematico. Ciò, tuttavia, non ha impedito ai giudici della singola sezione di rilevare come tale risultato interpretativo incida negativamente sulle garanzie sovranazionali riconosciute all'imputato in fatto di presenza

al processo e di esplicazione del proprio diritto alla prova. In particolare, una divergente visione tra le Sezioni Unite e la singola sezione si è profilata in riferimento al ruolo riconosciuto alle norme C.E.D.U. come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Su questo aspetto, le Sezioni Unite del 2008, richiamando le note sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, hanno riconosciuto alle norme convenzionali la natura di "fonte interposta" nell'ambito della gerarchia delle fonti, sempre che la norma convenzionale come risultante dall'interpretazione del giudice sovranazionale sia compatibile con la tutela di interessi costituzionalmente protetti ed idonea a realizzare un corretto bilanciamento tra l'esigenza del rispetto degli obblighi internazionali e la necessità di evitare un pregiudizio della Costituzione. Di conseguenza, come vedremo, nel bilanciamento di interessi, il Supremo Consesso ha ritenuto di dare prevalenza al principio della ragionevole durata rispetto al diritto dell'imputato a presenziare al processo. A questo proposito, la Prima Sezione Penale della S.C., nel rimettere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. dinanzi al giudice di legittimità delle leggi, in riferimento agli artt. 24, 111, 117, 1° comma, Cost., ha sottolineato come «occorre nella specie interrogarsi sulla idoneità delle norme C.E.D.U. in questione a costituire "fonte interposta" dell'art. 117, 1° comma, Cost. alla quale "confrontare" la legittimità costituzionale del disposto dell'art. 175, 2° comma, c.p.p.» (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., 86). In ragione di tale dubbio, il giudice *a quo* ha ritenuto di non poter condividere la conclusione del Supremo Collegio secondo cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto a presenziare al processo non può essere considerata fonte di integrazione dell'art. 117 Cost., essendovi prevalenti interessi costituzionali sintetizzabili nel principio della unicità delle impugnazioni avente come riferimento costituzionale l'art. 111 Cost. nella parte in cui salvaguarda la ragionevole durata del processo.

In prospettiva opposta, nell'ordinanza di remissione si evidenzia che il diritto dell'imputato a presenziare al processo ed ivi esercitare il proprio diritto alla prova non può considerarsi soccombente rispetto ad un principio di unicità delle impugnazioni che non trova "diretta copertura costituzionale" (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., 86). L'interesse dell'imputato contumace incolpevole ad esercitare in ogni tempo e luogo il diritto alla prova non può essere limitato dal principio di unicità dell'impugnazione e di celere definizione del processo, venendosi altrimenti, a realizzare un ingiustificato pregiudizio per il diritto al giusto processo, sancito dall'art. 111, 1° comma, Cost. (Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, V.F., cit., 86).

In questo modo, ancora una volta, dopo un sostanziale arretramento in termini di garanzie dovuto all'impostazione seguita dalle Sezioni Unite del 2008 per ciò che concerne la contumacia ed i relativi rimedi, la Corte di Cassazione, nelle vesti della Prima Sezione Penale, si è fatta promotrice di un interrogativo capace di sfociare, poi, nella decisione costituzionale n. 317 del 2009 che rappresenta, senza dubbio, un passo avanti nella costruzione di un sistema di rimedi per il processo *in absentia* ben sintonizzato con le garanzie sovranazionali.

Già nel passato, una speciale sensibilità verso gli obblighi internazionali ed i richiami più volte provenienti dalla giurisprudenza europea in tema di giusto processo e di processo contumaciale era stata manifestata dalla Corte di Cassazione. In un caso, la S.C. ha ritenuto che, nonostante il sopravvenire del giudicato, se il relativo provvedimento rappresenta l'esito di un procedimento in contumacia, valutato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con i principi sanciti dalla C.E.D.U., non può comunque essere negato all'imputato il diritto ad un nuovo processo (Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, CED 235035). Ancora più clamorosa, poi, la decisione della Corte di Cassazione con cui si è affermata l'ineseguibilità del giudicato, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., se la relativa condanna è il frutto di un procedimento giudi-

cato non conforme agli *standards* europei del *fair trial* (Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, in *Giur. It.*, 2007, 2281). In quest'ultimo caso, la S.C. ha messo in evidenza come a seguito di una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per un processo "non equo", il condannato abbia comunque diritto alla rinnovazione del processo, in forza dell'obbligo, gravante sullo Stato, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, di conformarsi alle sentenze definitive della suddetta Corte. Qualora il sistema normativo interno risulti sprovisto di siffatto "rimedio", deve, quantomeno, non darsi esecuzione alla decisione conclusiva del processo "non equo" (Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, cit.).

Il passo compiuto dalla Corte di Cassazione ha segnato in modo indelebile un percorso, non ancora concluso, sicuramente tormentato, di cui la sentenza costituzionale in commento rappresenta un ulteriore determinante tratto non solo per il risultato interpretativo raggiunto, ma anche per le modalità attraverso le quali ad esso si è giunti.

Una declaratoria, tra l'altro, che colpisce la norma per quella parte di "non detto" dal legislatore; un silenzio su cui si è sviluppato un "diritto vivente" non in sintonia con i diritti e gli obblighi internazionali.

3. *Giurisprudenza sovranazionale e rimedi per il procedimento in absentia.* – Il settore delle sentenze pronunciate in contumacia dell'imputato e dei rimedi affinché sia garantito al contumace "incolpevole" il diritto alla piena partecipazione al processo è stato frequentemente al centro del dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Il tema, invero, è uno dei più delicati in quanto coinvolge garanzie costituzionali e sovranazionali. Non a caso proprio in quest'ambito si è registrata una certa pressione "internazionale" affinché il meccanismo normativo della contumacia e dei possibili rimedi fosse improntato ad un maggiore rispetto delle garanzie di giurisdizione (Garuti, Sub art. 175. *Le novità apportate dalla novella legislativa del 2005: quid iuris?*,

in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 786). Sotto questo profilo, invero, l'assetto normativo interno per il procedimento contumaciale ha rappresentato uno dei motivi per i quali, spesso, l'Italia ha ricevuto il diniego all'estradizione da parte di Stati esteri in riferimento a soggetti italiani, latitanti all'estero, condannati nel nostro Paese in contumacia. Ciò a causa della mancanza di adeguate garanzie per la riapertura del processo. D'altro canto, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte "censurato" l'Italia, in quanto sprovvisto di un meccanismo normativo adeguato ad assicurare il diritto dell'imputato alla piena partecipazione al processo penale.

L'art. 6 C.E.D.U. non menziona espressamente il diritto dell'accusato alla partecipazione del processo al contrario di quanto accade nell'art. 14, 3° co., lett. d del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966. Tuttavia, il § 3, alle lettere c, d, e, dell'art. 6 C.E.D.U. attribuisce all'accusato diritti che egli non è in grado di esplicitare se non presenza personalmente all'udienza. In linea di principio, un processo svolto in assenza dell'imputato, non si pone in contraddizione con quanto garantito dall'art. 6 C.E.D.U. Però, ai fini dello svolgimento di un giusto processo conforme ai principi fondamentali dell'individuo garantiti dalla Convenzione, il soggetto condannato in contumacia deve "poter ottenere che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sulla fondatezza dell'accusa in fatto come in diritto, quando non è accertato in modo non equivoco ch'egli abbia rinunciato al suo diritto di comparire e di difendersi" (C.E.D.U., 18 maggio 2004, Somogy c. Italia, § 66). Ne deriva che il rifiuto di riaprire un procedimento che si è svolto in contumacia, quando l'imputato non ha rinunciato al diritto a comparire è da considerarsi al pari di un diniego di giustizia e, dunque, in contrasto con l'art. 6 C.E.D.U. (C.E.D.U., Gr. Ch., 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, §§ 82-85; C.E.D.U., Gr. Ch., 21.12.2006, Zuic c. Italia, §§ 58-60).

I principi enucleati dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di rimedi processuali per il contumace incolpevole (C.E.D.U., 9 giugno 2005, R.R. c. Italia, § 50 ss.; Id., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, § 29 s.; Id., 18 maggio 2004, Somogy c. Italia, § 65 s.; Id., 26 marzo 1998 Belziuk c. Polonia, § 37; Id., 28 agosto 1991, F.C.B. c. Italia, § 33; Id., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, § 27) sono importanti al fine di comprendere l'approccio che la Corte costituzionale, con la decisione in commento, ha inteso sviluppare in riferimento all'art. 175 c.p.p.

Invero, i parametri enucleati nel tempo dai giudici sovranazionali a proposito di un giusto processo che si realizzi anche tramite la piena partecipazione dell'imputato hanno svolto un peso determinante per l'esito interpretativo cui si è giunti con la sentenza costituzionale n. 317 del 2009.

Al quadro di "principi" risultante dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, circa la tutela del contumace sul piano internazionale, occorre aggiungere la Risoluzione del 21 maggio 1975, n. 11 con cui il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha precisato i parametri da osservare nello svolgimento del giudizio *in absentia*, specificando, tra le "regole minime", che "ogni persona giudicata in sua assenza deve poter impugnare la decisione con tutti i mezzi di gravame che le sarebbero consentiti qualora fosse stata presente" (raccomandazione n. 7).

E poi, ancora l'art. 3 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione che prevede che l'estradizione di un condannato, al fine di veder eseguita una pena inflitta con provvedimento contumaciale, possa essere subordinata al fatto che la parte richiedente dia assicurazioni sufficienti per garantire all'estradato il diritto ad un nuovo giudizio rispettoso del diritto di difesa. In pari prospettiva si è, poi, mossa la Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 13 giugno 2002 (2002/584/GAI) relativa al mandato d'arresto europeo. Ed infine la recente Decisione Quadro del 26 febbraio 2009 relativa al reciproco riconosci-

mento delle decisioni pronunciate *in absentia* che contempla dettagliate regole sulle garanzie da assicurare al condannato in contumacia e, a tal fine, interviene modificando ben 5 precedenti decisioni quadro, tra cui quella inerente al mandato d'arresto europeo.

4. *L'art. 175 c.p.p. dopo la novella del 2005.* – In particolare, nel 2004 (caso Sejdovic c. Italia), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia a causa della inadeguatezza dei rimedi concessi all'imputato condannato con sentenza contumaciale puntando soprattutto il dito contro l'onere probatorio gravante sull'imputato circa la non volontaria sottrazione alla conoscenza degli atti del procedimento e sulla esigua entità del termine entro cui chiedere la restituzione in termini.

L'intervento del legislatore, a questo punto apparso assolutamente indifferibile essendo stato specificamente sollecitato dal giudice sovranazionale, si è concretizzato nel d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60, il cui art. 1 ha modificato l'originario testo dell'art. 175 c.p.p., incidendo, in special misura, sulla restituzione in termini finalizzata ad impugnare le sentenze contumaciali o i decreti penali di condanna. A questo riguardo, la nuova formulazione dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. ha previsto che, a fronte di una sentenza contumaciale o di un decreto di condanna, l'imputato, previa richiesta, è restituito nel termine per impugnare o proporre opposizione “salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione”. Profili, questi ultimi, sui quali – sempre secondo il riformato art. 175, 2° comma, c.p.p. – sarà l'autorità giudiziaria a dover effettuare le necessarie verifiche.

Rispetto a quanto previsto dall'originario testo della norma, la novella del 2005, sulla scorta delle sollecitazioni sovranazionali ha inciso sull'onere della prova, nel senso che non spetta più all'imputato contumace dover dimostrare di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento e di non essersi sottratto volontariamente alla conoscenza

degli atti del procedimento, ma è l'autorità giudiziaria a dover compiere i relativi accertamenti. È stato, inoltre, modificato il termine entro cui proporre la richiesta *ex art. 175, 2° comma, c.p.p.*, passando dagli originari 10 giorni agli attuali trenta.

L'insieme delle apportate modifiche ha migliorato il meccanismo dei rimedi per l'imputato contumace, ma non può dirsi che abbia pienamente soddisfatto le istanze di una completa rinnovazione del giudizio per il contumace incolpevole. Malgrado i suddetti miglioramenti, invero, per tale soggetto continua a sussistere soltanto la possibilità di usufruire – una volta restituito nel termine per impugnare – del giudizio d'appello, nel cui ambito, tra l'altro, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'imputato contumace (art. 603, 4° comma, c.p.p.) è connessa alla sussistenza di presupposti coincidenti con quelli all'origine previsti dall'art. 175, 2° comma, c.p.p. Senza contare, poi, che nel giudizio d'appello, non possono essere esercitati facoltà e diritti che soltanto nel giudizio di primo grado trovano realizzazione (si pensi alla scelta dei riti o all'esercizio del diritto alla prova).

Il limite del nostro ordinamento sta nel fatto che, da sempre, il rimedio in caso di giudizio svoltosi in contumacia è stato calibrato sulla restituzione in termini per attivare un giudizio d'impugnazione. Non sono mai state elaborate soluzioni che, a fronte di circostanze legittimanti la dichiarazione di contumacia dell'imputato, portino alla sospensione del processo, con contestuale sospensione del decorso dei termini prescrizionali, ovvero alla c.d. purgazione, vale a dire la possibilità di realizzare un nuovo processo (una soluzione in tal senso era delineata dall'art. 475 c.p.p. 1913). Soluzioni presenti in altri ordinamenti e certamente più consone ad un sistema che si vuole improntato ad un modello accusatorio. In verità, non sono mancati tentativi di legiferare in questo senso ma, trattandosi di disegni di legge governativi, per circostanze legate alla durata del governo, non sono sfociati in provvedimenti normativi definitivi.

Un vizio d'origine, quello dei rimedi al processo *in absentia*, alimentato dalle prime cen-

sure ricevute dalla Corte di Strasburgo. Dopo la sentenza Colozza c. Italia del 1985, invero, il legislatore si mosse puntando da subito l'attenzione sulla restituzione in termini per impugnare quale strumento atto a garantire all'imputato contumace incolpevole "la possibilità di partecipare ad almeno un grado di giudizio di merito pieno, essendo obbligatoria, su sua richiesta, la rinnovazione del dibattimento in appello" (v. *Rel. d.d.l. n. 1706, X Legisl.*).

In questa prospettiva, vale a dire quella del rimedio dato dalla rimessione in termini per impugnare, ha continuato a muoversi il legislatore della riforma del 1988 ed anche quello della novella del 2005.

5. *L'impugnazione del difensore dell'imputato contumace.* – In questo quadro, già di per sé critico, si inserisce l'ulteriore problematica affrontata nella sentenza costituzionale n. 317 del 2009 circa il "valore" da dare all'impugnazione proposta dal difensore del contumace ai fini della successiva restituzione in termini.

Le modifiche apportate nel 2005 all'art. 175 c.p.p. hanno inciso anche nel senso di elidere da questa norma quella parte che contemplava la preclusione, per il contumace incolpevole, ad essere restituiti nel termine per impugnare ove il controllo del giudice superiore fosse già stato attivato dal difensore.

Ma su questo punto, sia consentito fare un passo indietro.

L'art. 175 c.p.p., oggetto della declaratoria di incostituzionalità, non è l'unico riferimento normativo cui guardare per cogliere il quadro di garanzie e rimedi previsti dal nostro ordinamento in ordine alla sentenza adottata all'esito di procedimento *in absentia* e, così, comprendere la portata della pronuncia costituzionale n. 317 del 2009.

a) *uno specifico mandato ad impugnare*

Tassello imprescindibile di questo mosaico è l'art. 571, 3° comma, c.p.p. Tale norma, nella sua formulazione originaria, prevedeva, per il difensore dell'imputato contumace, la necessità di uno specifico mandato ad impugnare. Si trattava di prescrizione volta ad impedire che l'imputato contumace potesse vedersi precluso il diritto alla restituzione nel termine

per impugnare. Secondo l'originaria formulazione dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., l'impugnazione già proposta dal difensore costituiva una condizione ostativa per la restituzione del termine ad impugnare. E proprio l'esigenza di coordinamento tra le due norme era alla base della specifica previsione contenuta nel secondo periodo dell'art. 571, 3° comma, c.p.p., almeno secondo la prospettiva fatta propria dal legislatore, riportata nella Relazione al progetto preliminare del c.p.p. (cfr. *Rel. prog. prel. c.p.p.*, in *Gazz. uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.* n. 2, 126) e confermata dalla Corte costituzionale (sent. n. 315 del 1990, sebbene avente ad oggetto l'art. 192, 3° comma, c.p.p. 1930 come risultante a seguito delle modifiche apportate dalla l. 23 gennaio 1989, n. 22). In particolare, la richiesta di uno specifico mandato prefigurata dal 3° comma dell'art. 571 c.p.p. mirava a far sì che dietro l'impugnazione del difensore avverso una sentenza contumaciale vi fosse la consapevole determinazione dell'imputato in tal senso. Scelte autonome della difesa, invero, gli avrebbero precluso ogni eventuale successiva possibilità di impugnare grazie alla restituzione in termini. Un pregiudizio, quello accennato, che si accentuava nell'ipotesi di una difesa d'ufficio.

A prescindere dalle problematiche applicative di carattere formale circa i tempi e le modalità di concessione dello specifico mandato (v., dettagliatamente, Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, 409 ss.), un punto appariva assolutamente controverso: per quale ragione l'impugnazione proposta dal difensore deve precludere la restituzione in termine per impugnare del contumace? Se l'art. 571, 3° comma, c.p.p., con riguardo alla previsione di un mandato *ad hoc* per impugnare, rappresentava una sorta di scelta imposta dal coordinamento con quanto previsto in punto di restituzione in termini e relative condizioni ostative, il problema, allora, era a monte, vale a dire nell'art. 175 c.p.p. Sta di fatto che, ad un certo punto, il legislatore ha soppresso (art. 46, l. 16 dicembre 1999, n. 479) quella parte del 3° comma dell'art. 571 in cui si prescriveva la presenza di

uno specifico mandato ad impugnare per il legale del contumace. Di conseguenza, il difensore del contumace, sia esso di fiducia o d'ufficio, si è trovato privo di vincoli nella scelta di impugnare la sentenza adottata a seguito di procedimento *in absentia*. A seguito della modifica, così come accade per la difesa dell'imputato "non contumace", il controllo del giudice superiore potrà essere attivato dal difensore se egli risulta nominato al momento del deposito del provvedimento ovvero se viene nominato a questo specifico fine, come prescritto dall'art. 571, 3° comma, c.p.p.

Resta ferma, comunque, la possibilità per l'imputato di togliere efficacia all'impugnazione proposta dal difensore nei modi previsti per la rinuncia, ai sensi di quanto disposto dall'art. 571, 4° comma, c.p.p.

Questa assenza di mandati *ad hoc* per impugnare la sentenza contumaciale, realizzata con la novella del 1999, però, ha continuato, sino al 2005, a convivere con una versione dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. in cui era previsto che la restituzione in termini per impugnare all'imputato contumace fosse preclusa a fronte dell'avvenuta impugnazione del difensore. Il che, come è evidente, ha comportato dei notevoli problemi applicativi per il contumace "incolpevole", soprattutto laddove vi era un difensore d'ufficio, privo di alcun collegamento con l'imputato, che, impugnando, esauriva il diritto al gravame per l'assistito.

*b) l'art. 175 c.p.p. e l'impugnazione proposta dal difensore*

Si è detto di come il testo dell'art. 175, 2° comma, c.p.p. contemplasse all'origine la condizione ostativa alla restituzione nel termine per impugnare derivante dall'impugnazione del difensore e come, poi, tale previsione sia venuta a mancare con la riforma di quella norma realizzata nel 2005.

In realtà, nel testo del d.l. n. 17 del 2005, la condizione preclusiva, in un primo momento era stata riprodotta, per essere poi eliminata in sede di prima lettura del disegno di legge di conversione dalla Camera dei deputati ed essere ancora reinserito dal Senato (che ave-

va pure reintrodotta quel secondo periodo dell'art. 571, 3° comma, c.p.p. soppresso dall'art. 46 della l. n. 479 del 1999). Una volta sottoposto il provvedimento alla seconda lettura da parte della Camera entrambe le previsioni furono soppresse ed il disegno di legge di conversione fu definitivamente approvato.

Questo "tormentato" iter parlamentare farebbe pensare che il legislatore si è ben posto il problema di vedere esaurita la facoltà di impugnare del contumace a seguito di impugnazione avvenuta su iniziativa del difensore e che lo abbia risolto nel senso di escludere la previsione di tale circostanza impeditiva per la restituzione in termini.

L'accennato percorso legislativo, tuttavia, non è stato considerato dalle Sezioni Unite del 2008 elemento capace di orientare univocamente l'interpretazione nel senso di escludere la presenza di una condizione ostativa derivante dall'impugnazione del difensore. Il Supremo Collegio, invero, ha scelto di dare prevalenza al principio di unicità dell'impugnazione, considerando esaurita la facoltà di impugnare del contumace ove il difensore abbia già fatto uso della corrispondente scelta che pure l'ordinamento gli affida con l'art. 571, 3° comma, c.p.p.

Nella scelta di questa opzione interpretativa, tra l'altro, come si è già detto (v. § 2), determinante è stato il modo con il quale si è guardato al panorama sovranazionale, sia per ciò che concerne le norme della C.E.D.U., sia per quanto riguarda la portata delle sentenze dei giudici di Strasburgo.

*6. La sentenza costituzionale n. 317 del 2009.*

– La Corte costituzionale, nella sentenza n. 317 del 2009, dopo aver riepilogato i punti salienti delle vicende normative che hanno riguardato l'art. 175 c.p.p. ed i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto dell'imputato ad essere presente in udienza, ha preso in considerazione l'interpretazione data dalle Sezioni Unite del 2008 al novellato art. 175 c.p.p. Su questo punto, constatata l'assenza di decisioni difformi e registrata, dunque, la sussistenza di un "diritto vivente", ha ritenuto di



dover intervenire incentrando le proprie valutazioni sull'interpretazione dominante di quella norma, condivisa, peraltro, dal giudice *a quo*. In particolare, i giudici costituzionali hanno evidenziato come la declaratoria di accoglimento non fosse evitabile tramite un'interpretazione adeguatrice e conforme a Costituzione di cui il giudice rimettente poteva farsi interprete. Ciò in quanto lo stesso giudice *a quo* ha evidenziato come non sia possibile dare all'art. 175 c.p.p. un'interpretazione diversa da quella offerta dalle Sezioni Unite ed ha manifestato condivisione per l'impostazione ermeneutica raggiunta dal Supremo Consesso.

Nel ragionamento seguito dai giudici costituzionali per addivenire alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 175, 2° comma, c.p.p., parte rilevante ha avuto la presenza di una "tutela multilivello" del diritto in questione riconosciuto all'imputato. Il giudice di legittimità delle leggi ha dato specifico rilievo al fatto che è il legislatore l'organo primario cui compete il bilanciamento di interessi per assicurare la massima tutela dei diritti fondamentali come risultanti dalla somma della tutela convenzionale e di quella costituzionale (sent. n. 348 e n. 349 del 2007). Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potersi sottrarre del tutto ad un controllo cui risulta comunque chiamata nell'interpretazione delle norme costituzionali. La tutela dei diritti fondamentali – si è sottolineato nella commentata sentenza – «*deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*». A tal riguardo, i giudici costituzionali hanno ricordato come la Corte di Strasburgo sia giudice del singolo caso ed in qual modo la Corte costituzionale non possa sostituire la propria interpretazione a quella fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sul punto si veda pure C. cost., sent. n. 311 del 2009) sebbene possa «*valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano*».

In questa prospettiva, i giudici costituzionali si sono chiesti se il diritto di difesa del con-

tumace inconsapevole debba bilanciarsi con il principio di ragionevole durata del processo, garantito dall'art. 111, 2° comma, Cost. La risposta è stata in senso negativo, poiché si tratta di due diritti che non possono entrare in comparazione fra loro e far prevalere il secondo significherebbe porre in essere un grave *vulnus* nei riguardi del primo. A maggior ragione, per sostenere la legittimità costituzionale della norma ed, in buona sostanza, finire per limitare un diritto fondamentale dell'individuo non può farsi ricorso a principi quali l'unicità del diritto di impugnazione e del divieto di *bis in idem*. Questi principi, ci ricorda la Corte costituzionale, sono da tenere in considerazione per trovare, all'interno dell'ordinamento, dei rimedi o per predisporli, ove mancanti, ad opera del legislatore. Ne consegue, secondo i giudici di legittimità delle leggi che, a fronte dell'attuale normativa, il rimedio attribuito all'imputato contumace inconsapevole deve essere effettivo e non può essere consumato dall'atto di un soggetto, il difensore – in questi casi solitamente nominato d'ufficio, a causa dell'assenza o dell'irreperibilità dell'imputato – che non ha ricevuto un mandato *ad hoc* ed agisce di propria iniziativa. La Corte costituzionale, in particolare, ha sottolineato come «*l'esercizio di un diritto fondamentale non può essere sottratto al suo titolare, che può essere sostituito solo nei limiti strettamente necessari a sopperire alla sua impossibilità di esercitarlo e non deve trovarsi di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui, non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per la sua persona*».

Il recente intervento della Corte costituzionale acquisisce uno specifico rilievo in considerazione del quadro internazionale con il quale ci colloca nuovamente "in sintonia". Non dobbiamo, invero, dimenticare che dopo la prima sentenza Sejdovic (C.E.D.U. 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia), da parte del Governo italiano fu presentata impugnazione ai sensi dell'art. 43 C.E.D.U. Nelle more del giudizio, sopravvenne la modifica legislativa dell'art. 175 c.p.p. ad opera della novella del 2005 e, così, la Grande Camera,

preso atto di tale intervento legislativo, non si è pronunciata sulla compatibilità della stessa con le norme convenzionali, ritenendo che ciò fosse prematuro e preferendo attendere l'interpretazione giurisprudenziale che la nuova norma avrebbe poi ricevuto. Significativa, ancora, sotto questo profilo la decisione della Corte di Strasburgo del 25 novembre 2008, Cat Berro c. Italia, con cui si evidenzia come il legislatore attraverso le modifiche apportate all'art. 175 c.p.p. abbia sopperito ad alcune delle carenze normative dalla stessa Corte in passato censurate ed in qual modo sia però necessario attendere l'interpretazione che la giurisprudenza darà della mutata norma.

In definitiva, il sistema dei rimedi interni concernenti il diritto ad un rinnovato giudizio per il condannato contumace incolpevole, anche dopo le modifiche apportate nel 2005, ha continuato ad essere posto sotto la "lente di ingrandimento" del giudice di Strasburgo. Determinante, perciò, al fine di evitare ulteriori condanne dell'Italia risulta essere la decisione costituzionale n. 317 del 2009.

Sta di fatto che, dopo tale decisione, occorrerà valutare come risolvere il contrasto di giudicati che potrebbe sorgere a seguito della duplice impugnazione, quella del difensore che agisca di sua iniziativa e quella del contumace restituito nel termine. Un conflitto che potrebbe trovare soluzione in sede esecutiva, dando applicazione alle regole contemplate dall'art. 669 c.p.p. anche se, così facendo, si finirebbe, forse, per ampliare eccessivamente l'ambito operativo della norma nata per ovviare a situazioni di carattere "patologico" e non a situazioni di *bis in idem*

in un certo senso predeterminate dal legislatore.

Resta, inoltre, aperto il "fronte" del diritto alla prova negato al contumace incolpevole visti i limiti contemplati dall'art. 603 c.p.p. con riferimento al quale la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, rilevando che tale questione è sorta in un procedimento pendente dinanzi al giudice di legittimità e si presenta ancora come «astratta e prematura, e quindi irrilevante per la definizione del giudizio».

In definitiva, seppure risulti confortante la sensibilità manifestata sia dal giudice *a quo*, sia dalla Corte costituzionale nel dare tutela ad un diritto fondamentale, inserito in un complesso e ricco quadro di garanzie internazionali, meno rassicurante appare il sistema normativo interno che quel diritto deve tutelare. Malgrado gli interventi correttivi già operati, una rivisitazione completa del sistema appare opportuna affinché si cominci a ragionare non più e non solo in termini di restituzione nel termine per impugnare, ma di sospensione del processo per il contumace incolpevole oppure di "piena" rinnovazione del giudizio con la possibilità di esplicitare tutte le scelte difensive tipiche del giudizio di merito. Ciò anche alla luce di un principio di "ragionevole durata" che sebbene non possa entrare in competizione con il diritto fondamentale dell'imputato a partecipare al processo, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 317 del 2009, rappresenta comunque un parametro imprescindibile per il legislatore secondo quanto prescritto dall'art. 111, 2° comma, Cost.

## In tema di diritto alla prova

Secondo la Suprema Corte «l'impostazione secondo cui la tempestività delle prove "nuove" andrebbe valutata con riferimento all'ema-

nazione della sentenza di primo grado e della sua motivazione perché solo tale documento "coagula" il tema della decisione e l'esigenza



*di prova, è una prospettiva suggestiva, che amplia al massimo gli spazi di azione della difesa, ma non trova corrispondenza nella impostazione adottata dal legislatore e condensata nell'art. 603 c.p.p. Da tale disposizione, infatti, devono desumersi la centralità del dibattimento di primo grado, ove vige la regola del pieno*

*dispiegarsi del contraddittorio e della partecipata assunzione delle prove dichiarative, e la natura residuale ed eccezionale della parziale riapertura dell'istruttoria in grado di appello» (Cass., Sez. III, 8.10.2009, Pogliana).*

Le Osservazioni criticano l'impostazione offerta.

## **Osservazioni** di Rossella Governa

1. A fronte di un ormai ampio riconoscimento accordato (quantomeno da un punto di vista formale) ai principi del giusto processo si reitera, da parte della Suprema Corte, la violazione degli stessi, adducendosi argomentazioni tuttavia non idonee a giustificare un palese discostarsi da un doveroso *modus agendi*. Caratterizzata da un'intrinseca ed inaccettabile contraddittorietà, la sentenza in esame spicca per l'ingiustificata riconferma di un giudizio di secondo grado compiuto in aperta violazione dei principi del giusto processo in relazione tanto alla normativa nazionale che sovranazionale.

La *questio iuris* sottesa alla decisione in commento concerne l'esperibilità dell'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, nonché il controllo di legittimità che può essere concretato dagli ermellini qualora il ricorso ad uno strumento posto a tutela del c.d. "diritto alla prova" venga ad essere ingiustificatamente negato in secondo grado. E d'uopo soffermarsi, *in primis*, sull'analisi del caso di specie per poi procedere ad un articolato esame della decisione annotata in cui si rinviene un disperato tentativo di avallare quanto già in precedenza affermato, pur in presenza di successive rilevanti pronunce tese a sgretolare l'intangibilità di un consolidato orientamento giurisprudenziale palesamente contrastante tanto con il paragrafo secondo dell'art. 6 C.E.D.U., quanto con l'art. 111 Cost.

Come rilevato dal ricorrente, ai fini di una

pronunzia di colpevolezza, sarebbe stato necessario far riferimento e garantire il pieno rispetto della regola del *Beyond Any Reasonable Doubt* posto che, in grado d'appello, erano state ritenute non sufficientemente univoche e coerenti le dichiarazioni riferite agli episodi più significativi, tanto da giungere ad una esclusione dell'esistenza piena della prova di responsabilità dell'imputato. Ora, la Suprema Corte, pur riconoscendo che "*spetta al giudice applicare in modo motivato e logico i limiti dell'art. 603 c.p.p.*" e, ancora, avallando l'orientamento del Giudice delle Leggi espresso nella sent. n. 26 del 2007 nonché ribadendo l'impostazione secondo la quale può aversi vizio di travisamento della prova quando "*si omette la valutazione di una prova decisiva ai fini della decisione*" (cfr. Cass., Sez. I, 21.6.2007, n. 24667, in CED 237207; Id., Sez. II, 14.6.2007, n. 23419, in CED 236893), giunge inopinatamente ad escludere dal sindacato di legittimità la censura di un giudizio d'appello in cui si sia posto in essere un giudizio prognostico circa la portata delle nuove prove richieste configurandosi, per effetto, un diritto di difesa monco.

2. L'orientamento accolto dalla Suprema Corte si inserisce in quell'erroneo, ma ormai consolidato, indirizzo teso ad inquadrare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale come un'eccezione, dovendosi presumere la completezza di quella di primo grado. Al riguardo è stato evidenziato (Cass., Sez. I,

10.1.1995, Abdel Saved, in *Cass. Pen.*, 1996, 1178) come l'assunzione di prove nuove, sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, debba essere vagliata dal giudice sotto il profilo dell'utilità processuale. L'ipotesi dell'impossibilità di decidere allo stato degli atti (cfr. *Cass.*, S.U., 24.1.1996, Panigoni, in *Cass. Pen.*, 1996, 2892) non può tuttavia considerarsi caso unico, né il più frequente, in quanto l'esigenza istruttoria trova la sua ragion d'essere nell'ipotesi asserita: le prove *de quibus* vanno riassunte o acquisite *ex novo* qualora possano condurre ad una decisione diversa (identifica erroneamente i due concetti *Cass.*, Sez. VI, 19.10.2004, Bassi e altri, in *Guida Dir.*, 2005, 16, 80. Non così *Cass.*, Sez. III, 7.4.2004, Modi e altro, in *Mass. Off.*, 228920). Ciò vale anche in sede di rinvio: la prova da assumersi nella eccezionale ipotesi di nuova istruttoria dibattimentale, oltre che indispensabile per la decisione, ai sensi dell'art. 603, deve essere anche rilevante, giacché *frustra probatur quod probatum non relevat*.

Peraltro, anche a seguito dell'inserimento, nel testo costituzionale, dei principi relativi al "giusto processo", la giurisprudenza ha ribadito che il giudice, in presenza di richiesta di ammissione di prove nuove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, è tenuto a disporre la rinnovazione del dibattimento, con il solo limite costituito dalle ipotesi di richieste concernenti prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti (*Cass.*, Sez. V, 9.5.2002, Pinto, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 82. Inoltre, la relativa richiesta non soggiace alla regola prescritta dall'art. 585, 4° comma, c.p.p.: cfr. *Cass.*, Sez. IV, 1.10.2002, Vicinanza, in *Mass. Off.*, 222543).

3. È evidente come la disciplina in esame sia pienamente riconducibile ad un processo in cui la giurisdizione è volta alla tutela del cittadino-imputato, tutte le volte in cui i suoi fondamentali ed inalienabili diritti siano in antitesi con l'apparato statale. In tale prospettiva, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale si manifesta in concreto quale

*"idoneo strumento, finalizzato all'integrazione del momento conoscitivo del primo giudice, profondamente diversificato nei suoi predicati oggettivi e soggettivi"*.

La giurisprudenza più recente tende infatti a delimitare gli spazi di discrezionalità offerti al giudice dall'art. 603, 2° comma, c.p.p. nella individuazione dei presupposti applicativi dell'istituto della rinnovazione del dibattimento attraverso la valorizzazione di vincoli derivanti da norme costituzionali in senso materiale, quali l'art. 111 Cost. e il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio consacrato nel testo novellato dell'art. 533 c.p.p. *"Infatti, la chiara matrice giusnaturalistica sottesa al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio induce l'interprete a ravvisare in un testo costituzionale la naturale sedes materiae di un principio dalla forte valenza ideale e dal contenuto ampiamente indeterminato"*.

Particolarmente significative appaiono, poi, le decisioni volte a garantire la piena attuazione del diritto alla prova dell'imputato a fronte di prove decisive ovvero prove la cui assunzione sia stata illegittimamente negata dal giudice di primo grado. Con riferimento a entrambe le ipotesi la Corte di Cassazione ha affermato la configurabilità in capo al giudice di un preciso *"dovere di ammettere la prova decisiva ovvero indebitamente pretermessa in primo grado"* (cfr., per tutte, *Cass.*, Sez. VI, 28.2.2005, Bassi, in *Guida Dir.*, 2005, nonché *Cass.*, Sez. V, 9.6.2004, Spinellic, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 728) anche in un'ottica volta a garantire l'equilibrio tra le parti lungo l'intero iter processuale. Questo esige, infatti, la valorizzazione del ruolo propulsivo della difesa nonché l'effettività della sua partecipazione dinamica in ogni stato e grado del procedimento, dove ad una fase d'indagine nella totale disponibilità del pubblico ministero fanno da contraltare le corrispettive – e sovente inadeguate – riparazioni sostanzianti nelle indagini difensive e poi nel dibattimento di primo grado, ma non è da sottovalutare la rinnovazione della istruzione dibattimentale in appello.

L'orientamento giurisprudenziale volto a

configurare come doverosa l'ammissione *ex officio* di prove decisive si salda all'indirizzo giurisprudenziale propenso, pur con qualche rigidità e molti distinguo, ad estendere l'ambito operativo della controprova al giudizio di appello. *"A ben vedere l'ammissione della controprova costituisce un dovere imposto dal giudice da fondamentali esigenze di ordine logico e dall'attuazione di imprescindibili garanzie che operano lungo l'intero arco del procedimento"* (Gaito, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 88).

Nel ciclico alternarsi di un orientamento restrittivo e di un indirizzo garantista nella tutela del diritto alla prova nel giudizio di appello si inseriscono, come già rilevato, gli orientamenti giurisprudenziali tesi a valorizzare i doveri del giudice alla luce del canone dell'*"oltre ogni ragionevole dubbio"* recepito quale criterio risolutore del fatto incerto dal testo novellato dell'art. 533 (così Cass., Sez. III, 9.11.2006 - 10.1.2007; v. anche Cass., Sez. IV, 17.10.2006 - 17.1.2007). Così, con una decisione del 2007, la Suprema Corte, dopo aver richiamato il tradizionale orienta-

mento circa l'insindacabilità della valutazione giudiziale sulla necessità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, ha precisato come tale valutazione debba *"basarsi non solo sulle risultanze già acquisite, ma anche sulle prospettive di riforma della sentenza impugnata correlate all'assunzione della nuova prova richiesta"* (cfr. Cass., Sez. IV, 16.1.2007 - 23.2.2007, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 222, con nota di Morisco, *La motivazione quale elemento indefettibile dell'ordinanza ex art. 603 c.p.p.*). Qualora infatti la prova nuova appaia idonea a creare ragionevoli dubbi in ordine alla responsabilità dell'imputato (ex art. 533, 1° co., c.p.p.), essa non potrebbe essere considerata non decisiva.

Non pare dunque suscettibile d'accoglimento l'orientamento espresso nella decisione in esame teso ad escludere l'incondizionato diritto alla controprova *"se e quando questa possa in qualche modo impoverire la portata persuasiva di quanto addotto dal pubblico ministero, ossia offrire una diversa versione dei fatti, tale da indebolire l'impianto accusatorio"* (così Gaito, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 88).

## **Il mandato di arresto europeo: Decisione-Quadro 2002/584/GAI e Legge del 22 aprile 2005, n. 69, profili d'incostituzionalità?**

La Corte di Cassazione dovendosi pronunciare sulla possibilità di consegnare all'Autorità giudiziaria della Repubblica di Polonia l'imputato di nazionalità polacca ma residente in Italia, ha dichiarato *«rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, lettera r) Legge 22 aprile 2005, n. 69 (mandato di arresto europeo), nella parte in cui non prevede il rifiuto della consegna ai fini dell'esecuzione della pena anche per la persona non cittadina italiana ma residente nello Stato, con riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, primo comma, della Costituzione»* (Reg. ord.

n. 298 del 2009 pubbl. su G.U. del 16/12/2009, n. 50; Ordinanza della **Corte di Cassazione del 27.8.2009; ric. Papierz**). Dall'attenta analisi degli argomenti contenuti nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale e dallo studio della normativa comunitaria e della legislazione nazionale inerente al mandato di arresto europeo, segue la seguente osservazione: si ha la pretesa di proporre «un'interpretazione diversa», rispetto a quella consolidata nella giurisprudenza di legittimità, per la risoluzione del problema di legittimità costituzionale in esame.

## *Osservazioni*

di *Eleonora Fonseca*

L'art. 18, lettera *r*), Legge 22 aprile 2005, n. 69 dispone il rifiuto della consegna da parte della Corte di Appello «se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano, sempre che la Corte di Appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno». Il legislatore, con questa disposizione, ha inteso riprodurre quanto contenuto nell'art. 4, paragrafo 6 della Decisione-Quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, che nella rubrica «motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo», indica la possibilità per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare di eseguire il mandato di arresto europeo «se il mandato di arresto europeo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno». Dal confronto delle due disposizioni si percepisce immediatamente che il legislatore ha volutamente operato una differenza di trattamento tra i possibili soggetti sottoposti ad un mandato di arresto europeo: ha esplicitamente previsto il rifiuto della consegna per il solo cittadino italiano escludendo così, implicitamente, il rifiuto della consegna per l'imputato che abbia il solo requisito della residenza in Italia. Ma vi è di più, ulteriore distinzione si rintraccia se si esamina l'art. 19, comma 1°, lettera *c*) della Legge n. 69 del 2005 il quale, nel prevedere sotto la rubrica «garanzie richieste allo Stato membro di emissione» che l'esecuzione del mandato di arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria italiana è subordinata alla condizione che, se la perso-

na oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato italiano «dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione» ed in questo caso, non si indica alcun tipo di distinzione o di esclusione tra i soggetti ma si prevedono alternativamente entrambe le possibilità: cittadino o residente.

Dettate dal legislatore delle indicazioni così puntuali circa la condizione dei soggetti ai quali le singole disposizioni si rivolgono (a seconda se si tratti di MAE esecutivo o MAE processuale), la Suprema Corte, non ha potuto che rigettare la proposta d'interpretazione analogica offerta dal ricorrente poiché «la precisa connotazione, anche lessicale, del legislatore impedisce una qualsiasi forma di superamento od aggiramento ermeneutico in termini di applicazione analogica: la norma esclusivamente applicabile risulta essere pacificamente quella indicata nella sentenza impugnata e cioè l'art. 18, comma 1°, lettera *r*), legge n. 69/2005» ritenendo però, non giustificata la differenziazione operata dalla citata legge, precisando che nella prospettiva della decisione-quadro, una disparità di trattamento tra cittadini residenti non può essere giustificata, avuto riguardo al «principio di individualizzazione del regime di (futura) esecuzione», il quale non può che essere «indistintamente» preordinato e finalizzato ad accrescere le opportunità di inserimento del condannato nel tessuto relazionale, sociale, affettivo, ma anche economico ed abitativo, più funzionale allo sviluppo delle potenzialità socializzanti e rieducative della pena, inflitta (oppure infliggendo) dello Stato di emissione, ma della cui positiva operatività vengono a trattare diretto ed immediato beneficio sia lo Stato di esecuzione, in

quanto Stato della cittadinanza, o della residenza del consegnando, sia gli altri Stati dell'Unione Europea. L'intervento della Consulta invocato dalla Suprema Corte è sintomo che l'orientamento giurisprudenziale è ormai da tempo consolidato su principi che non possono più aver seguito, viste le diverse controversie che hanno alla base l'interpretazione dell'art. 18 (Cass., Sez. F, ordinanza n. 34213, 1.9.2009, dep. 4.9.2009 Pres. Silvestri, Musca; Cass., Sez. VI, 15 luglio 2009, dep. 27 agosto 2009, ordinanza n. 33511, Pres. Lattanzi, Rel. Lanza, P.G. Stabile, Papierz).

Utilizzare formule del tipo «la Decisione-Quadro 2002/584/GAI dà una mera facoltà agli Stati membri dell'Unione europea di estendere le garanzie eventualmente riconosciute ai propri cittadini anche agli stranieri residenti sul loro territorio» (Cass. pen., Sez. F., n. 34210, del 4 settembre 2007 - 7 settembre 2007, Dobos; Sez. VI, n. 16213, del 6 aprile 2008 - 17 aprile 2008, Badilas; Sez. VI, n. 25879, del 25 giugno 2008 - 26 giugno 2008, Vizitiu) o ancora, «la trasposizione dei principi della Decisione-Quadro 2002/584/GAI in una specifica disposizione interna è affidata all'autodeterminazione decisoria dei singoli legislatori nazionali» concludendo in definitiva che la Decisione-Quadro facoltizza ma non obbliga i singoli Stati (Cass., Sez. VI, 28/01/2009, dep. 30.1.2009, n. 4303, Pres. Mannino, Rel. Lanza, Glameanu; Cass., Sez. VI, 6.2.2009, dep. 12.2.2009, n. 6185, Pres. Lattanzi, Rel. Nicola, Mandeo) vuol dire non riuscire a far luce sull'aspetto principale del problema: il mandato di arresto europeo è un istituto di origine comunitaria, non trova la sua fonte nell'ordinamento nazionale ma nell'ordinamento comunitario ovvero nella Decisione-Quadro 584/2002/GAI alla quale è stata data successiva attuazione interna. Da qui, la legge n. 69 del 2005 dovrebbe essere interpretata in modo rigoroso non soltanto rispetto alle specifiche disposizioni contenute nella Decisione-Quadro ma anche, allo scopo ed all'efficacia concreta che nel

contesto europeistico, innanzitutto, questa vuole avere. Il Consiglio dell'Unione Europea dispone espressamente «il mandato di arresto europeo previsto nella presente Decisione-Quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria» e tale scopo viene anche ripreso nell'art. 1, comma 4, della L. n. 69/2005: «le disposizioni della presente legge costituiscono un'attuazione dell'azione comune in materia di cooperazione giudiziaria penale» ed appare chiaro da queste proposizioni che, l'importanza della cooperazione giudiziaria tra gli Stati europei passa attraverso l'attuazione del mandato di arresto europeo nelle modalità previste a livello sovranazionale e che ogni qualvolta gli Stati operano deliberatamente, con la legge di attuazione, delle modifiche ingiustificate alla disciplina del MAE viene meno sia la coesione tra gli Stati europei sia le garanzie per i cittadini degli Stati membri. In questa occasione, la Consulta potrebbe effettuare una scelta coraggiosa ossia, affermare con forza che la Decisione-Quadro 584/2002/GAI se non può avere diretta applicabilità nell'ordinamento interno può comunque, in quanto fonte originale dell'istituto del mandato di arresto europeo, dettare i limiti che la legge d'attuazione non può superare e nel caso ciò avvenga che la legge interna venga dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione. Così facendo, si avrebbe l'effetto virtuoso per cui non soltanto il giudice nazionale sarà tenuto all'interpretazione delle norme alla luce della lettera e dello scopo della Decisione-Quadro per evitare interpretazioni destinate a raggiungere un risultato contrario a quello perseguito dal legislatore comunitario (Gaito: *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006) ma, che lo stesso legislatore nazionale, si ritenga direttamente vincolato nell'attuare gli impegni assunti a livello europeo con leggi d'attuazione conformi alle fonti comunitarie originarie.

## Il vizio di motivazione nell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità

*In tema di valutazione di chiamata di correo «ai sensi del combinato disposto degli artt. 192, c. 2, e 606, lett. e), c.p.p., non può dirsi adempiuto l'onere motivazionale ove il giudice si limiti ad una valutazione frazionata delle dichiarazioni dei collaboranti in relazione a tutti i disparati punti essenziali della fattispecie fattuale: in relazione ai singoli e diversi punti essenziali, la motivazione della sentenza deve affrontare analiticamente ogni questione,*

*chiarire come superare tutti i dubbi nonché confutare le contraddizioni e le incongruenze rilevate specificamente dai difensori. Stesso vizio incombe in caso di riscontro incrociato di chiamata in correità (c.d. mutual corroboration) non sufficientemente supportato, a sua volta, da altri elementi di prova, nonostante l'ammissione di colpevolezza e l'assenza di intenti calunniosi da parte del proponente» (Cass., Sez. V, 3.6.2009, Papa e altro).*

### Osservazioni

di Domenico Converso

1. *La sentenza.* – La sentenza che si annota si inserisce nel vasto panorama giurisprudenziale relativo alla chiamata in correità, coinvolgendo trasversalmente aspetti alquanto eterogenei dell'attuale impianto codicistico quali, in particolare, la valutazione probatoria, nonché l'apparenza e l'illogicità dell'apparato motivazionale.

Tuttavia, prima di confluire nei meandri di un discorso prettamente esegetico, pare doveroso enucleare le succinte ma apprezzabili prese di posizione del giudice di legittimità nell'ambito di siffatta pronuncia, ricostruendone poi analiticamente il percorso argomentativo sviluppato e i principi guida tracciati. La S.C., infatti, non esita a bandire come inesistente, seppur parzialmente [*«la motivazione su molti punti essenziali è praticamente inesistente»*] la motivazione del giudice d'appello, sorretta da *«sole affermazioni»* perlopiù *«generiche»* e noncurante di affrontare specificamente le singole questioni decise e di confutare le contraddizioni e le incongruenze rilevate dai difensori; riprovaione che si fa ancor più acuta quando si *«condanna»* il percorso motivazionale per

non aver esposto le proprie argomentazioni secondo *«un ordine logico»* bensì attraverso *«affastellati»* e disorganici ragionamenti, spesso degeneranti in *«mere asserzioni»*.

Parole asciutte, alle quali si affianca la censura per manifesta illogicità di ragionamenti probatori incongruenti: la Corte, infatti, dapprima esclude la possibilità di ricorrere a valutazione frazionata delle chiamate in correità in relazione a *«punti essenziali»* della fattispecie fattuale, in virtù di una situazione probatoria caratterizzata da *«nebulosa incertezza»* e di uno scarno e tautologico impianto motivazionale. Poi, non esita a bandire la valutazione operata sul riscontro incrociato di chiamate in correità stante l'assenza di ulteriori elementi probatori, e nonostante l'ammissione di colpevolezza e l'accertata assenza di intenti calunniosi da parte del proponente.

Questo il quadro riassuntivo di un giudizio (di legittimità?) che merita pieno plauso.

2. *Il merito della Cassazione e la Cassazione del merito: la valutazione delle chiamate in correità tra motivazioni apparenti, illogicità manifeste e creazioni giurisprudenziali.* – Ad



una rapida analisi di quanto detto, tuttavia, parrebbe non rinvenirsi nell'atteggiamento "sanzionatorio" della Corte quella novità giurisprudenziale tale da giustificare una corposa ed attenta ricostruzione esegetica della vicenda. In effetti, come constaterrebbe di certo la dottrina più attenta, gli approdi giurisprudenziali *in subiecta materia* appaiono ormai noti e radicati, a nulla rilevando le sottili divergenze stilistiche emergenti dalla sentenza annotata.

Ed infatti, in tema di "mancanza" di motivazione è emblematico il cospicuo e consolidato orientamento giurisprudenziale in virtù del quale si ammette l'impugnazione in Cassazione ogniquale volta la motivazione, pur formalmente presente in senso grafico e strutturale, sia tuttavia inficiata da vizi così macroscopici da oltrepassare i confini della manifesta illogicità e da risolversi in una motivazione meramente fittizia e apparente, tanto da presentare fratture ed aporie argomentative così vistose da rendere incomprensibili le ragioni della decisione [cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. II, 4 aprile 1997, Sorbo, in *C.E.D. Cass.*, n. 207416; Cass., Sez. VI, 18 giugno 1996, Acampora, in *Cass. Pen.*, 1997, 3086]. Analogamente consolidato è poi quell'indirizzo che rinvie il medesimo vizio in quelle ipotesi in cui risulti non intelligibile il filo logico seguito dal giudice di merito nella ricostruzione del fatto o nel caso in cui le linee argomentative si presentino del tutto sordinate e incoerenti, al punto da rendere assolutamente incomprensibili le ragioni che hanno giustificato la decisione [Cass., Sez. I, 14 novembre 2003, Ganci, in *C.E.D. Cass.*, n. 226628].

Pertanto, motivazioni viziate da "stilemi autosupportanti" che degenerano in premesse logico-argomentative tali da "occultare" l'individuazione dell'effettivo ragionamento decisorio adoperato.

*Nulla quaestio* neppure in tema di "manifesta illogicità": anche qui la giurisprudenza pare ormai consolidata e uniforme nel rinvenire siffatto vizio logico nell'assenza di singoli momenti esplicativi, tali da costituire tappe indispensabili di un discorso motivazionale

logico argomentativo [Cass., Sez. III, 16 marzo 2000, Frasca, in *C.E.D. Cass.*, n. 215966].

Ma la giurisprudenza pare altrettanto pacifica in tema di valutazione di chiamate in correità. Nella specie, la S.C. ha ritenuto di aderire al principio della cosiddetta frazionabilità delle dichiarazioni, facendone scaturire l'attendibilità della "chiamata accusatoria", in relazione solo a quelle parti del racconto verificate adeguatamente attraverso riscontri oggettivi esterni [a tal proposito, cfr. Cass., Sez. IV, 10 dicembre 2004, n. 231303, in *Guida Dir.*, 2005, 9, 100]. Ha poi precisato, tuttavia (ed anche in tal caso non paiono sussistere evidenti oscillazioni giurisprudenziali), che suddetto procedimento valutativo è ammesso sempreché l'inattendibilità di una parte della dichiarazione non sia talmente macroscopica, per conclamato contrasto con sicure emergenze probatorie, da compromettere la stessa credibilità del dichiarante. Anche in tal caso, pertanto, *nulla quaestio!*

Quanto, infine, all'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni (di riscontro) del correo, pare ravvisarsi la stessa uniformità di vedute da parte dei giudici di legittimità. L'attendibilità del "collaboratore", infatti, va posta in discussione ogniquale volta le sue dichiarazioni possano risultare ispirate da sentimenti di vendetta («intenti calunniosi», li definisce la sentenza annotata), dall'intento di copertura di complici o dalla volontà di compiacere gli organi di polizia o dell'accusa [Cass., Sez. II, 20 marzo 1997, Spataro, in *C.E.D. Cass.*, n. 207305]; a questa ormai consolidata influenza del valore del pentimento si aggiunge, poi, quella dell'autoinculpazione (o ammissione di colpevolezza, che dir si voglia), da escludersi categoricamente tra i requisiti fondanti la cosiddetta attendibilità intrinseca del chiamante [su tale ultimo aspetto, cfr., Cass., Sez. I, 24 febbraio 1992, Barbieri ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 190765].

Eppure, nonostante i consolidati approdi ermeneutici raggiunti dalla Corte e l'uniformità di indirizzi giurisprudenziali conseguita, la sentenza in commento "cela" la presenza di



importanti spunti riflessivi (oltreché costruttivi) da scandagliare con accortezza. Autorevole dottrina [Bargi, *I requisiti della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, in *Giur. It.*, 2009, 2286; nonché Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità (tra essere e dover essere)*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2010, 519] poco tempo addietro, riflettendo sui “*requisiti normativi della decisione giusta*”, non ha condiviso le considerazioni operate dai giudici della Corte, secondo le quali all'apparenza dell'apparato motivazionale sarebbe dovuta conseguire “l'inefficacia” dello stesso, e non già l'inesistenza. E lo ha fatto attraverso una rigorosa analisi ricostruttiva dell'intricata *quaestio* processualpenalistica, da ritenersi condivisibile, in virtù della quale la motivazione apparente (tale da sussistere, non solo ogniquale volta non vengano precisate le ragioni che il giudice ha posto a base del proprio *decisum*, ma anche nel caso in cui lo stesso si allontani dalle ipotesi antagoniste prospettate dalle parti, sottraendosi all'obbligo istituzionale di sciogliere gli eventuali nodi della vicenda processuale) esulerebbe dal vizio logico per carenza di “discorso”: vi sarebbe il testo, ma non il “ragionamento” su cui esercitare ogni controllo di logicità. Ne conseguiva, pertanto, l'inesistenza (e non già la mera inefficacia) del percorso motivazionale apparente e un atteggiamento del giudice di legittimità che si definiva come affetto da «velata timidezza». Ebbene, alla luce della sentenza in commento, e per tentare una sorta di “virtuale parallelismo” con quanto rilevato poc'anzi, si può affermare che quel senso di velata timidezza pare essersi responsabilmente attenuato. La Corte, benché solo in relazione a determinati punti (pur tuttavia, «essenziali»), dapprima decreta l'apparenza del percorso motivazionale del giudice d'appello («*in molti punti la motivazione si risolve in mere asserzioni*»); poi non esita a catalogarlo come “inesistente”, poiché affetto dalla presenza di «*sole affermazioni*», perlopiù «*generiche*» e noncurante di affrontare specificamente le singole questioni decise e di

superare tutti i dubbi e le contraddizioni rilevate dai difensori.

Un piccolo passo in avanti, quindi, per una Corte che pare ormai aver accolto nel vizio motivazionale della mancanza (o apparenza) quel solido orientamento dottrinale secondo cui la motivazione priva dei requisiti minimi di coerenza e completezza (tale da risultare inidonea a rendere comprensibile l'*iter* logico seguito dal giudice del merito) non può non annoverarsi che tra i provvedimenti inesistenti. Non foss'altro per il fatto che il giudizio di legittimità su di essi si estrinsecerebbe in un controllo sul “nulla”: una valutazione su un non-ragionamento, un controllo di un non-discorso. Ne discende, per concludere, che la Corte va pian piano assimilando quell'apprezzabile evoluzione dottrinale [Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 290 ss.; nonché Bargi, *I requisiti della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, cit.] che, con ricercata finezza, discerne due figure della processualpenalistica, altrimenti facilmente confondibili: ovvero la mancanza logica e l'illogicità manifesta. E ciò in virtù del fatto che la prima attiene alla mancanza del contenuto informativo, la seconda invece intacca la razionalità del discorso giustificativo (assenza di contenuto logico). Ove questo significativo *trend* giurisprudenziale, come auspicabile, dovesse progredire immutato in tal senso, si potrà una volta per tutte abbandonare le ingannevoli figure di motivazione apparente (o superficiale, o ancora sommaria), frutto di mere congetture interpretative, che nulla di buono apportano in giudizio se non la confusione tra le due fattispecie (ben distinte!) della mancanza e dell'illogicità [v., su tutti, Iacoviello, *Impugnazioni*, in *Trattato di procedura penale*, V, a cura di Spangher, Torino, 2009, 694].

A tal punto, tuttavia, la ricostruzione di quel “virtuale parallelismo” tra la giurisprudenza sinora evocata [si allude, ancora, a Cass., Sez. VI, 23 aprile 2009, Ciccarelli, in *Giur. It.*, 2009, 2285, con nota di Bargi, *I requisiti della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del*

processo e motivazione apparente), nonché alla sentenza annotata] non può dirsi compiuta senza aver previamente tratteggiato i contorni di un ulteriore “nesso logico” intercorrente tra le pronunce in analisi; un *fil rouge* d'immediata evidenza che affonda le sue radici nell'ormai annosa tematica costituita dal “limite del testo del provvedimento impugnato”, ossia in quell’“irrazionale scissione” tra sentenza e processo che ancor oggi qualche sporadica voce trova il “coraggio” di giustificare. Eppure la novellata disposizione codicistica [frutto della l. 20 febbraio 2006, n. 46 che ha riformulato l'art. 606, comma 1°, lett. e), c.p.p. prevedendo la possibilità del ricorso per Cassazione anche nei casi di mancanza, *contraddittorietà* o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato *ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame*] non pare dar spazio a particolari fraintendimenti. Il vizio motivazionale non soggiace più al limite di rilevabilità testuale della motivazione del provvedimento impugnato, ma può risultare anche da “*altri atti del processo*” purché “*specificamente indicati*”. Una chiara estensione del sindacato della Corte a quelle forme patologiche (prova omessa o travisata) riscontrabili solo all'esito di una *cognitio facti ex actis*. Ciononostante residuano ancora talune prassi giurisprudenziali le cui letture interpretative appaiono sostanzialmente abrogatrici della novella legislativa, e dalle quali emerge l'ananacronistica preoccupazione di non incrinare il dogma della “testualità” [cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 12 aprile 2006, Mangion, C.E.D. Cass., n. 233463 e in Cass. pen., 2007, 3534, con nota di A. Didone, *La legge Pecorella, l'entimema di Toulmin e il tassello mancante*; da ultimo, v. Cass., Sez. I, 30 aprile 2009, Mellino, n. 22736 (inedita), in cui i giudici di legittimità non esitano a postulare che «oggetto del controllo da parte della Corte di Cassazione è soltanto la motivazione risultante dal testo del provvedimento impugnato, vale a dire il ragionamento probatorio che giustifica il giudizio sui fatti»].

È a tal punto, però, che si innestano le due pronunce in questione. Le quali, pervenendo a diversi e più logici approdi interpretativi, hanno il merito di ricomporre l'effettiva *ratio* della novella legislativa, orientando *secundum legem* il sindacato della Corte romana. Correlativamente, il controllo di legittimità non può non ricomprendere ogni e qualsiasi apprezzamento, negativo come positivo, compiuto esplicitamente o implicitamente dal giudice d'appello il quale, in relazione alle critiche dell'impugnazione e secondo le regole della decisione in fatto, è tenuto a verificare la plausibilità e l'intrinseca adeguatezza dei risultati dell'interpretazione delle prove operate dal primo giudice, accertando che nella prima decisione sia stata data esauriente risposta alle deduzioni difensive e che l'esito dell'interpretazione delle prove sia stato conforme alle regole della logica, delle massime di comune esperienza e ai criteri legali di valutazione, in modo da fornire la giustificazione razionale dell'avvenuta scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre [Cass., Sez. VI, 23 aprile 2009, Ciccarelli, in *Giur. It.*, 2009, 2285, con nota di Bargi, *I requisiti della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*; cfr., inoltre, Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità (tra essere e dover essere)*, cit.].

Ad analoghe conclusioni approda anche la sentenza in commento, che “smentisce” l'ananacronistico impianto giurisprudenziale succitato sulla base del fatto che è compito del giudice di legittimità verificare che la sentenza sia fedele al processo, e che quindi la motivazione renda conto della correlazione tra chiesto e pronunciato. Nel caso di specie, i giudici del merito non avevano tenuto conto del contenuto della memoria difensiva, nella quale si contestava l'attendibilità delle dichiarazioni dei chiamanti in correità. A tal proposito, la Corte richiamava il giudice d'appello, il quale «*avrebbe dovuto esaminare e confutare o comunque avrebbe dovuto dare giustificazione del perché* [quelle svariate argomentazioni] *erano state ritenute irrilevanti*». Infatti, continua la Corte, «*se è vero*

*che il giudice non deve seguire pedissequamente nei minimi dettagli tutte le argomentazioni difensive, essendo sufficiente che affronti il nucleo essenziale di esse, è vero altresì che una risposta al redattore di una memoria, corporosa non solo per il numero di pagine ma anche per l'abbondanza degli argomenti, deve comunque essere data».*

Inoltre, la natura multiforme del testo motivazionale, così come distinta in un contenuto informativo ed in uno argomentativo, impone una logica considerazione in virtù della quale il controllo sulla completezza ed esattezza dei dati informativi emergenti dal processo deve precedere quello sulla razionalità della motivazione.

Non avrebbe alcun senso procedere ad una rivisitazione della logicità delle valutazioni operate dal giudice del merito, se poi la sentenza non dovesse riflettere l'effettivo impianto probatorio emergente dal processo. Il controllo extratestuale deve sempre anticipare quello rigorosamente testuale poiché l'esattezza dell'apparato informativo è una precondizione della logicità motivazionale. Pertanto, compito "primario" del giudice di legittimità è quello di verificare la fedeltà della sentenza al processo, accertando l'utilizzo di ogni informazione rilevante, l'esattezza dei dati probatori forniti nonché la correlazione tra chiesto e pronunciato. Controllo, si noti bene, extratestuale.

Solo in tal senso si riuscirebbe a raggiungere una "parvenza" di legalità. Al contrario, invece, si violerebbe il diritto alla prova (art. 190 c.p.p.), inteso non tanto quale diritto all'acquisizione di materiale probatorio, quanto piuttosto quale diritto di difendersi provando; verrebbe meno, pertanto, quella fondamentale "pretesa", riservata ad ogni parte processuale, a che il giudice valuti la prova ancorché contraria a quelle poste a base della decisione [art. 546, 1° comma, lett. e), c.p.p.].

Sicché, continuare a limitare *contra legem* il sindacato di legittimità della Suprema Corte, significherebbe sostanzialmente vuotare di significato la *ratio* della riforma stessa. Ma le sentenze appena evocate fanno ben sperare.

E se tale orientamento, come auspicabile, dovesse stabilizzarsi, si potrà finalmente ritenere superato il lungo contrasto giurisprudenziale sulla *vexata quaestio*, con positivi e tangibili riscontri sul diritto di difendersi provando.

Ma l'apprezzamento nei confronti della sentenza in commento non si limita solo a quanto sinora constatato, abbracciando, al contrario, ulteriori profili dei quali non si può non tener conto in una attenta disamina di quel "diritto vivente" emergente dalle valutazioni dei giudici di legittimità.

Prima, però, qualche sintetica premessa metodologica. Come osservato dalla dottrina più attenta [su tutti, v., Gaito, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni* de libertate, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, 165; nonché Bargi, *Sulla struttura normativa della motivazione e sul suo controllo in cassazione*, in *Giur. It.*, 1997, II, 5], infatti, sia gli aspetti "decisori" che quelli più propriamente "giustificatori" sono stati travolti dal cosiddetto "modello normativo della motivazione", che ha comportato per l'intero comparto preprocessualpenalistico una vera e propria rivoluzione copernicana.

In effetti, si è dato vita ad un "catalogo di principi razionali" per indirizzare l'organo giudicante nelle sue funzioni di accertamento dei fatti giuridicamente vincolanti e di valutazione delle prove, creando inevitabilmente una vera e propria "normativizzazione" del (libero?) convincimento del giudice, mai come oggi obbligato a sviscerare ogni suo più microscopico ragionamento all'interno del testo motivazionale. Parlano chiaro, in tal senso, gli artt. 192, 1° comma, 546, 1° comma, lett. e, e 125, 3° comma, c.p.p.: infatti, dal combinato disposto di queste disposizioni, «appare chiaro che il legislatore ha inteso delineare un tipo di provvedimento giudiziale autosufficiente per significatività: un provvedimento che riassume ed espliciti la vicenda processuale nella sua storica esistenza insieme alle ragioni della decisione» [sul punto, cfr., Gaito, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni* de libertate, cit., 166; nonché

Della Monica, *La parabola del principio del libero convincimento*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 2008, 297]. Ogni criterio valutativo adoperato, per dirla in altri termini, non solo deve godere dei caratteri della trasparenza e della verificabilità (artt. 192, 1° comma, 546, 1° comma, lett. e, 606, lett. e, c.p.p.) ma deve anche essere plasmato alla luce della diversa capacità dimostrativa di ogni singolo elemento probatorio (art. 192, 2° e 3° comma, c.p.p.), e, soprattutto, trovare un suo formale e razionale riconoscimento nella motivazione.

Quanto detto, trova simmetrico riscontro nella disposizione di cui all'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., la quale, prevedendo tra i motivi di ricorso «la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità» della motivazione, assume la funzione di sanzionare le eventuali divergenze nelle quali incorre l'organo giudicante nel parafrasare quei principi razionali all'interno del testo motivazionale. E tra i suddetti vizi, quello che maggiormente si interseca con il discorso sinora tracciato è proprio la «manifesta illogicità», della quale si ritiene inutile – oltretutto fuorviante – ripercorrere l'intera esegesi. Giova, tuttavia, rammentarne la sua «congenita» natura, che si rifà ad una valutazione retrospettiva del ragionamento probatorio risultante in motivazione, tesa a sindacarne l'intrinseca struttura razionale nonché la corrispondenza ai comuni canoni epistemologici. Così operando, la Corte non fa altro che «ispezionare», sotto le vesti della manifesta illogicità, la razionalità della scelta delle massime d'esperienza poste a base del *decisum* e, ancor prima, la stessa natura (reale o fittizia) della massima adoperata. D'altronde, per dirla alla Cordero, se così non fosse «ogni conclusione farneticata sarebbe invulnerabile» [Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1998, 1032].

A tal punto, però, non ci si può esimere dal rilevare un costante atteggiamento del giudice di legittimità, il quale, sebbene abbia sempre «resistito» alla tentazione di sostituire i «propri» criteri esperienziali a quelli adottati dal giudice del merito, da un po' di tem-

po va codificando una mole non irrilevante di massime di esperienza, limitando notevolmente i margini operativi del ragionamento probatorio di quest'ultimo (quasi fosse un essere non pensante). L'origine di siffatto fenomeno pare ravvisarsi, non tanto nell'esigenza, avvertita dalla Suprema Corte, di imporsi *sic et simpliciter* sui giudici «minori», quanto piuttosto in una continua ricerca di «giustizia sostanziale», tale da spingere il giudice di legittimità ad immergersi nell'accertamento del fatto per privilegiare la soluzione ritenuta più equa nel caso singolo.

Ne discende una logica conseguenza: infatti, se è vero che predeterminare normativamente un «percorso probatorio», ovvero dotarlo di precisi indici regolamentativi, non equivale a predeterminare l'esito della valutazione finale del giudizio, è anche vero che più intensi e numerosi saranno questi «reticolati» (sempre più spesso partoriti dalla massima fonte giurisprudenziale), più pregnante e penetrante sarà il controllo (di legittimità?) operato sullo stesso, con ovvi riscontri sulla valutazione finale e sul convincimento dell'organo giudicante.

Insomma, per valutare il grado di plausibilità razionale della valutazione probatoria (la sua «non manifesta illogicità») nonché il ragionamento sussunto in motivazione, pare che la Corte, anziché limitarsi ad un esame circa l'affidabilità e l'attendibilità delle massime d'esperienza utilizzate nel giudizio di merito, stia «generando» un complesso eterogeneo e sterminato di *regulae* esperienziali, che, nonostante la stretta attinenza al giudizio sul fatto, funge sempre più da canone metodologico a base del legale convincimento giudiziale. È l'avvento, anche nel delicato terreno del controllo della valutazione probatoria, della cosiddetta giurisprudenza creativa.

Ebbene, la concretizzazione giurisprudenziale di questo particolare «trend tipizzante», rinvenibile sempre con maggior frequenza nelle pronunce della Suprema Corte, pervade altresì la sentenza in commento, dalla quale traspare con chiarezza questo «coartante modello tipico di decisione» [Gaito, *I criteri di valutazione della prova nelle decisio-*

ni de libertate, cit., 167.] che sempre più va trascolorando (ad opera della Corte) in un coartante modello tipico di “valutazione”. In effetti, quale miglior terreno, se non quello della valutazione delle chiamate in correità, per scardinare il vecchio “mito” del libero convincimento del giudice (cardine unico ed essenziale del vecchio codice del 1930, che rifuggiva espressamente da ogni previsione regolamentativa inerente alla valutazione probatoria) e per dar vita ad un corposo complesso di canoni giurisprudenziali di carattere epistemologico, in grado di “saggiare” l’attendibilità di queste particolari dichiarazioni?

Si è costruito, così, un impianto codicistico capace di dettare, seppur a grandi linee, precisi criteri valutativi da adottare nella valutazione delle dichiarazioni dei “chiamanti in correità” (art. 192, 3° e 4° comma, c.p.p.). Ben più ampio, tuttavia, fu lo spazio lasciato all’intervento “innovatore” della Corte, che non tardò a manifestarsi nell’indirizzare specificamente il ragionamento probatorio del giudice del merito *in subiecta materia*.

Emblematica appare, in tal senso, la costruzione giurisprudenziale del cosiddetto “controllo a tre tappe”, in cui la Corte delineava puntigliosamente il modo di procedere del giudice nella valutazione delle chiamate in correità: inizialmente avendo riguardo all’affidabilità del dichiarante, poi all’analisi e all’attendibilità delle sue dichiarazioni, ed infine vagliando la congruenza delle stesse con ulteriori elementi probatori [Cass., S.U., 22 febbraio 1993, Marino ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 192465; Cass., Sez. V, 18 gennaio 2000, Orlando, in *C.E.D. Cass.*, n. 216047]. Come a dire, fatta eccezione per i macro-principi stabiliti dal 3° e 4° comma dell’art. 192 c.p.p., ciò che residua è un complesso infinito di criteri logici, massime d’esperienza o canoni generali di valutazione, di filiazione prettamente giurisprudenziale.

Ed è proprio lungo questo filone interpretativo che si inserisce la sentenza annotata: con essa la Suprema Corte – pur riconoscendo l’esclusiva competenza del giudice del merito nel verificare l’attendibilità intrinseca delle

dichiarazioni (in tal caso, di riscontro) del correo, e apprezzando altresì la suddetta verifica alla luce dell’ammissione di colpevolezza e dell’assenza di intenti calunniosi da parte del propalante – ciononostante “richiama” il ragionamento probatorio del giudice *a quo* per aver operato una tal valutazione in assenza di ulteriori risultanze istruttorie (cosiddetti “altri elementi di prova”). Poi la censura si estende alla “valutazione frazionata”: in un contesto probatorio caratterizzato da «nebulosa incertezza», la Corte bandisce l’utilizzo di questo “critico” strumento ermeneutico di valutazione sull’ovvia constatazione che non può ritenersi apprezzabile operare valutazioni frazionate in relazione a «punti essenziali» della fattispecie fattuale non congruamente dotati di logica motivazione.

Pieno merito alla Corte, dunque. Capace, nel primo caso, di “ridimensionare” la portata della cosiddetta *mutual corroboration*, coerente sì con quanto disposto dall’art. 192 c.p.p., ma pur sempre considerata quale istituto ostico e “diffidente”: come nota attentamente certa dottrina, «se la chiamata in correità costituisce già di per sé una categoria sospetta, come può la stessa essere corroborata da elementi portatori di una “debolezza congenita” della medesima specie?» [Dell’Anna, *L’esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 2008, 576].

Nel secondo, invece, in grado di “misurare” la valutazione (frazionata) operata alla luce di un contesto probatorio tanto vago quanto immotivato; e di imporre quel fondamentale principio in virtù del quale, laddove si sia proceduto a valutazione frazionata, “l’obbligo” motivazionale del giudice ne risulta rafforzato, non potendo egli omettere di affrontare la questione e spiegare le ragioni per cui l’inattendibilità parziale delle dichiarazioni, processualmente smentite, non incide sull’attendibilità del dichiarante.

D’altronde questa prassi giurisprudenziale tendente a regolamentare in maniera rigorosa i criteri attraverso cui il giudice debba valutare la prova dichiarativa, trova pieno



riscontro in un provvedimento legislativo attualmente discusso in Parlamento. Si tratta del disegno di legge n. 1912 (d'iniziativa del senatore Valentino), il quale, allineandosi al filone giurisprudenziale emergente dalla sentenza in nota, non fa altro che parafrasare puntualmente quanto sinora evidenziato dalla Corte: la chiamata in correità, per assicurare al rango di prova, dovrà essere corredata da riscontri individualizzanti e conseguentemente le dichiarazioni rese da diversi collaboratori di giustizia non possono di per sé sole dimostrarne la colpevolezza, specie se parzialmente riscontrabili, monche e non appaganti [cfr., disegno di legge n. 1912/XVI Legislatura, a firma del senatore Valentino, comunicato alla Presidenza il 27 novembre 2009].

A tal punto, tuttavia, una domanda sorge spontanea: cosa comporta nell'attuale scenario processualpenalistico questo sterminato proliferare di criteri generali di valutazione, massime d'esperienza e canoni logici elaborati dalla Corte per guidare il giudice del merito (per quanto meritevoli di apprezzamento per aver "parafrasato oculatamente" i dettami dell'art. 192 c.p.p.)?

La strada percorribile nella ricerca di brevi ma adeguati chiarimenti in tal senso, si biforca e conduce a due considerazioni parimenti valide e legate tra loro.

In primo luogo, pare ci si stia allineando al sistema casistico di *common law*. Creazione giurisprudenziale di norme logiche, accanto a quelle sostanziali e procedurali, tali da vincolare il giudice nel corretto ragionamento probatorio e nella logica e non contraddittoria stesura del testo motivazionale, paiono forme perfettamente adattabili e coerenti con il *case-law* di derivazione anglosassone. Non foss'altro per il fatto che il rispetto di quei canoni valutativi è *conditio sine qua non* ai fini di una corretta decisione, altrimenti viziata.

In secondo luogo, infine, non pare un'eresia constatare che siffatto modo di procedere abbia legittimità il giudizio di fatto in Cassazione. La "creazione plurima e multifforme" di quelle norme logiche, di quei canoni

ermeneutici, non ha avuto (e non ha) altro effetto se non quello di garantire la "giustezza" della decisione. Ed infatti, laddove il giudice dovesse discostarsi dall'applicazione di quelle regole esperienziali, intaccerebbe dapprima quella giustezza decisionale, e di conseguenza la stessa validità della motivazione. E ciò in virtù di quell'elastico e ampio criterio dell'illogicità, teso a sindacare una logica argomentativa che a sua volta si dimostra sempre più vaga e appariscente; d'altronde il ragionamento valutativo operato dal giudice non segue più, come una volta, una tecnica prettamente dimostrativa, ma risponde ad una logica argomentativa che postula la presenza di uno spettro di casi ben più ampio, dal quale è inevitabile derivino anche maggiori "*errores in procedendo*" [cfr. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 293 ss.]. Un vizio, quindi, che non trova il suo riscontro in specifici punti del testo motivazionale ma che pervade la motivazione nel suo complesso. E attraverso il quale non risulta difficile sprofondare nel "merito". Ecco ora spiegata la tendenza legislativa a delineare un «coartante modello tipico di decisione»: la struttura legale della motivazione e l'obbligo di dar conto di ogni passaggio logico-argomentativo, sono funzionali, come rileva autorevole dottrina, «a rendere la motivazione lo specchio della decisione» [Iacoviello, *Impugnazioni*, cit., 679].

Laddove, tuttavia, quei passaggi logico-argomentativi vengano normativizzati dalla Corte, e laddove la stessa censuri attraverso il vizio motivazionale la non corrispondenza del ragionamento probatorio ai "suoi" parametri valutativi, allora la stessa natura nomofilattica verrebbe meno. Ed è proprio quello che sta accadendo. La sentenza annotata, pertanto, è indice di una recente prassi giurisprudenziale che, rifuggendo da medievali pulsioni ideologico-garantiste arroccate nel difendere uno "pseudo-principio di legittimità" della Suprema Corte, pare stia tentando di riconfermare la natura di un organo, che ancor prima di tutelare l'uniformità ordinamentale ha (*rectius*, avrebbe) il dovere di

salvaguardare la “giustizia” e l’equità della decisione. D’altronde, non potrebbe pretendersi altro dalla fase conclusiva di un *iter* già di per sé “interminabile”.

Gli atteggiamenti che traspaiono dalla pronuncia in nota non lasciano spazio alcuno a fraintendimenti interpretativi: la palese estensione del sindacato della Corte con ovvi e favorevoli riscontri in tema di diritto di difesa (*aequitas*) e la “creativa” codificazione di massime esperienziali tali da indirizzare il procedimento valutativo di un giudice di merito sempre più incline all’errore, sono indici di un “nuovo e diverso” giudizio di legittimità (*rectius*, di “terza istanza”), del quale – come notava tempo addietro una parte della dottrina – urge pensare alla «rifondazione» [Gaito, *Un presente mortificante e un futuro incerto (a proposito della recente involuzione della cassazione penale)*, in *Giust. Pen.*, 2009, 224].

Ebbene, se quest’evoluzione giurisprudenziale dovesse progredire in tal senso, allora si potrebbe pensare, “paradossalmente”, che a quella rifondazione stia provvedendo la stessa Corte (magari in maniera non propriamente consapevole). Il merito della quale, quindi, legittima e fonda la “Corte del merito”, in un perfetto sillogismo causale.

Ma si stia attenti. Poiché il merito della Corte va ravvisato nell’estensione del suo sindacato, idoneo a censurare “ogni e qualsiasi apprezzamento del giudice d’appello” e a dar vita a quel “processo giusto” costituzionalmente – ma non solo – garantito: ossia, in quell’effettivo controllo della regolarità “complessiva” del giudizio di merito.

E non già, in uno scriteriato ampliamento della sua discrezionalità tale da permettergli di censurare (attraverso l’inammissibilità) ogni e qualsivoglia ricorso di parte. L’inammissibilità, infatti, è da tempo che va operando come strumento di politica deflattiva. Si

badi bene, di “politica” deflattiva. Per cui se ad una discrezionalità tecnica, in grado di ovviare ai malfunzionamenti del giudice del merito (le cui prassi devianti appaiono sempre più manifeste), dovesse affiancarsi una discrezionalità di carattere politico, allora ciò diventerebbe un serio ostacolo per quei diritti processuali di parte così tanto tutelati e garantiti nel nostro ordinamento giuridico. Per concludere: la giustizia decisionale è un principio inderogabile che non può essere pretermesso per effetto di esigenze “tecnico-politiche” della Corte. «*Il giusto processo è stato inserito in Costituzione e da tempo era contemplato nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, mentre le altre esigenze, pur evocate dai giudici di cassazione, non hanno copertura né nazionale né sovranazionale; per l’effetto, non può essere ulteriormente consentito il disinvoltato sacrificio dei principi costituzionali e sovranazionali sull’altare di esigenze burocratiche contingenti*» [in tal senso, Gaito, *Gli scrupoli del legislatore per l’effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, Torino, 2006, 289].

Ed allora ci si chiede come possa ancora dubitarsi della “giustizia” della configurabilità di giudizi di fatto in Cassazione senza cedere a considerazioni avulse dalla realtà e, soprattutto, dai dettami legislativi: le posizioni arroccate di chi ancora si ostina a recriminare “la vecchia” natura “legittimante” della Corte (espressione di un ormai obsoleto *ius constitutionis*), per adoperare un parallelismo storico, evocano alla mente quei soldati che, turbati e scossi per le dure vicende belliche patite, si sentono ancora in guerra nonostante la stessa sia finita ormai da decenni. La guerra di siffatti signori è quella per il garantismo. Ma si stia attenti, perché i garantisti estremisti annichiliscono il garantismo.



## STUDI

### Per uno statuto della logica nel giudizio di legittimità

di Giuliano Dominici

(Relazione dell'avv. Giuliano Dominici – componente dell'Osservatorio sulla Corte di Cassazione dell'Unione delle Camere Penali Italiane – al Congresso di Torino dell'U.C.P.I. dell'ottobre 2009.

La versione integrale della relazione, corredata da note illustrative, è leggibile nel sito [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), in News ed Eventi, Congressi, Mozione 4, 18/22)

Il nostro codice di rito “punisce” l'illogicità del ragionamento giudiziario con l'annullamento della sentenza che ne è affetta.

Da una parte, dunque, vi è il mitico libero convincimento del giudice; dall'altra il limite della logica quale strumento necessario per giungere ad un corretto risultato intellettuale. Detto questo, le certezze sono già esaurite. Intanto, la sanzione (l'annullamento) non colpisce qualsiasi illogicità, bensì soltanto quella “manifesta”.

Esiste dunque un *quantum* di logica? Se sì, come si stabilisce quando non viene raggiunto?

E più in generale: esiste una nozione di logica cui fare inequivoco riferimento?

Correntemente, ci si limita ad evocare la “logica aristotelica”; in tale prospettiva i “paletti” alla giustificazione del libero convincimento sarebbero costituiti dai principi – a titolo d'esempio – di *non contraddizione* (per il quale è impossibile che la stessa cosa sia e non sia al tempo stesso), del *terzo escluso* (“tertium non datur”: ogni proposizione o è vera o è falsa; se è vero che “Socrate è un uomo”, deve essere falso che “Socrate non è un uomo”); della *reductio ad absurdum* (se da una ipotesi deriva una contraddizione che ne rivela l'assurdità, si è in grado di affermare che è vera l'ipotesi contraria), e via di questo passo.

Ma questi principi (ovvero il loro elenco più completo) esauriscono la condizione di non

manifesta illogicità della motivazione di una sentenza?

E, comunque, posto che alla manifesta illogicità della sentenza è positivamente equiparata la sua *contraddittorietà* (cioè, appunto, una tipica forma di illogicità “classica”), è poi così sicuro che la logica cui fa riferimento il codice di rito sia quella appena sopra evocata?

Soltanto per inciso (non trascurabile, però), deve osservarsi che coloro che si occupano di diritto – o meglio di processi – sono forse gli unici professionisti chiamati anche *formalmente* a confrontarsi nel quotidiano coi canoni della logica, posti dal diritto positivo a condizione minima (quanto generica, e questo è appunto il problema) di accettabilità dell'esito dell'indagine giudiziaria e della sua verifica processuale.

Ebbene, costoro sono (cioè, noi siamo) presuntivamente attrezzati a ciò sulla scorta degli studi liceali, irrobustiti da un esame del primo anno del corso di giurisprudenza, quella Filosofia del diritto nella quale confluisce, tra l'altro, il tema della *logica giuridica*.

Quel che invece appare necessario stabilire è: – la logica di riferimento del ragionamento giuridico, e le sue basilari regole;

– quali siano le *patologie logiche* del ragionamento giudiziario;

– (se possibile) da quali *sintomi* possano essere svelate,

– quando tali patologie debbano dirsi “manifeste” (e quindi, per rimanere in metafora – ma non più di tanto, posto che il termine è ampiamente presente nella terminologia giuridica – *insanabili*).

La ragione di una tale ricerca è presto detta: se non si stabilisce cosa possa e debba considerarsi *manifestamente illogico*, si lascia spazio alla più ampia *creatività* in materia (cioè all'arbitrio), sia da parte di chi deduce l'illogicità, sia – il che è ben più grave, perché trattasi dell'ultimo e definitivo capitolo del processo penale – da parte di chi dovrebbe rilevarla o meno.

D'altronde, allo stato, neppure appare definito il confine tra *merito* della valutazione e *articolazione logica* della stessa, leggendosi quotidianamente, nelle sentenze della S.C., che denunciati vizi logici (sussistenti o meno) appartengono invece all'intangibile sfera di discrezionalità del giudice del merito. Ciò, molto banalmente, in quanto tutti presupponiamo di ragionare logicamente (quindi: ragionamento e logica si equivalgono e identificano), e la critica alla struttura logica del discorso viene intesa come critica – non consentita nel giudizio di legittimità – al libero convincimento del giudice.

Certo, della logica giudiziaria s'è molto detto e scritto, ma qui si tratta – in prospettiva più ridotta ed operativa – di individuare le “patologie fatali” riconducibili nel concetto di “manifesta illogicità”.

Ed è curioso rilevare come il codice di rito, che stabilisce minuziosamente (ad esempio) i passaggi che presiedono alla regolarità/utilizzabilità delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, si limiti a prevedere, per la fase ultima di controllo del risultato del processo dopo la quale la sentenza diviene definitiva ed eseguibile, che la motivazione dell'assoluzione o della condanna non debba essere *manifestamente illogica*.

Ora: se è facile (a condizione di avere buona memoria) elencare le patologie delle intercettazioni, lo stesso non può dirsi quanto a quelle della logica della sentenza.

Naturalmente, non possono mettersi sullo stesso piano regole meramente *esecutive* (le

prime) e regole *costruttive* (le seconde, che appunto presiedono alla costruzione del risultato intellettuale *sentenza*, per il quale possono adottarsi percorsi diversi e tutti parimenti incensurabili), ma è pur vero che la mancanza di definizione della manifesta illogicità consente il più ampio spazio di manovra e di arbitrio ai protagonisti della fase conclusiva del processo.

Il problema della definizione (o denotazione) delle norme, e degli spazi d'incertezza (ovvero degli spazi di potere) che ne risultano non è nuovo: è stato osservato – a proposito del diritto penale sostanziale, ma il discorso non cambia per quello processuale – che mentre il delitto di omicidio è chiaramente definito come l'atto di «*chiunque cagiona la morte di un uomo*», gli atti osceni sono identificati (da apposita norma “illustrativa”, la cui rubrica – paradossalmente – è “Atti e oggetti osceni: nozione”) come quelli «*che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore*».

Laddove sarebbe già difficile identificare la nozione di *pudore*, mentre inarrivabile appare quella di *comune sentimento*.

Affinché la stessa valutazione di manifesta illogicità o meno della sentenza non si risolva – parimenti – in una «*opzione soggettiva e meramente potestiva*» (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1990, 100 e 101), occorre dunque definire il concetto.

Tenendo peraltro conto dell'ulteriore *condizione di rilevabilità* della illogicità (e quindi di annullamento della sentenza) dettata dal codice: il vizio deve risultare dal *testo del provvedimento impugnato* (oggi mitigata dall'aggiunta «ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame»).

Sicché (almeno fino a ieri, ma anche allo stato, in mancanza di valido presidio difensivo) ove l'*inferenza induttiva* avesse preso le mosse da dati di fatto del tutto errati, l'articolazione logica del ragionamento susseguente sarebbe in ogni caso compromessa (la natura formale del vaglio di logicità, peraltro, è persino rivendicata, laddove sempre più spesso si legge della necessaria “autosuf-

ficienza” del ricorso, in un improbabile *pas de deux* “sentenza impugnata/ricorso” che dovrebbe dar conto della tenuta logica di tutto l’insieme).

Ancora una volta, si è ben lontani dalla logica classica, nella quale proprio il problema della verità e certezza delle premesse ha costituito forse il passaggio più arduo dell’elaborazione teorica.

L’impressione, insomma, è che – in sede giudiziaria – nel valutare la denunciata *manifesta illogicità* della sentenza non si faccia riferimento alla logica argomentativa in senso stretto e tradizionale, ma ad una *indefinita qualità* del discorso giustificativo della conclusione adottata.

Il che, però, non elide, ma semmai rafforza la necessità di uno “statuto” della manifesta illogicità, che ponga fine all’attuale imponderabilità del criterio di valutazione adottato di volta in volta (o, ed è ancor peggio, caso per caso).

Calando il discorso nel concreto, un possibile (e piuttosto comune) caso pratico.

In un ambiente ad alta “densità criminale” si è verificato un omicidio, e determinati indizi portano verso un soggetto, che viene perciò imputato del fatto.

Il delitto, però, ha avuto un testimone oculare, che non riconosce l’imputato come autore dell’omicidio.

Il giudice risolve il problema scrivendo, in sentenza, che quel testimone non è credibile, perché vive in un contesto connotato da forte *mafiosità* e, quindi, da spiccata omertà, ed è dunque normale che non riferisca compiutamente quanto a sua conoscenza.

Si tratta, all’evidenza, di una “chiave di lettura” che consentirebbe di non gettare a mare gli indizi contro l’imputato, e di risolvere l’aporia del testimone che afferma di non riconoscere l’imputato quale autore del fatto. Ed infatti:

se Tizio è autore del delitto, Caio deve averlo visto e dovrebbe riconoscerlo;

se Caio non riconosce Tizio, due sono le possibilità da esaminare:

o Tizio non è l’autore del delitto,

o Caio, per qualche ragione, nega la verità.

La prima opzione vanificherebbe i risultati delle indagini, che si concentrano su Tizio.

La seconda è più “conservativa” (e come tale più comunemente adottata, in casi del genere).

Ma perché Caio dovrebbe negare la verità?

Una ipotesi esplicativa (un’*abduzione*, o retroduzione) è quella che sia omertoso in quanto intimorito dall’ambiente criminale.

Da questa ipotesi può *induttivamente* trarsi una regola: un ambiente delinquenziale condiziona la libertà morale di chi ne subisce gli effetti.

Il ragionamento non è privo di supporti, sia nella massima d’esperienza di fondo (abduzione da fatto a “legge di copertura”), sia nel dettato normativo (l’art. 416-*bis* c.p.) che richiama appunto la “condizione di assoggettamento e di omertà” che l’associazione mafiosa realizza nel contesto di riferimento.

La “regola” induttivamente elaborata (e d’altronde, nel caso adottato, normativamente ipotizzata) stabilisce dunque che, in un certo contesto, vi è omertà.

Ma ciò consente la conclusione che – quindi – chi vive in un quel certo contesto è omertoso, quale risultato della regola nel caso concreto?

Proviamo ad elaborare la semplice deduzione: *Tutti quelli che vivono nel contesto A sono omertosi;*

*Tizio vive nel contesto A;*

*Tizio è omertoso.*

Ovvio che il sillogismo non regga alla più semplice delle falsificazioni: possiamo affermare con sicurezza che non esiste un solo soggetto non omertoso nel contesto A? (ad es.: può dirsi provato che *anche* il farmacista è omertoso? Non sappiamo chi è il farmacista, sappiamo solo che c’è un farmacista. Possiamo affermare con sicurezza che costui è omertoso?).

Naturalmente no, perché la premessa maggiore del sillogismo non fornisce la dovuta sicurezza (“Tutti gli uomini sono mortali”), e si pone al più – a ben vedere – su un piano di accreditato empirismo, che può tradursi in “*Molti di coloro che vivono nel contesto A sono omertosi*”.

Ma se ciò è vero, l'omertà del testimone, nel caso concreto, non può dedursi, se non in termini di probabilità (mentre è noto ed ovvio che nel processo penale occorra la "certezza al di là del ragionevole dubbio" dell'addebito d'accusa, che corrisponde all'impossibilità *al di là del ragionevole dubbio* di falsificare lo stesso, o ancora all'insussistenza *al di là del ragionevole dubbio* di prove liberatorie).

In altri termini, l'esistenza (o la possibile esistenza, o la mancanza della prova dell'inesistenza) anche di un solo soggetto non omeroso falsifica il sillogismo, che non può dunque, da solo, reggere la conclusione adottata *il testimone oculare non è credibile perché appartenente ad ambiente omeroso: per questo la sua testimonianza non può essere considerata prova liberatoria*.

Il vizio sta, evidentemente, nella premessa maggiore, che rappresenta una "regola" non priva di eccezioni.

L'approdo del libero convincimento del giudice, magari intuitivamente esatto e fondato, non è dunque logicamente sostenibile: potrebbe rappresentare la conclusione di una valida induzione, che giunge però a formulare regola non ineccepibile (ed infatti facilmente falsificabile), come tale inidonea a sorreggere, da sola, la conclusione sulla inattendibilità del testimone.

(Ciò vale, ovviamente, in una tradizionale prospettiva "cartesiana", nei cui confronti – in epoca relativamente recente – non sono mancate autorevoli critiche: C. Perelman, ad esempio, propone tutt'altra teoria dell'argomentazione, nella quale alle dimostrazioni analitiche si affiancano prove dialettiche concernenti il *verosimile*, che si caratterizza così per l'assenza di prove certe ed inoppugnabili: "Solo l'esistenza di un processo argomentativo che non sia né cogente né arbitrario, da un senso alla libertà umana, condizione per l'esercizio di una scelta ragionevole". Resta da vedere in quale misura una simile impostazione potrebbe convivere con un sistema processuale – il nostro – nel quale è dichiarata l'aspirazione alla *certezza* del risultato processuale sostenuto dall'accusa [i passaggi

citati sono ripresi da "Chaim Perelman" a cura di Fabrizio Cerroni, su [www.filosofico.net/](http://www.filosofico.net/)]).

Ora: quanto sopra – com'è ovvio – viene ordinariamente eccepito nei ricorsi; nel caso di specie si denunciarebbe la natura apodittica del ragionamento. È apodittico tutto ciò che dovrebbe autodimostrarsi sulla scorta di un sillogismo dalle premesse certamente vere, e che non necessita quindi di verifica empirica (in realtà, nell'uso comune il termine *apodittico* ha assunto il significato di "dogmatico", ovvero di affermazione calata dall'alto senza alcuna spiegazione, e viene utilizzato per evidenziare la mancanza di motivazione).

E però, senza l'individuazione precisa del vizio logico di base, la censura può facilmente essere (e solitamente viene) scartata come attinente al "merito" della vicenda, o più precisamente alla libera ricostruzione, da parte del giudice del merito, dei profili di fatto della stessa: "*La censura non coglie nel segno, avendo il giudice territoriale dato conto della valutazione della testimonianza de qua, con ragionamento privo di evidenti smagliature logiche*".

Il che è vero nella misura in cui ci si arresti al passaggio della formulazione della "ragionevole" regola, senza verificarne il "funzionamento" in concreto, laddove la regola stessa mostra la sua natura di premessa "non ineccepibilmente vera" (che ovviamente potrà, di volta in volta, rivelarsi vera sulla scorta di ulteriori emergenze processuali, quindi nello specifico, ma non *ex se* e dunque in generale).

Potrebbe dunque, con Peirce, concludersi che «*La retroduzione non dà sicurezza. L'ipotesi deve essere verificata. Questa verifica, per essere logicamente valida, deve partire onestamente, non come parte la retroduzione, con lo scrutinio dei fenomeni, ma con l'esame dell'ipotesi, e una rivista di tutti i tipi di conseguenze sperimentali nell'esperienza. Questo costituisce il secondo passo della ricerca*» ("Il segno dei tre", Bompiani, 2004, 260).

Ma in mancanza di un accreditato (e, come oggi si dice, *condiviso*) "statuto della logica"

nel giudizio di legittimità, ben difficilmente può confidarsi nell'individuazione di vizi logici della sentenza unanimemente (almeno in prospettiva) riconoscibili come tali.

E ognuno potrà continuare a *dire la sua* (anche gli avvocati, certo; sta di fatto che non sono gli avvocati a mettere la parola "fine" al processo penale).

## Logica e prova indiziaria

di Antonio Abet

1 – *Caratteristiche ed oggetto della logica.* – La logica può definirsi come l'arte del pensare, ossia "*l'arte di ben guidare la ragione nella conoscenza delle cose per istruire se stessi o gli altri*", essa, infatti, analizza il pensiero sia per comprenderlo che per guidarlo. Orbene, posto che tra le enunciazioni alle quali il pensiero perviene alcune sono ammesse come valide, altre vengono respinte, si può individuare l'oggetto della logica nella ricerca delle condizioni discriminanti che consentono tale valutazione dei pensieri e quindi la giustificazione o selezione delle nostre affermazioni, pervenendo in tal modo ad una concezione della logica come scienza critica del pensiero valido. Essa, infatti, ha come oggetto suo proprio i giudizi di valore sulle nostre affermazioni e ricerca le condizioni di tale valore.

La individuazione dell'oggetto della logica consente di precisare l'affermazione di partenza: essa infatti, non costituisce un'autonomia o particolare arte del pensare; è piuttosto arte di scoprire e nel contempo arte di dimostrare. Se è vero che ogni scoperta si ottiene mediante l'organizzazione del pensiero è altresì vero che ogni scoperta implica una rottura col passato dando vita a combinazioni intellettuali nuove con un orientamento imprevedibile. La funzione propria della logica è dunque quella di offrire il mezzo per scegliere e giustificare.

Per quanto attiene poi ai rapporti tra la logica e le altre scienze va osservato che essa descrive, al fine di valutarli, i procedimenti del pensiero in generale, prescindendo tuttavia, dal significato intrinseco dei risultati di tali procedimenti; ne deriva che la logica si

pone come scienza critica della forma delle scienze. Pertanto, in una sintesi didattico-scolastica, può dirsi che la logica comprende sia una logica del pensiero in generale che una metodologia, che espone l'insieme dei procedimenti delle ricerche speciali.

2. *La logica generale.* – Una enunciazione può essere il risultato di un atto semplice ed è intuizione; oppure il risultato di una concatenazione di pensieri ed è ragionamento; oggetto di critica non è mai l'intuizione perché questa è posizione semplice laddove la critica inerisce necessariamente ad una relazione di un'idea con altre idee e quindi verte essenzialmente sui ragionamenti. Il ragionamento è l'atto con il quale muovendo dalla enunciazione di una convinzione si giunge alla enunciazione della colpevolezza esponendo le ragioni che giustificano la convinzione iniziale.

In altri termini, il ragionamento è il movimento di pensiero che attraverso il reciproco implicarsi di invenzioni ed attività dà origine ad una serie di reazioni individuali che, sotto forma di fiducia o irrequietudine, fanno la gradualità della convinzione. Esso, pertanto, non si riduce ad una mera associazione di idee ma, muovendo da tale assimilazione, conduce ad un giudizio nuovo la cui validità dipende dall'esattezza dell'assimilazione.

Le forme di utilizzazione della relazione sono sostanzialmente due; da ciò discendono due tipi principali di ragionamento.

Nel primo la relazione si presenta sotto forma di identificazione ed il ragionamento si svolge, per così dire, in linea retta: tale tipo di ragionamento si definisce deduzione.

Nel secondo si procede per raggruppamento di rapporti utilizzando le rassomiglianze tra gli elementi dell'uno e degli altri è il ragionamento per analogia, più propriamente detto ragionamento induttivo.

2.1. *Il ragionamento deduttivo ed il sillogismo.* – Il ragionamento deduttivo consiste nel passaggio da una idea ad un'altra che si collega alla prima sulla base di una identità colta tra di esse. Sul piano logico la validità della conclusione dipende dalla sussistenza o meno della identità tra le idee che si utilizzano, identità che deve essere tale da far ritrovare l'idea cercata nell'idea già data. Tuttavia il ragionamento deduttivo può anche assumere la forma del ragionamento per implicazione nell'ipotesi in cui anziché procedere per assimilazione di idee si proceda per classificazione di fatti, utilizzando le identità parziali che si rinvencono nelle classi stabilite; pertanto, può dirsi che la forma del ragionamento deduttivo dipende dalla struttura di pensiero utilizzata. Poiché i ragionamenti per implicazione sono regolati soltanto dalla struttura di pensiero che viene utilizzata, possono essere descritti prescindendo dal contenuto dei termini sui quali si fondano; essi infatti vengono espressi sulla base dei dispositivi di pensiero ossia attraverso i rapporti logici dei termini; ciò spiega perché tradizionalmente questo tipo di descrizione si definisce logica formale.

Il ragionamento deduttivo, si fonda, dunque, su inferenze; tali inferenze sono immediate quando si passa senza fasi intermedie da una proposizione data e quella conclusiva; mediate nel caso contrario. Il ragionamento mediato più noto è il sillogismo che può tuttora definirsi come il "ragionamento in cui, posti certi dati, ne risulta necessariamente un altro per il solo fatto che sono stati posti i primi" sulla base del criterio della implicazione o della esclusione delle nozioni. Il sillogismo verte, pertanto, su tre termini che scaturiscono tre proposizioni: la maggiore: l'uomo è mortale; la minore. Tizio è uomo; la conclusione: Tizio è mortale. La maggiore e la minore insieme costituiscono le premesse. Il sillogismo serve ad esporre e ad applicare certe regole, pertanto, la sua validità

dipende dalla validità delle regole che si utilizzano, in ogni caso esso non esaurisce la deduzione ma contribuisce alla struttura di ogni deduzione.

2.3. *Il ragionamento induttivo.* – Il ragionamento induttivo (ma vedremo che più che un ragionamento l'induzione è un metodo di conoscenza trattato nel paragrafo successivo) si basa sulla c.d. osservazione sperimentale, rivolta a verificare se il fatto già conosciuto sia suscettibile di riprodursi con analoghi risultati al fine di estrapolarne la regola che lo sovrintende.

Tale regola, però essendo nata dalla osservazione di un numero definitivo di casi non può tradursi in una massima assiomatica. Pertanto, la cosiddetta verifica sperimentale tipica del metodo induttivo non è mai effettiva verifica del fatto congetturato perché questo – che è già presupposto – viene semplicemente affermato in base a frequenze statistiche e non consente alcuna conclusione idonea a tradursi nella premessa di un ragionamento deduttivo assiomatico.

2.4. *I sofismi.* – La logica, come può determinare le premesse di una conclusione valida, così può definire i caratteri e le origini di conclusioni errate. Si definiscono sofismi quei ragionamenti che sotto l'apparenza di una costruzione di pensiero corretta conducono ad una falsa conclusione. I sofismi possono riguardare o la forma o l'oggetto del ragionamento. I sofismi del primo tipo sono "l'equivoco" che consiste nell'assumere un termine in due sensi diversi; "la confusione tra senso opposto e senso diviso" che consiste nell'assumere nel discorso come unità ciò che nella realtà è diviso, o viceversa. Sofismi del secondo tipo (detti anche sofismi di cose o di idee) sono quelli fondati su di una apparente identità reale per illegittimità di induzione o di deduzione.

Rimedio contro i sofismi è l'esatta applicazione delle regole logiche; tuttavia, poiché non è facile scorgere dietro l'abilità del linguaggio il difetto del ragionamento, la critica logica da sola potrebbe non essere sufficiente: di qui la necessità di ricorrere ad un'informazione reale.



3. *La "metodologia" – Il metodo induttivo.* – Mentre il ragionamento è processo omogeneo o mero collegamento di pensiero, il metodo – o condotta del sapere – è un insieme di procedimenti o di mezzi di ricerca che l'interprete consapevolmente adatta ad un oggetto determinato.

Si distinguono due tipi fondamentali di metodo: 1) il metodo induttivo che muove dai dati per giungere alle idee; 2) il metodo deduttivo finalizzato ad organizzare le idee (il termine deduzione designa, pertanto, sia un tipo di ragionamento, sia una condotta del pensare o metodo).

Il metodo induttivo muove, dunque, dalla osservazione, che non è mera percezione ma attività che coglie i caratteri di un fatto mediante attenzione ed analisi portate sul fatto stesso; induzione è, pertanto, conoscenza dei fatti finalizzata alla conoscenza delle leggi che li regolano (più esattamente essa è il passare dai dati alla legge), essa dunque, presuppone:

- a) la raccolta dei dati;
- b) idee da sottoporre a discussione (ipotesi);
- c) il confronto di idee e di dati (discussione sperimentale).

L'ipotesi così ricostruita non è altro che la legge – ma assistita da un debole coefficiente di certezza – che l'interprete cercherà di accrescere attraverso il continuo confronto con l'esperienza.

Il fondamento dell'induzione, tuttavia, non va individuato nella esperienza, anche se lo sviluppo di questa consente di evidenziare le piccole varianti dei fenomeni; esso riposa piuttosto nelle tendenze costitutive dello spirito umano che consentono di astrarre dai fatti offerti dall'esperienza le proposizioni a carattere generale, il cui confronto con l'esperienza vale semplicemente ad accrescere il loro grado di certezza.

3.2. *Il metodo deduttivo.* – Il metodo deduttivo consiste in una attività che si svolge essenzialmente nella sfera psichica del soggetto senza alcun nuovo intervento di fatti; essa, dunque, è mera attività di pensiero ossia una concatenazione di ragionamenti che costituiscono le basi, le forme di realizzazione

ed il coefficiente di validità delle sue conclusioni. In realtà, il metodo deduttivo può anche utilizzare i risultati di esperienze ma solo quando questi siano espressi in termini di pensiero ossia di rapporti o di relazioni tra idee. Le applicazioni di questo metodo variano in rapporto alla natura delle proposizioni iniziali della deduzione: o queste hanno, per lo spirito umano, un valore assoluto e, quindi, permettono di trarre conseguenze di valore ugualmente certo; oppure non sono che ipotesi e quindi il risultato della deduzione si sostanzia anch'esso in ipotesi da verificare o rettificare con l'osservazione (metodo ipotetico-deduttivo).

Quest'ultimo metodo, pur non offrendo prove consequenziali ha, però, un duplice valore in quanto costruendo le conseguenze (che sono dei fatti) con delle ipotesi, mostra come queste entrino nella realtà e quindi offre loro un substrato oggettivo; inoltre, trasformando i fatti o le leggi di dettaglio in idee, consente di sostituire all'esposizione analitica (o induttiva) dei fatti un sistema di pensieri.

3.3. *Il metodo ricostruttivo (o abduction).* – Il metodo ricostruttivo è in realtà un tipo particolare di induzione che si caratterizza per il suo oggetto: ritrovare un passato, in altri termini tale metodo è definito il c.d. "pensare all'indietro". In questo caso i dati – invece che suggerire delle idee – sono espressivi di un fatto che viene ricostruito con il solo utilizzo dell'immaginazione; si parte da indizi o documenti sulla cui base si formula il fatto da accertare il quale viene affermato attraverso un sistema di coerenze costruite intorno al documento o in rapporto ad esso, oppure per l'assenza di contraddizioni.

Principio cardine di tale procedimento è quello secondo il quale che la probabilità è accentuata dalle convergenze.

Malgrado le operazioni di verifica della esistenza di un fatto vengano spesso presentate come attività che poggiano su argomentazioni deduttive od induttive, al contrario esse rivelano chiaramente una esplicita argomentazione abduttiva. Abbiamo sopra osservato che la deduzione sia quella forma di argomentazione che consente di affermare una



conseguenza certa da una regola generale ed un caso particolare. È evidente, tuttavia, che tale forma di ragionamento non determina un aumento di conoscenza empirica e la conseguenza avrà il medesimo valore della premessa.

In altri termini, solo se, la premessa è assiomatica la conseguenza che ne deriva avrà valore assoluto.

Andiamo pertanto ad esaminare il metodo investigativo ed argomentativo del giudice.

3.4. *Il metodo e l'attività di indagine.* – Orbene, l'attività di indagine del Giudice raramente può contare su regole assiomatiche: essa normalmente assume come parametro di riferimento "regole" suscettibili comunque di essere smentite da ulteriori osservazioni sperimentali; ciò appalesa l'impossibilità del ricorso allo schema del ragionamento deduttivo. Neppure lo schema del ragionamento induttivo è, di norma, utilizzabile nell'investigazione giudiziaria, per l'ovvia considerazione che in tal caso non si tratta di avvalorare o ricercare una regola ma al contrario di accertare un fatto, fatto che invece lo schema induttivo presuppone come già acquisito per altra via.

In altri termini, poiché nella criminologia indiziaria non si ha la certezza del fatto (esistenza del reato e sua attribuibilità ad un soggetto) ma solo le tracce di esso, è appunto a tale accertamento che è finalizzata l'attività del giudice: evidentemente questa non può che svolgersi attraverso una serie di inferenze abduttive. Il ragionamento abduttivo presuppone infatti come conosciuto il risultato (la traccia, l'elemento indiziante) e la regola e pretende di risalire alla causa che ha prodotto il risultato.

Invero, ogni costruzione accusatoria (salvo il caso della sussistenza della prova rappresentativa ove qualcuno abbia percepito il reato e fedelmente lo rappresenti al giudice, ed anche in tal caso vi sono inferenze per le quali passare) è il risultato di una serie di inferenze abduttive che combinate tra loro contribuiscono alla formulazione di una ipotesi più o meno credibile. Orbene, in tale modello di inferenza vi è un costante ricorso a regole di

tipo più o meno codificato, nel senso che la loro maggiore o minore validità dipende da quante maggiori o minori verifiche sperimentali (più o meno numerose) esse abbiano ricevuto.

Tuttavia, anche quando le regole utilizzate presentano un elevato grado di validità e quindi si pongono come appropriato veicolo di inferenza, l'ipotesi formulata dalla combinazione delle singole abduzioni esige un'attività di verifica che necessariamente convalidi dall'esterno la validità del procedimento abduttivo e la veridicità del risultato che vi consegue. Tale verifica, in assenza di prove rappresentative, si sostanzia in un giudizio critico che non sempre può ritenersi sicuramente valido, in quanto il grado di verità della conclusione abduttiva non sempre consegue automaticamente alla validità delle regole utilizzate nelle singole retrodeduzioni abduttive.

In altri termini, se è vero che l'abduzione, a differenza della deduzione e dell'induzione, produce sempre un aumento di conoscenza è altresì vero che la verità della conoscenza acquisita non sempre consegue *sic et simpliciter* alla validità delle premesse che quella conoscenza hanno consentito, in quanto è necessario che questi possa escludere o ridurre al minimo la possibilità di individuare un'ipotesi alternativa che consentendo una diversa spiegazione possa inficiare la assoluta verità della conclusione abduttiva.

Inoltre, per potersi parlare di dimostrazione è necessario non solo che la regola impiegata sia di tipo analitico o scientifico, ma che della stessa si faccia uso in un ragionamento di tipo deduttivo e non abduttivo.

4. *Il metodo abduttivo in rapporto ai vari tipi di prova: l'uso delle massime di esperienza.* – Il meccanismo abduttivo – come sopra principiavamo ad accennare – non esaurisce la sua funzione limitatamente alla prova indiziaria, ma è in concreto utilizzabile anche nell'ipotesi in cui si voglia assumere come veicolo di conoscenza una prova rappresentativa.

Quest'ultima infatti, non è esclusivamente mezzo di verifica di una conclusione abdut-

tiva ma anche punto di partenza di un diverso procedimento abduttivo finalizzato alla verifica della esistenza “nel mondo del reale o della storia” del fatto rappresentativo assunto dal teste, dal documento, dal mezzo meccanico. In tal caso, il fatto rappresentativo è assunto come risultato che combinato con una appropriata regola di verifica consente di affermare con maggiore o minore certezza la verità di quanto riferito dall'imputato, o dal coimputato, o riprodotto dal mezzo meccanico.

Orbene, è evidente che nel caso della registrazione, del documento o della grafia non è difficile reperire regole di verifica che consentano di stabilire con certezza se la rappresentazione riproduce fedelmente la realtà. Problematica è al contrario la individuazione di regole idonee a garantire la verità del fatto rappresentativo del teste, dall'imputato o dal coimputato. In un sistema come il nostro che ispirandosi a modelli più laici ha espunto sé antichi retaggi di sacralità, la regola di verifica della testimonianza non può essere ravvisata nel mero compimento di un atto rituale, ma – prescindendo dall'ipotesi in cui il teste sia istituzionalmente tenuto a riferire quanto accertato nell'espletamento del proprio dovere, di guisa che la attendibilità consegue alla presunzione di conformità al suo ruolo – esige la concreta verifica della analiticità, coerenza, ripetizioni e verosimiglianza del racconto, assumendo tali criteri a parametro di valutazione della credibilità del testimone sul presupposto che quanto più il racconto del teste presenta queste caratteristiche tanto più si riducono le probabilità che egli abbia affermato il falso.

Orbene, in tale modello di inferenza vi è un costante ricorso a regole di tipo più o meno codificato nel senso che la loro maggiore o minore validità dipende dal se esse abbiano ricevuto maggiori o minori verifiche attraverso sperimentali più o meno numerose.

Orbene, se è vero che l'abduzione è l'unico strumento che produce un reale ampliamento del nostro sapere empirico, è altresì vero che la abduzione, a differenza della deduzio-

ne e dell'induzione, non trova in sé la propria validità logica. Infatti, quantunque la regola applicata possa essere in sé vera, arbitraria potrebbe essere comunque la scelta di quella regola come appropriato strumento di conoscenza nel caso specifico. In altri termini, la conclusione cui perviene l'indagine abduttiva esige la sussistenza di elementi esterni che la convalidino e ne giustifichino l'applicazione nel caso concreto. Ciò, però, sempre non è possibile: non sempre il convincimento giudiziale può godere del supporto di prove rappresentative (quali testimonianze dirette – documenti ecc.), sicché esso è spesso il prodotto di un processo logico che si svolge interamente nella sfera psichica del giudicante senza l'ausilio di validi elementi esterni di convalida (come può avvenire – ad esempio – in processi di criminalità organizzata).

D'altra parte come si è visto le stesse prove c.d. rappresentative non esimono il Giudice da un'attenta attività di verifica. Invero, come la deduzione, anche la abduzione ci induce ad una enunciazione il cui valore è proporzionale al grado di certezza della regola utilizzata per attuare l'inferenza. Tuttavia, in tal caso la conclusione, pur essendo l'automatica conseguenza di due premesse, non si limita ad enunciare il contenuto semantico di tali premesse ma lo ricomponendo partendo da un'originaria ignoranza di esso.

L'abduzione, pertanto, pur sintetica ed innovativa è rischiosa proprio perché non sempre la verità della conclusione abduttiva è determinata dalla validità delle premesse; può accadere, infatti, che – pur essendo vere le premesse – la conclusione risulti falsa perché può essere arbitraria la scelta di quelle regole (intese come massime di esperienza) come meccanismo per attuare l'inferenza.

Invero il grado di novità e di rischio della conclusione abduttiva risiede nella scelta della premessa maggiore; se questa è di tipo ipocodificato consente una conclusione fortemente innovativa ma carente sul piano della sua dimostrabilità; al contrario se si utilizza una regola di tipo ipercodificato si otterrà

un enunciato tanto più dimostrativo quanto ristretto sotto il profilo innovativo.

Orbene, le abduzioni del primo tipo (abduzione creatica) sono indispensabili ai fini di un proficuo svolgimento delle indagini ma di scarsa utilità ai fini della dimostrazione finale e viceversa. Tuttavia, poiché non sempre è possibile reperire una regola di tipo ipercodificato diviene necessario al fine della dimostrazione del *thema probandum* verificare successivamente le abduzioni, più creative e meno codificate e trasformare ogni verifica in premessa di abduzioni successive fino al giungere ad una premessa che riduca al minimo la probabilità di una ipotesi alternativa che possa spiegare congiuntamente tutti i risultati acquisiti.

In ciò consiste, a nostro avviso, il processo di formazione della prova indiziaria: nel momento costruttivo finale essa si pone in ogni caso come un sillogismo in cui la premessa maggiore è una massima di esperienza (oppure una costruzione logica problematica) la premessa minore è la circostanza indiziaria certa, e la conclusione rappresenta la dimostrazione del fatto oggetto di prova. Tuttavia l'accertamento indiziario nel momento in cui si incentra sull'attività logica critica volta a collegare il noto (e cioè la circostanza indiziante) all'ignoto (cioè al fatto da provare) richiede una serie di implicazioni ed inferenze tali da non poter ritenere sufficiente neanche per il passaggio argomentativo finale il suindicato ragionamento deduttivo, non solo perché l'indizio si pone sempre come elemento intrinsecamente incerto ed equivoco, ma soprattutto perché il collegamento tra indizio e fatto-reato può essere fonte di errori. È impossibile verificare – se non a livello esclusivamente logico – l'esattezza o l'inesattezza del collegamento stesso e quindi l'effettiva rilevanza dell'indizio.

Il metodo ricostruttivo, a prima vista, sembrerebbe utilizzabile per le sole prove critiche o indiziarie e non anche per quelle c.d. rappresentative (e cioè le tracce sensibili che riproducono il fatto investigato a beneficio della conoscenza del Giudice che lo deve dichiarare esistito) che, anzi, dovrebbero co-

stituire esse stesse le regole di verifica dell'ipotesi abduttiva. Tuttavia, poiché nel nostro sistema processuale la prova rappresentativa non assurge al livello di prova legale, è evidente che anch'essa si ponga come un'ipotesi che esige di essere controllata attraverso appropriate regole di verifica. Anche la verifica della corrispondenza alla realtà storica della traccia sensibile contenuta in una prova rappresentativa dovrà essere compiuta secondo lo schema del ragionamento abduttivo, considerando la rappresentazione del fatto come ipotesi ed individuando una regola che consenta di affermare l'esistenza del fatto investigato. Orbene, quando la rappresentazione consiste in una riproduzione del fatto ad opera di un mezzo meccanico ovvero è contenuta in un documento che lo incorpora non è difficile individuare regole di verifica di tipo ipercodificato; l'indagine, invece, diviene particolarmente complessa quando si tratta di stabilire se il racconto del teste (dell'imputato o del coimputato) è veritiero, ossia se riproduce fedelmente il fatto investigato.

Si è già esaminato come le massime di esperienza costituiscano strumenti necessari di conoscenza nella valutazione delle prove, siano esse rappresentative o indiziarie. Nel caso di prova rappresentativa, il giudice applica la massima di esperienza al momento in cui valuta – utilizzando parametri di carattere generale tratti dalla scienza o dall'esperienza – l'attendibilità della fonte; dopo di che il risultato probatorio si presenta come un dato immediatamente percepibile davanti ai suoi occhi. Nel caso, invece, in cui il giudice valuta un indizio, egli procede all'applicazione delle massime d'esperienza in due momenti: una prima volta, quando vaglia, come nel caso di prova rappresentativa, l'utilizzabilità del dato acquisito (giudizio sull'attendibilità – esistenza); una seconda quando trae dalla circostanza di fatto (accertata nella precedente operazione e quindi nota) la conoscenza del fatto ignoto (giudizio sulla 'significatività'). Infatti, nel caso di prova indiziaria, il risultato probatorio non è immediatamente leggibile, dovendo il giudice trarre

da una rappresentazione – certa – la conoscenza di un fatto incerto. Le regole inferenziali (e cioè le massime d'esperienza) che consentono tale passaggio logico dal fatto noto al fatto ignoto, nella prassi giudiziaria raramente appartengono al mondo della scienza: si tratta perlopiù di regole ricavate dall'osservazione dei comportamenti umani, dall'"id quod plerumque accidit", facenti parte del regno del probabile.

Proprio il fatto che la valutazione di qualsiasi prova, tanto rappresentativa quanto indiziaria, comporta l'applicazione di massime d'esperienza, smentisce di fatto l'idea che la prima possieda quale categoria, un grado maggiore di affidabilità o di efficienza probatoria: si è visto come anche il giudizio sull'attendibilità della fonte di una prova rappresentativa (– per esempio: della credibilità di un teste –) è condizionato dal grado di 'probabilità' della legge inferenziale applicata, potendo questa essere 'certa' come una legge scientifica, o semplicemente 'probabile' come una regola tratta dall'osservazione dei comportamenti umani. L'attendibilità del giudizio non è determinata dalla categoria in cui la prova può essere collocata, quanto dal contenuto e dal fondamento della regola inferenziale esibita dal giudice a garanzia della sua argomentazione.

Si può in linea di massima, tuttavia, condividere quanto convenuto generalmente dalla giurisprudenza:

a) le massime d'esperienza applicate nel passaggio logico dell'abduzione indiziaria, essendo tratte di norma dall'"id quod plerumque accidit", presentano mediamente una univocità minore e conferiscono, alla valutazione, un grado inferiore di affidabilità;

b) essendo il procedimento valutativo della prova indiziaria articolato in più momenti, si offrono inevitabilmente al giudice maggiori 'occasioni di discrezionalità'.

5. *La Logica nell'indagine giudiziaria.* – Da queste brevi considerazioni traiamo la possibilità di affermare che le sentenze, le indagini ed in genere il "pensare" dei Giudici più che fondarsi sulle classiche forme di inferenza che sostengono il ragionamento deduttivo e

quello induttivo sono in realtà caratterizzate da una serie di operazioni mentali, appunto quelle che i logici chiamano abduzioni o retroduzioni. Infatti, il compito del giudice di individuare la regola giuridica da applicare al fatto narrato ("narra mihi factum, dabo tibi ius") esige, preliminarmente, che si verifichi l'esistenza del fatto narrato; orbene, nel processo questa verifica non è mai tale se per essa si intende – come pretende l'epistemologia – la constatazione sperimentale dell'ipotesi. Invero, la costruzione per la quale "in base agli elementi raccolti Tizio è l'autore del reato" non può essere oggetto di verifica in senso tecnico, ciò per l'ovvia ragione che il reato non viene riprodotto innanzi ai giudici, ma solo ricostruito narrativamente: quella che i giudici chiamano "verifica" altro non è che l'approvazione convenzionale delle abduzioni compiute dall'accusa. Da ciò può derivarsi come il metodo ricostruttivo sia il solo utilizzabile ai fini della ricostruzione del fatto-reato.

La deduzione, infatti, non produce aumento di sapere empirico in quanto la conclusione a cui essa perviene è già contenuta nella premessa maggiore e la sua validità dipende dalla validità delle regole che si assumono come premessa. In altri termini nella deduzione si conosce già il fatto e si va alla ricerca dei suoi effetti; nella c.d. "detection", al contrario, si cerca di risalire dal risultato (la traccia del reato) al fatto che l'ha prodotto.

Neanche il ragionamento induttivo è utilizzabile in sede di indagine giudiziaria perché in essa il fatto deve essere conosciuto, mentre nella criminologia indiziaria questo è ignoto e se ne possiede solo la traccia. Si è visto, infatti, che nell'induzione la c.d. osservazione sperimentale è rivolta a verificare se il fatto già conosciuto sia suscettibile di riprodursi con analoghi risultati al fine di estrapolarne la regola che lo sovrintende. Tale regola, però essendo nata dalla osservazione di un numero definitivo di casi non può tradursi in una massima assiomatica. Pertanto, la c.d. verifica sperimentale tipica del metodo induttivo non è mai effettiva verifica del fatto congetturato perché questo

che è già presupposto viene semplicemente affermato in base a frequenze statistiche e non consente alcuna conclusione idonea a tradursi nella premessa di un ragionamento deduttivo assiomatico.

Al contrario, nel ragionamento abduttivo si conoscono il risultato e la regola e si risale al fenomeno che ha prodotto il risultato. Nella c.d. "detection" il risultato è rappresentato da una traccia sensibile (fatto) e la regola si sostanzia in una affermazione che è frutto dell'osservazione estesa di fenomeni omogenei: in tale ragionamento esistono regole di tipo ipercodificato, ed altre di tipo ipocodificato.

6. *Concetto di prova e concetto di verità.* – Va, a questo punto, operata una digressione: da quanto si è detto finora può, infatti, ricavarsi che una caratteristica dell'intera scienza del diritto (non solo della applicazione pratica del diritto penale nell'ambito del processo) consista nella problematicità delle sue affermazioni, nel senso che ad esse non può attribuirsi un valore assoluto e necessitato. Ciononostante la scienza del diritto non ha potuto prescindere dalla elaborazione di un concetto di *verità*; concetto indispensabile proprio per la pratica applicazione dei suoi istituti. È evidente che la comprensione di un concetto di valore non assoluto – quale è la particolare significazione di un *concetto di verità* operante nell'ambito del diritto – postula l'analisi dei contesti in cui tale valore si esprime. Nell'ambito del diritto, infatti, un ruolo predominante deve essere attribuito al linguaggio. Con questo termine si indica un *insieme di simboli semplici, o un sistema di significati, laddove ogni termine è definito per mezzo di altri termini*, causando una serie indeterminata di definizioni. L'analisi del significato di tali definizioni può consistere sia in analisi filosofiche sia in analisi scientifiche, incentrate su un linguaggio specializzato.

Già nel *pensiero tauristico* la verità era rappresentata dall'equilibrio tra intelletto e realtà, cioè la corrispondenza di un'immagine ad un fatto. In tale proposizione viene presupposta la separazione tra la realtà e il soggetto che pensa, il quale si pone al di fuori della

realtà percepita. È nella corrispondenza tra immagine e realtà che consiste la verità o la falsità della immagine. Pertanto, il giudizio di verità determina la iterazione dei sensi e del pensiero.

Orbene, partendo da una premessa comunemente accettata (da Kant in poi), ogni fatto percepito dai sensi produce una serie di relazioni intellettuali, come è testimoniato dai rapporti logici derivanti. L'esplicazione intellettuale del dato percepito non è allora una elaborazione meramente soggettiva degli elementi esterni, ma tende comunemente ad esprimersi come sviluppo di un processo ideativo di cui gli stessi dati percepiti rappresentano – nella trasposizione dall'idea al reale – il risultato oggettivo. Lo schema della *raffigurazione del reale*, intesa come *duplicazione nel soggetto* del dato esterno, appare certamente insufficiente. È accettato pressoché unanimemente che il soggetto, in ogni caso, almeno partecipa – o meglio contribuisce – alla *ideazione* del reale. Pertanto, la raffigurazione di una immagine – secondo una opinione quasi universalmente accettata – non rappresenta un *simbolo* dell'oggetto percepito, bensì esprime un dato originale dell'oggetto, in quanto i sensi e l'intelletto prelevano dal mondo reale infiniti dati, produttivi di elaborazioni successive che si esprimono in linguaggi scientifici e specializzati. Per tale motivo l'approccio giuridico, fondato sull'analisi dei comportamenti e dei rapporti umani, costituisce *una delle speciali forme di oggettivazione*.

Da quanto innanzi espresso, emerge che non può definirsi un concetto di valore se non si definisce il significato del contesto al quale esso vada riferito. È allora evidente che la verifica del concetto di verità – e del suo valore –, nella scienza e nella pratica del diritto, si traduce allora nella analisi del contesto sul quale tale significato si fonda e nella verifica circa il valore di verità raggiunto nella pratica applicazione della legge. I contesti di riferimento consistono nell'interpretazione delle norme e dei principi giuridici di un ordinamento e nella sua pratica applicazione in campo giuridico (intesa come rico-

struzione dei reali accadimenti cui applicare la norma giuridica opportuna per risolvere il quesito preposto al giudice). In quest'ultimo caso l'accertamento della verità è il presupposto per la pratica applicazione delle leggi.

7. *Realtà e dato storico: l'accertamento giudiziario quale coincidenza presunta tra la prova e la realtà.* – Se la realtà è il rilevamento operato dall'individuo di un segno esterno al soggetto, tale operazione è acquisita nell'esperienza degli altri soggetti solo in quanto sia a sua volta rilevata. Pertanto la rappresentazione di un fatto storico avviene mediante la comunicazione di simboli della percezione altrui. Il soggetto al quale il dato storico è comunicato non riproduce – a sua volta – la "realtà" del fatto, ma elabora i simboli con cui esso viene esternato. Pertanto l'insieme di determinati segni viene "storicizzato" nella conoscenza comune, solo a seguito di identiche attività di rilevamento, ripetendo cioè personalmente la medesima esperienza di altri soggetti.

Di conseguenza, se il fatto storico appare irripetibile ed intrasmissibile, risulta invece comunicabile l'operazione di rilevamento per mezzo della percezione dei simboli. La simultanea conoscenza di un "fatto" da parte di più soggetti deriva dalla comunicazione dei simboli, che trovano un preciso riscontro nei segni percepiti individualmente.

La realtà del fatto empirico, al cui concetto è estranea ogni conoscenza meramente intuitiva, si fonda su di una indeterminata serie di azioni di rilevamento, riferibili all'individuo medio e attuate per mezzo dei normali strumenti sensoriali, che producono e trasmettono informazioni verificabili.

Tali informazioni, peraltro, vengono mediate dal simbolo di riferimento, la cui funzione appare quella di tradurre le informazioni altrui. Infine, se il rilevamento è una attività personale, anche la stessa conoscenza non può che apparire esclusivamente individuale.

Essa diviene conoscenza generalizzata solo quando i soggetti traggono da identici rilevamenti identiche informazioni.

La valutazione della prova presuppone una

conoscenza che, in quanto finalizzata all'accertamento dei fatti, non può esaurirsi in una mera "riflessione soggettiva" ma deve concretarsi nella "descrizione oggettiva dell'esperienza" tale da cogliere i tre momenti di identificazione del fatto: condotta, evento, nesso di causalità nella loro accezione ontologica.

In altri termini, non è sufficiente raccogliere ed elaborare i dati sensibili in vista di una rappresentazione razionale e fornire una spiegazione meramente "soggettiva" del "dover essere" del tema di prova, ma occorre sottoporre questa rappresentazione ad un rigoroso controllo logico ed oggettivo. Sotto il profilo logico è necessario considerare la possibilità che gli stessi elementi empirici prospettino proposizioni razionali di segno opposto, tali cioè da precludere la identificazione della verità rendendo la prova dubbia, equivoca e quindi inefficace.

In tale ipotesi, la verifica sperimentale deve farsi anche più rigorosa e vertere su tutti gli aspetti del fatto accertando, perché altrimenti il risultato del provato, in quanto lascerebbe sussistere possibili soluzioni alternative, reciprocamente esclusive, si rivelerebbe imperfetto e quindi inidoneo a fondare la giusta decisione. Tuttavia, anche quando i dati offerti dall'esperienza inducono ad una proposizione razionale unica, il giudice deve espungere dal processo di elaborazione di questa le notizie precognite, rimaste estranee alla prova, ed i pregiudizi indotti dalle proprie convinzioni personali.

Anche nel nuovo rito processuale, tanto più nella fase delle indagini preliminari, la conoscenza deve essere successiva alle indagini e può fondarsi solo sul materiale probatorio ritualmente acquisito al processo, fatte salve quelle conoscenze che, in quanto rientranti nel patrimonio conoscitivo comune della collettività in un dato momento storico, possono essere introdotte in deroga al principio dell'onere della prova. Salvo questo caso, sicuramente eccezionale, il giudice non può utilizzare la propria "scienza privata" del fatto, ossia le sue convinzioni personali ed incontrollabili, non essendo ammissibile sostituire la cono-



scienza personale a quella esterna da assumersi secondo le regole processuali.

La verifica sperimentale è appunto finalizzata ad evitare possibili confusioni tra sapere proprio e verità dei fatti conseguente all'inversione del rapporto funzionale tra risultanze della ricerca e proprie convinzioni personali. Il giudice, infatti, dovrà valutare la prova acquisita nel rispetto delle forme del procedimento verificandola attraverso il riferimento al "modo di essere" del *factum probandum* nella realtà del mondo sensibile.

L'esperienza dunque, conferma la conoscenza offerta dal caso singolo ed assume una valenza oggettiva venendo a coincidere con la materialità del fatto dimostrativo. L'osservazione dell'esperienza consente di eliminare quelle soluzioni che contrastino con la rappresentazione oggettiva delle cose ed in ogni caso vale a determinare il grado di coincidenza del "provato" con la realtà.

8. *La logica giudiziaria e le implicazioni del principio del libero convincimento nell'ambito normativo e giurisprudenziale.* – La logica giudiziaria opera nell'ambito della libertà di valutazione che comunque è consentita dalla vigenza del principio del libero convincimento: principio comunque limitato proprio dall'art. 192 c.p.p. consentendo un adeguato controbilanciamento dei poteri del giudice, che viene assicurato – in via generale – dallo stesso metodo dialettico di conoscenza su cui si fonda l'attuale processo penale. In via specifica, dalla razionalizzazione dell'attività decisionale del giudice e dall'effettiva sua possibilità di controllo.

L'art. 192 c.p.p. sanziona, infatti, il necessario raccordo fra valutazione e motivazione, dovendo il giudice non solo esplicitare la massima d'esperienza adottata nel valutare i fatti, i criteri adottati, ma altresì giustificare logicamente i risultati che da tale operazione si sono ottenuti.

La motivazione dovrebbe garantire, quindi, che il potere discrezionale del giudice ed il suo libero convincimento non trasmodino nell'arbitrio, illuminando il processo logico-giuridico sfociato nella decisione giudiziaria. Essa offre una concreta possibilità di con-

trollo, sia endoprocessuale (affidato alle parti ed ai giudici dell'impugnazione), sia extraprocessuale (ad opera dell'opinione pubblica, ossia del popolo in nome del quale il magistrato amministra la giustizia ai sensi dell'art. 101 Cost.), costituendo essa lo strumento necessario per verificare la fedeltà del giudice alla legge che si è impegnato a tutelare "in quell'opera di attuazione delle prescrizioni normative in cui si esprime appunto la "iurisdictio", lettura interpretativa del principio del libero convincimento confermata anche dalla Cassazione in varie sentenze.

La decisione giudiziale dovrebbe essere il naturale e logico risultato – il più possibile aderente alla realtà – di una interpretazione del fatto e della conseguente norma giuridica da applicare. La Giustizia della decisione, infatti, dipende dalla capacità del giudicante di esprimere un giudizio che tenga conto del costume e dell'interesse attuale della realtà sociale, che sia scevro da ogni riferimento astratto e che non prescinda dalle istanze attuali di un gruppo sociale in continua evoluzione.

Peraltro, essendo la decisione conseguente alla valutazione del materiale probatorio è evidente che anche la valutazione della prova dovrebbe essere compiuta prescindendo da ogni rigido formalismo attraverso la verifica del sostrato oggettivo delle risultanze dei mezzi di prova. L'analisi dei valori della prova impedisce il ricorso a soluzioni aprioristiche e personali e impone il rispetto dell'oggettività dei risultati offerti dalla prova nei quali si sostanzia il significato oggettivo della verità processuale da accertare.

Il Giudice, pur essendo libero di apprezzare il risultato offerto dal singolo mezzo di prova e di preferire gli uni agli altri elementi di prova, non deve assolutamente travalicare il limite della oggettività esterna del risultato probatorio inserendosi nel processo di formazione della prova con interpretazioni soggettive ed inferenze prive di obiettivi riscontri estrinseci. In altri termini, il giudice nella fase della istruzione non ha facoltà integrativa ma deve limitare la propria attività interpretativa al contenuto oggettivo della prova,



nel senso che non può inserire acquisizioni personali e soggettive che non siano contenute nelle deposizioni, traduzioni o relazioni dei soggetti della prova, le quali una volta acquisite al processo, in ossequio alla funzione teleologica della prova, hanno contenuto ed esistenza oggettive indipendenti, cioè, dalla volontà e dai sentimenti di coloro che le hanno rese.

Il fatto che il contenuto della prova vada assunto nel processo con criterio oggettivo, mentre in sede di valutazione il giudice può liberamente valutarlo, non determina alcun conflitto in quanto, l'oggettività resta strettamente legata al prodotto della prova, mentre la possibilità di apprezzare liberamente il risultato probatorio consegue necessariamente ad una attività di giudizio che, essendo finalizzata all'adozione di una decisione conforme a giustizia, impone al giudice di superare l'oggettività del prodotto della prova per valutarlo alla luce degli attuali valori politici, etici e sociali.

In tal modo il Giudice può superare il vincolo di una decisione, per così dire, cristallizzata dalle oggettive risultanze istruttorie ed informare il risultato oggettivo della prova agli attuali valori di una società in continua evoluzione, fornendo un'interpretazione ermeneutica o esegetica di tipo innovativo, tale da impedire un possibile conflitto tra Società e giustizia, conflitto che sicuramente seguirebbe ad una decisione adottata sulla base di concezioni storicamente superate e non più rispondenti alle attuali istanze politiche, sociali ed ideologiche.

Questo ruolo creativo dell'interprete è necessariamente collegato ad una attività qual è quella di interpretazione della prova che, in quanto si sostanzia in una elaborazione connessa a soluzioni alternative, implica di necessità, una opzione per l'una o l'altra di quelle soluzioni, e dunque una scelta che deve compiersi in aderenza al risultato proposto dalla logica e dalla realtà processuale. Al contrario, l'assunzione della prova esclude ogni intervento creativo dell'interprete in quanto la realtà esterna percepita od accertata attraverso i mezzi di prova deve essere trasferita, senza subire alcuna interpolazione

creativa del giudice, nelle forme della verbalizzazione processuale.

Solo se ritualmente assunta la prova conserva la sua genuinità originaria e quindi la sua funzionalità alla dimostrazione della verità da accertare. Occorre, tuttavia, porre in rilievo che il Giudice assume ad oggetto del proprio libero convincimento la realtà prospettata dalle prove e che questa realtà non è necessariamente coincidente con quella extragiuridica in quanto la conoscenza del *factum probandum* può essere conseguita in termini di probabilità e mai di certezza.

Ciò vale tanto più nel caso in cui l'elemento di prova abbia natura indiziaria e quindi consenta di formulare una ipotesi che, rispetto a quella prospettata dalla prova rappresentativa, esiga una più rigorosa conferma attraverso un procedimento logico che, pur nella impossibilità di eliminare un margine di relatività della conclusione, consenta, comunque, di ridurre al minimo la probabilità del contrario.

Si è altrove, in questo lavoro, considerato come nel nuovo codice il principio del libero convincimento si qualifica come mera regola di valutazione e non di libera scelta delle prove.

La garanzia per il riconoscimento in capo al giudice di un'ampia libertà di apprezzamento non poteva individuarsi, come nel sistema processuale illuminista, nel deferimento della decisione alle giurie popolari, estranee al nostro sistema processuale da sempre diffidente nei confronti di un giudice che si pronunciasse senza motivazione, e quindi, in maniera sostanzialmente incontrollabile.

Una volta sancito il principio del libero convincimento come potere del giudice di valutare le prove senza tenere conto di predeterminati parametri legislativi di interpretazione, occorre sottolineare come tale discrezionalità di giudizio venga ad assumere un'ampiezza diversa a seconda se si abbia a che fare con prove di tipo rappresentativo o di tipo logico, differenti tra loro – come si è visto – non certo per la diversa 'efficienza probatoria' ma soltanto nel rapporto fra prova e 'factum probandum' e per il diverso oggetto che rappresentano.

Si è nei capitoli precedenti esaminato (ora ci interessa sotto il profilo della logica nell'ambito giudiziario) come il codice Rocco non prevedeva espressamente gli indizi come categoria probatoria; nella prassi, invece, vi si faceva ampio ricorso e la mancanza di regole legali faceva della materia un settore lasciato alla più assoluta discrezionalità, giungendosi ad affermare che – nella vigenza del principio del libero convincimento del giudice – qualsiasi elemento potesse contribuire alla formazione di tale convincimento senza che potessero crearsi 'artificiose' gerarchie fra una fonte di conoscenza e l'altra. La dottrina è, invece, sempre stata divisa sul punto: da una parte, coloro che negavano ogni possibilità di equiparazione tra le prove, e dall'altro coloro che rifiutavano ogni distinzione fra prova ed indizio, sostenendo che quest'ultimo possiede la stessa attitudine alla dimostrazione della prova rappresentativa, quando abbia superato il "vaglio della verifica". Abbiamo nei precedenti come al conoscere giudiziario si adatta, più che la classica forma della deduzione o della induzione, il meccanismo logico dell'abduzione: anche la vecchia giurisprudenza aveva codificato – pur senza definizioni – tale passaggio logico dal risultato (la traccia) al caso (la causa) attraverso una regola, appunto la massima d'esperienza, consapevoli che il giudice dovesse 'pensare all'indietro', procedere cioè ad una operazione che gli consentisse di risalire dalle tracce del reato alle cause, e quindi all'autore, dello stesso. Pur nella inconsapevolezza (solo terminologica) che il ragionare abductivamente comporta la scelta, da parte del giudice, della regola, inferenziale, la c.d. massima d'esperienza.

La casistica giurisprudenziale sino ai nostri giorni ha evidenziato come, tra le massime d'esperienza, alcune siano tratte dall'esperienza scientifica (come le regole delle perizie balistiche), altre dalla logica formale (come la regola della non ubiquità nella valutazione di un alibi), altre ancora dalla semplice esperienza acquisita nella valutazione delle azioni dell'uomo (come la regola che il possesso della refurtiva poco dopo il furto rivela l'au-

tore; o come la regola secondo la quale le contraddizioni del teste lo rendono inaffidabile). Pertanto la giurisprudenza ha costantemente ribadito che – non possedendo tutte il medesimo grado di probabilità, conferendo un diverso livello di verosimiglianza al giudizio ricostruttivo del fatto – nel procedere a quella che oggi definiamo abduzione, il giudice dovrà applicare la regola di esperienza che presenti il maggior grado di probabilità, tenendo presente anche il 'non probabile', cioè i possibili accadimenti alternativi, di modo che il livello di verosimiglianza sia tanto elevato da escludere ogni ragione seria di dubitare.

La dottrina e la giurisprudenza hanno convenuto entrambe che il concetto di verità processuale si può conseguire soltanto a prezzo di una determinazione quantitativa delle probabilità contrarie; purtroppo, in questa materia non c'è un criterio matematico, del quale l'operatore possa fidarsi.

La cautela dimostrata dal legislatore del nuovo codice nell'ammettere gli indizi come materiale probatorio valutabile per la decisione è finalizzata ad evitare che attraverso un uso indiscriminato ed incontrollato degli indizi si finisse per aprire la porta all'arbitrio e per intaccare il principio di legalità della prova, fissandone puntualmente i parametri di utilizzabilità. Il legislatore ha peraltro avuto riguardo anche a deteriori – seppur sporadiche – prassi applicative del vecchio codice, ma si può dire che egli ha recepito sostanzialmente il sistema di regole per l'utilizzazione della prova indiziaria elaborato dalla vecchia giurisprudenza, ed anche le regole per l'uso delle massime di esperienza da quella codificato.

La relazione al codice conferma questa lettura interpretativa, laddove chiarisce che i parametri di utilizzabilità degli indizi sono posti in modo tale da servire "da freno nei confronti degli usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove".

Anche se è vero che il giudice, una volta che si trovi dinanzi ad indizi certi univoci e convergenti, può tenerne conto come di una 'plena

probatio', nel nuovo codice la dignità di prova è riconosciuta soltanto ad un "sistema di indizi" caratterizzato da ben precisi requisiti: il singolo indizio è soltanto una tessera di un mosaico, il tassello di una costruzione che, solo se coerente e verosimile, può fornire al giudice la conoscenza del fatto e fondare il suo convincimento. La previsione di una procedura "qualificata" di utilizzazione del materiale indiziario – senza reintrodurre una prova legale – si traduce più che in vero e proprio limite al libero convincimento del giudice, in un invito alla ragionevolezza.

L'art. 192 c.p.p. richiede al giudice una maggior attenzione e ponderatezza nelle sue valutazioni, nonché un impegno superiore nella stesura della motivazione. In questa, il giudice dovrà esplicitare puntualmente le ragioni che stanno alla base del risultato conoscitivo, estrinsecando tutte le tappe in cui si articola il conoscere processuale mediante indizi. La motivazione dovrà, quindi, contenere l'indicazione delle ragioni per le quali ritiene vero l'elemento di fatto indiziante, della presenza dei requisiti richiesti dalla legge all'art. 192, 2° co., c.p.p., nonché della massima d'esperienza applicata (il criterio adottato) e del risultato ottenuto attraverso il ragionamento abduttivo.

A partire dagli anni '70, la costante giurisprudenza della Cassazione ha ricompreso nel novero degli indizi effettivamente decisivi a carico dell'imputato la causale del reato, a condizione che si presenti come idonea a determinare l'imputato a porre in essere la contestata attività criminosa e purché sia riferibile a lui, esclusivamente. Secondo questa giurisprudenza, la rilevanza del movente come indizio non permette, tuttavia, che questo possa considerarsi come il solo elemento probatoriamente sufficiente ad affermare la colpevolezza. Infatti, il movente ha soltanto "una funzione di riscontro e di corollario rispetto all'insieme delle altre circostanze, tutte legate dal comune denominatore di uno stesso orientamento logico, quale scopo della condotta ascrivita"; esso funziona da valido "elemento catalizzatore di altri elementi indizianti".

9. *Logica giuridica e pratica applicativa quotidiana.* – Nulla è meno asettico della funzione della logica nella pratica applicazione del diritto. Spesso il processo penale è il luogo nel quale esplodono ideologie, simpatie od antipatie personali, frustrazioni. D'altro canto lo stesso sapere accademico appare lontano dalla pratica reale, del quotidiano penale. Nell'esperienza quotidiana si pone l'urgenza di rivisitare la nozione di prova logica così come è interpretata nel quotidiano dell'attività giudiziaria penale: dobbiamo però constatare nella pratica giudiziaria quotidiana il livellamento o l'equiparazione o la confusione tra i concetti di sospetto, indizio, prova in generale, prova storica, o rappresentativa, prova logica o critica o non rappresentativa, con una fruizione singolare dei concetti di massima di esperienza, il fatto notorio, ed usualità.

Noi riteniamo che talvolta accada che il contesto sociale, l'opinione pubblica, la stampa, influenzino il magistrato condizionandone la serenità del giudizio, rappresentandogli non solo la necessità di soddisfare le esigenze di natura processuale, ma facendogli anche psicologicamente carico di una serie di problemi di natura sociale che sono sempre fuorvianti alla corretta applicazione della legge ed alla realizzazione della giustizia. Ed ecco allora una certa giurisprudenza, spesso di merito, che induce ad originali rilevazioni sull'applicazione della logica nel processo penale.

Una parte della magistratura, soprattutto nei processi contro la criminalità organizzata, ha prediletto (prima della grande stagione del pentitismo) l'uso della prova logica, di cui è stato fatto spesso un uso talvolta eterodosso, attribuendo ad essa un primato sulla prova storica più per le difficoltà probatorie che per condizioni epistemologiche e giuridiche. A questo punto è necessario tentare un correttivo della pratica penale quotidiana a partire da una rilettura dei concetti di sospetto, prova storica e prova logica, invitando ad un approfondimento dei più approfonditi studiosi del tema. Altresì va avvertita la necessità di rivisitare il concetto di massima di esperienza soprattutto considerando che autori prestigiosi hanno, a volte, considerato massima di esperienza quel-

la che, invece, è una pura e semplice situazione comportamentale del caso concreto.

L'insidia della regola di esperienza è nel tipo di sicurezza, sia pure "rilevante", che essa può offrire nonostante le verifiche: la struttura interna della regola di esperienza corrisponda al concetto di probabilità statistica, da qui la sua precarietà per la verifica della prova che – solo in astratto – dovrebbe avvenire, in termini di certezza pur se è evidente che tale strumento può offrire solo una "rilevante sicurezza": non si può confondere l'alto grado di probabilità induttiva con la certezza, né può mai ritenersi che la probabilità statistica (*id quod plerumque accidit*) sia un cammino di assolute certezze per la verifica del fatto indagato, risolvendosi comunque la medesima in termini di percentuali di probabilità, dove la sperimentazione della prova corre lo stesso rischio connotato alla probabilità della scienza statistica. Si è osservato come la massima di esperienza, frutto dell'inferenza induttiva, conduce al fatto da provare non già in base ad una legge universale ma ad una legge empirica; sicché il passaggio della regola di esperienza alla soluzione del caso concreto avviene solo attraverso una verosimiglianza.

Come, in altri termini si è già sopra osservato, attraverso un sillogismo nel quale la premessa maggiore è la regola di esperienza (o se si vuole una classe di fatti noti) si perviene, attraverso un procedimento induttivo, ad una classe di fatti ignoti, tra i quali è compreso il fatto individuale da cercare, che con quelli noti abbia carattere di verosimiglianza: ancorché sia difficile da accettare la struttura della prova critica e di tipo probabilistico, e quindi ipotetico.

Abbiamo in precedenza osservato che mentre nell'argomento deduttivo vale la regola che se le premesse sono vere anche le conclusioni sono vere (e la conclusione è contenuta anche implicitamente nella premessa) nel ragionamento induttivo che è alla base del sillogismo probatorio in tema di prova logica, invece, vale il principio che se tutte le premesse sono vere, allora la conclusione può essere probabilmente vera. Il che vuol dire che vera la premessa non significa che debba essere vera, in termini di certezza, la

conclusione. Nel ragionamento induttivo, quindi, si amplia la premessa e si sacrifica la necessità.

È necessario un maggiore apporto del sapere epistemologico e semiologico, rivisitando i concetti di probabilità e di verosimiglianza che, con approssimazione scientifica, da tempo sono posti a base della prova logica: massime di esperienza talvolta recepite dal giudice come vocabolario consuetudinario in virtù di un atteggiamento mentale che spesso confonde i concetti di probabilità e di verosimiglianza. Il verosimile non è che un dato reale che subisce una sorta di degradazione o riduzione, che "perde il primo grado di somiglianza", sicché il verosimile è produzione di senso, ma estraneo al vero e al falso: il verosimile non istaura il rapporto linguaggio-verità oggettiva, per la considerazione medesima che il tema della conoscenza non attiene al verosimile, che produce solo il senso.

Una grammatica delle massime di esperienza, se certamente ha come base la cultura e la professionalità del giudice, si fonda soprattutto sull'insieme delle condizioni ermeneutiche per cogliere come "misuratio ad rem" il senso della regola di esperienza: quest'ultima non solo va verificata secondo le regole dell'esperienza e della logica, ma soprattutto attraverso operazioni valutative di controlli esterni secondo i criteri di "un'ermeneutica dell'effettività".

È necessario che la regola di esperienza, nel tragitto dal noto all'ignoto, si sperimenti induttivamente non solo attraverso argomentazioni logico-critiche, ma a partire da fatti probatori aggiuntivi alla premessa, e cioè il maggior numero possibile di riscontri obiettivi. I fatti probatori addizionali (riscontri obiettivi in senso tecnico) sono determinanti nel ragionamento induttivo, perché integrano la premessa e ci consentono di verificare la correttezza della conclusione (e cioè il *the-ma probandum*) soprattutto se la verità oggettiva anche se non raggiungibile, lavori come principio regolativo della massima di esperienza, restituire così al processo la sua ideologia e la sua cultura della prova.

## La riparazione per l'ingiusta detenzione di Arturo Bonsignore

L'assunto secondo cui "Nel diritto moderno, che tende ad una tutela sostanziale dei cittadini e del traffico, il problema della riparazione viene ad assumere un progressivo rilievo, anche nei confronti di atti non imputabili" (Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XXVI ed., Padova, 1982, 202 e ivi 33, per l'inserimento della riparazione tra le sanzioni intermedie dei precetti normativi), risulta confermato dalla consultazione di dottrina e giurisprudenza, sempre più spesso evocate sui temi dell'ingiusta detenzione e dell'errore giudiziario.

Tra le innovazioni di maggior rilievo del vigente codice di rito penale, con gli articoli 314 e 315, si è inteso "estendere l'ambito della riparabilità alla detenzione che, anche senza derivare da una sentenza passata in giudicato, dovesse risultare «non dovuta»" (Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, 171); il legislatore ha affiancato alla tutela (artt. 643 ss., c.p.p.) di chi ha dovuto patire l'esecuzione della pena detentiva in forza di sentenza definitiva – revocata dopo il positivo esperimento del giudizio di revisione – l'azione per il ristoro di quanti abbiano subito l'applicazione della più gravosa misura cautelare, ma che, all'esito della cognizione piena, hanno potuto ottenere l'assoluzione, o favorevoli pronunce equiparate (cfr. Cass., S.U., 30 ottobre 2008, n. 4187, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 2, 169: "la riparazione spetta anche in caso di durata della custodia superiore alla pena inflitta con la sentenza di primo grado, cui poi abbia fatto seguito una di appello dichiarativa della prescrizione", nonché Cass., Sez. IV, 10 giugno 2008, n. 26708, G., *CED* 2008, secondo cui, in tali casi, "il diritto può essere riconosciuto non già ai sensi del primo comma dell'art. 314 cod.

proc. pen., ma soltanto ai sensi del secondo comma dello stesso articolo", mentre – Cass., Sez. IV, 13 maggio 2008, n. 26684, A. e altro, *CED* 2008 – "nel caso il giudice della cognizione abbia pronunciato sentenza assolutoria in ragione dell'intervenuta abrogazione senza apprezzamento sull'esistenza delle condotte in relazione alle quali l'imputato era stato in precedenza sottoposto a detenzione, il giudice investito della richiesta di riparazione non può procedere al relativo accertamento, ma deve limitarsi a rigettare l'istanza ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 314 cod. proc. pen.").

Si registra, per altro, una sorta di osmosi dei due strumenti, mentre il rinvio della disciplina prevista per l'ingiusta detenzione alle disposizioni sull'errore giudiziario (art. 315, comma 3°, c.p.p.) si coniuga ad un uso linguistico – invalso talora presso addetti ai lavori – che tende a comprendere entro tale nozione – intesa in senso ampio – ogni ipotesi d'ingiusta privazione della libertà personale del sottoposto a procedimento penale (ancora una volta, *lato sensu*) (per una panoramica, cfr. Turco, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007).

L'ipotesi d'un indennizzo per chi abbia ingiustamente subito carcerazione preventiva, arresti domiciliari o misure di precauzione personale (C. cost., 2 aprile 1999, n. 109) può confortare i cultori della "giustizia giusta", destare allarme, rispetto ad esigenze di continenza erariale, insoddisfazione in quanti reclamino più ampia tutela (secondo Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2009, n. 7091, C. e altro, in *CED*, 2009 e Cass., Sez. I, 19 novembre 2002, n. 42903, "la tardiva sospensione dell'esecuzione della pena legittimamente disposta non determina l'ingiustizia della de-

tenzione sofferta fino all'adozione del provvedimento di sospensione e pertanto non costituisce titolo per la riparazione", mentre, la C. cost. 25 luglio 1996, n. 310, ha precisato che "è illegittimo, in relazione agli artt. 3 e 24, 4° comma, Cost., l'art. 314 c.p.p., nella parte in cui non prevede la riparazione per l'ingiusta detenzione subita a seguito di ordine di esecuzione illegittimo, adottato cioè sull'errata premessa che la condanna sia divenuta definitiva, non bastando ad ovviare all'ingiustizia la l. 13 aprile 1988, n. 117, la quale, infatti, all'art. 14, sancisce l'autonomia tra l'azione di risarcimento e l'azione di riparazione"; per Cass., Sez. IV, 12 dicembre 2008, n. 2678, P. e altro, *CED*, 2008, nel caso di caducazione di un mandato d'arresto europeo, l'indennizzo è dovuto "anche in relazione alla custodia sofferta a fini estradizionali, atteso che la disciplina di cui agli artt. 314 e 315 c.p.p. deve ritenersi richiamata dall'art. 714, comma 2°, dello stesso codice"; Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2009, n. 5001, P. e altro, *CED*, 2009, ha precisato che, "benché l'art. 314 c.p.p. non contenga un espresso riferimento a misure diverse dalla detenzione, occorre dare ragionevole applicazione all'ultimo comma dell'art. 313 c.p.p., laddove la misura di sicurezza applicata provvisoriamente è equiparata alla custodia, anche in caso di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario", mentre, per Cass., Sez. IV, 10 aprile 2008, n. 17718, R.G., in *Diritto & Giustizia*, 2008, poiché "l'istituto non è suscettibile di applicazione analogica", ed "anche se è indubbio che il Tso colpisce la persona in modo simile all'ingiusta custodia cautelare, rientra pur sempre nella scelta del legislatore l'aver previsto una speciale procedura per l'errore giudiziario cautelare e l'aver escluso dalla stessa altri errori".

Un'analisi costi-benefici della normativa, che valuti le ricadute delle garanzie riconosciute alla difesa ed alla libertà personale dell'incolpato, dovrebbe, anzitutto, considerare che nei procedimenti camerali *ex art. 127 c.p.p.*, richiamato dall'art. 646, comma 1°, c.p.p., in virtù del rinvio operato dall'art. 315, comma 3°, c.p.p.) – formalmente penali

– di riparazione, controparte del richiedente è il Ministero dell'Economia e delle Finanze, non già – come in quelli *ex L. 24 marzo 2001, n. 89* – quello della Giustizia (Cfr. Cass., Sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 10933, in *Guida al diritto*, 2007, 15, 73, per la precisazione secondo cui "è a contraddittorio necessario – che si instaura con la notifica della domanda, a cura della cancelleria, al ministero – ma non a carattere contenzioso necessario, in quanto l'amministrazione intimata può non costituirsi ovvero costituirsi aderendo alla richiesta del privato o rimettendosi al giudice. Ne consegue che in questi casi non vi è soccombenza dell'amministrazione e non può essere pronunciata la sua condanna alla rifusione delle spese, nonché degli eventuali diritti e onorari di rappresentanza e difesa in favore della controparte; mentre, qualora essa si costituisca, svolgendo una qualsiasi eccezione diretta a paralizzare o a ridurre la pretesa dell'istante, e veda rigettate le sue deduzioni o conclusioni, il contraddittorio si connota di carattere contenzioso e il giudice deve porre le spese stesse; nonché gli eventuali diritti e onorari, a carico dell'amministrazione soccombente o, se ne sussistono le condizioni, dichiararle totalmente o parzialmente compensate"); similmente a quanto accade nei procedimenti per responsabilità civile dei magistrati (art. 4, L. 13 aprile 1988, n. 117), tale assetto sembra riverberarsi in una sorta di artificio contabile, in virtù del quale le somme erogate per gli indennizzi esulano dal bilancio di Via Arenula e tendono a sfuggire ad un efficace monitoraggio economico del sistema processuale penale.

Sotto differente profilo, può osservarsi che l'azione disciplinata dal codice di rito penale comprime non poco il diritto di difesa del danneggiato, non foss'altro che per l'esclusione di finalità compiutamente risarcitorie delle situazioni soggettive lese dalla carcerazione ingiusta (*ex plurimis* Cass., Sez. IV, 2 aprile 2007, n. 28082, M. e altro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 1, 65 ed in *Cass. pen.*, 2008, 9, 3393, ritenendo corretta "la mancata liquidazione delle spese legali soste-



nute in procedimento definito con decreto di archiviazione”, ha ribadito che “la riparazione per l’ingiusta detenzione non presenta carattere risarcitorio, bensì solo restitutorio dei pregiudizi strettamente ed inscindibilmente collegati alla privazione della libertà personale”, mentre – Cass., Sez. IV, 14 ottobre 2005, C.E.D. n. 232824 – analoga sorte seguono le spese “sostenute durante le fasi del giudizio di cognizione conclusosi con l’assoluzione”), prima che per la limitazione della cognizione di merito ad un unico grado, dinanzi al giudice d’appello dello stesso distretto entro il quale si è celebrato il giudizio *a quo*.

La previsione dell’indennizzo solo per le più gravose misure personali, se, pure, disattende la sempre più diffusa esigenza di tutela nelle varie ipotesi di danno da processo, tuttavia, non sembra escludere il ricorso a differenti azioni, esperibili secondo la generale tutela aquiliana o tramite domande speciali, quali il risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie (l. n. 117/1988, cit.) o l’equa riparazione in caso di irragionevole durata del procedimento [cfr. Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 11251, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 6, 1414, secondo cui “in tema di danni provocati dall’attività giudiziaria, non è configurabile alcuna ipotesi risarcitoria in relazione alla c.d. “ingiusta imputazione”, rivelatasi infondata a seguito di sentenza di assoluzione, esulando essa dalle ipotesi normativamente previste dall’ordinamento vigente, che ammette la riparazione del danno, patrimoniale e non, unicamente nei casi di: a) custodia cautelare ingiusta (art. 314 c.p.p.); b) irragionevole durata del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89, c.d. Legge Pinto); c) condanna ingiusta accertata in sede di revisione, c.d. “errore giudiziario” (art. 643 c.p.p.).].

Con la decisione in commento, la Cassazione ha esaminato un caso in cui l’imputato, prima d’essere assolto con formula piena, aveva dovuto subire la custodia cautelare per diciotto giorni ed arresti domiciliari per centodiciassette; la Corte di Appello di Catanzaro aveva condannato il Ministero a corrispondergli un indennizzo pari ad . 18.360,00.

Chiamata a valutare la correttezza del metodo di quantificazione dell’importo riconosciuto in prima istanza (cfr. Cass., Sez. IV, 21 aprile 2009, n. 25901/V., CED 2009, che “ha annullato una sensibile decurtazione dell’indennizzo calcolato sulla base del parametro aritmetico esclusivamente in ragione del fatto che l’istante era rimasto latitante per oltre due anni” e ribadito il pacifico insegnamento, secondo cui “Il controllo sulla congruità della somma liquidata a titolo di riparazione per ingiusta detenzione è sottratto al giudice di legittimità, che può soltanto verificare se il giudice di merito abbia logicamente motivato il suo convincimento ma non sindacare la sufficienza o insufficienza dell’indennità, a meno che, lo stesso giudice non abbia adottato criteri manifestamente arbitrari o immotivati ovvero abbia liquidato in modo simbolico la somma dovuta”, oppure – Cass., Sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 14986, T. e altro, CED 2009, nonché Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2007, n. 14459, M., CED 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 5, 2023 – si sia discostato “in modo così rilevante dai criteri usualmente seguiti”), la S.C. annullava l’ordinanza di riparazione, poiché il giudice di merito, “nell’adottare equitativamente il c.d. parametro aritmetico, si è limitato ad indicazioni del tutto generiche”, non considerando “gravissimi danni dedotti e documentati, derivati a incensurato e titolare di un’impresa individuale”, anche alla di lui reputazione e vita di relazione.

Subito dopo l’esordio, che incondizionatamente afferma “Il ricorso è fondato”, la corte si diffonde in una ricostruzione dei generali caratteri della riparazione, pur usuale nelle decisioni sul tema, che pare emblematica d’un costume teso ad arricchire acriticamente l’argomentazione con riferimenti teorici non sempre sicuri né conferenti.

Se, infatti, il richiamo all’atto lecito dannoso, quale fondamento d’un ristoro che esuli da parametri rigorosamente legati ai caratteri del risarcimento per equivalente, può apparire corretto in relazione alla custodia cautelare che solo all’esito del giudizio di cognizione di merito si riveli ingiusta, e non può,

quindi, definirsi illegittima, altrettanto non sembra potersi affermare, neppure per *obiter*, in ordine alla misura di cui si sia disposto l'annullamento per originaria insussistenza delle condizioni di applicabilità (artt. 273 e 280, c.p.p.), nel corso dei procedimenti cautelari di controllo (cfr. Cass., Sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 8869, F., CED 2008 "Il diritto alla riparazione sorge anche a seguito dell'accertamento nel giudizio di merito della mancanza delle condizioni originarie di applicabilità della misura cautelare a seguito della diversa qualificazione del fatto contestato nell'imputazione come reato punibile con pene edittali inferiori a quelle indicate nell'art. 280, comma primo, cod. proc. pen.").

In tal caso, parrebbe senz'altro illegittima la detenzione (Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2007, n. 10985, C., CED 2007, "ha ritenuto fondato il diritto del richiedente sulla base della sentenza di merito che aveva derubricato il reato originario in un reato dichiarato improcedibile per mancanza di querela" e precisato che "ove la pronunzia di merito, con irrevocabile giudizio *ex post*, affermi l'illegittimità della misura quanto alle condizioni di applicabilità, null'altro è richiesto a fondare il diritto dell'istante all'indennizzo: ove tanto non risulti, per contro, dalla sentenza – in particolare con riferimento ai gravi indizi di colpevolezza – il titolo legittimante la riparazione resta il giudicato cautelare"), mentre l'equiparazione della custodia subita nel caso esaminato dal S.C. a simili ipotesi, ancorché possa derivare dalla tecnica normativa adottata (l'art. 314, comma 1° e 2°, dispone un'equiparazione *quoad affectum* di due ipotesi non omogenee), da un lato, risulta fuorviante e, per altro verso, potrebbe comportare erogazioni non insuscettibili di rilievi, sotto il profilo della irragionevole equiparazione di situazioni non comparabili (cfr. Cass., S.U., 30 ottobre 2008, n. 4187, CED 2008, secondo cui "la liquidazione dell'indennizzo deve tenere conto del fatto che il grado di sofferenza cui è esposto chi, innocente, subisca la detenzione è di norma amplificato rispetto alla condizione di chi, colpevole, sia ristretto

per un periodo eccessivo rispetto alla pena inflitta", in linea con Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2010, che ha confermato la decisione della Corte di Appello di Napoli che per tre giorni di carcere e undici di detenzione domiciliare aveva liquidato un indennizzo in favore di una giovane universitaria incensurata di oltre trentatremila euro, nonché Cass., Sez. IV, 13 maggio 2008, n. 23124, Z. e altro, CED 2008, Cass. pen., 2009, 9, 3539, secondo cui "è legittimo operare una riduzione sulla somma giornaliera computata quale frazione aritmetica di quella massima liquidabile per legge, in ragione del fatto che l'istante abbia subito precedenti condanne, essendo ragionevole ritenere che in tal caso il danno derivante dall'ingiusta detenzione sofferta sia stato minore").

A ben vedere, il diffuso riferimento alle caratteristiche della riparazione, attraverso il ricorso all'equità, rischia di risolversi in un appello al libero convincimento, che tende ad articolarsi fuor di percorsi controllabili, laddove la decisione in commento ha cura di precisare che "la liquidazione dell'indennizzo va disancorata da criteri o parametri rigidi".

Attraverso il richiamo a due risalenti precedenti sui criteri per la determinazione della somma da erogare, la S.C. prosegue ricordando la necessità (atteso il rinvio all'art. 643 c.p.p.) di considerare, insieme alla durata della coercizione, le conseguenze di natura personale e familiare che la detenzione arreca (Cass., S.U., 13 gennaio 1995, n. 1, Castellani), nonché (Cass., S.U., 9 maggio 2001, n. 24287, Caridi) "le modalità di calcolo del parametro matematico al quale riferire, in uno con quello equitativo, la liquidazione dell'indennizzo".

L'annullamento dell'ordinanza del giudice territoriale, necessitato dal di lei ricorso al solo criterio aritmetico, si situa, in vero, nel solco della giurisprudenza oramai consolidata (cfr. Cass., Sez. IV, 2 ottobre 2008, n. 40926, R., CED 2008: "il giudice è vincolato esclusivamente a non superare il tetto massimo normativamente stabilito, ma non è tenuto a ripartire proporzionalmente tale im-

porto tra le tre voci di danno elencate dall'art. 643 cod. proc. pen., né può fissare per le stesse un ulteriore limite individuato nella terza parte di quello massimo", nonché, riasuntivamente, Cass., Sez. IV, 13 maggio 2008, n. 23119, Z., CED 2008, secondo cui "il giudice è vincolato esclusivamente al tetto massimo, ma non anche al parametro aritmetico fondato su tale limite, individuato dalla giurisprudenza per determinare la somma dovuta per ogni giorno di detenzione sofferto. Infatti tale meccanismo offre solo una base di calcolo, che deve essere maggiorata o diminuita con riguardo alle contingenze proprie del caso concreto"; propugna un'abolizione del "limite del vecchio miliardo di lire", il Disegno di legge n. 1411, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 26 febbraio 2009), mentre il richiamo ad una più perspicua valutazione delle emergenze documentali relative ai pregiudizi economico-professionali, a quelli relazionali ed alla reputazione del ricorrente (cfr. Cass., Sez. IV, 18 marzo 2009, n. 22688, L. e altro, CED 2009, "deve tenersi conto di tutte le peculiari sfaccettature di cui il danno non patrimoniale si compone nella sua globalità, avendo in particolare riguardo all'interruzione della attività lavorative e ricreative, dei rapporti affettivi e degli altri rapporti interpersonali, ed al mutamento radicale, peggiorativo e non voluto, delle abitudini di vita"), solo in parte soddisfa il bisogno di parametri uniformi; in vero, la lettura della decisione, mercé anche talune ripetizioni, verosimilmente dovute a materiali errori, non sembra evidenziare confortanti approdi rispetto all'intento di "rendere meno soggettivistica la liquidazione".

L'incremento delle domande, connesso all'estensione delle ipotesi di reato per le quali è prevista la custodia cautelare obbligatoria, in vero, non lascia registrare adeguata elaborazione di criteri dommatici, e, neppure, corrispondente certezza e/o uniformità ermeneutica; l'esperienza concreta tende piuttosto a palesare concezioni affatto insoddisfacenti della riparazione (cfr. Glielmo, *Diritto al silenzio e riparazione per ingiusta detenzione*,

*Diritto penale e processo*, 2009 fasc. 3, 344 ss., nonché Lorusso, *Una condotta consapevolmente incauta porta conseguenze prevedibili dall'imputato*, Guida al Diritto, 2009, fasc. 3, 89 ss.), che, attraversata da timori di rivalsa (cfr. artt. 7 e ss., l. n. 117/1988, 5, l. n. 89/2001), rischia sovente di risolversi in una sorta di *contentino* (prima che per il ricorrente, per il professionista, per lungo tempo anticipatorio di attività ed oneri connessi alla difesa).

Inoltre, non differentemente da quel che accade per ogni debitore, come la p.a. convenuta, anche le corti adite tendono a procrastinare l'adempimento dell'obbligo di solidarietà cui suole riconnettersi la riparazione, mentre si ha spesso la sensazione che le decisioni giudiziarie siano piuttosto ispirate all'intento di limitare l'impatto erariale o disincantare il ricorso all'istituto, quando non da dubbi sulla sostanziale giustizia della pronuncia liberatoria resa nei giudizi *a quibus*.

A fronte di che, adeguato ristoro delle vittime di errori giudiziari non sembra potersi cogliere neppure nella limitata possibilità di una pronuncia esecutiva anticipatoria, quale viene talora riconosciuta dalla giurisprudenza (cfr. Cass., Sez. IV, 18 giugno 2008, n. 30063, CED, 2008 "nel riconoscere il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione, il giudice, atteso il rinvio operato dall'art. 315, comma terzo, cod. proc. pen., alle disposizioni dettate per la riparazione dell'errore giudiziario che la contemplano, può liquidare in favore del richiedente una provvisoria a titolo alimentare, ma esclusivamente qualora accerti che il medesimo versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al suo mantenimento").

In vero, dopo oltre vent'anni di vigenza del codice Vassalli, la disciplina dell'errore giudiziario merita attenta rimeditazione; da più parti è avvertita la necessità di un trattamento più equo ed uniforme delle vittime, oltre che di un coordinamento con le altre ipotesi di danno da processo (cfr. Bonaccorsi, *Tipicità dell'illecito giudiziario?*, La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2008, fasc. 7-8, 1, 834 ss.).

D'altro canto, sempre più pressante è l'esigenza di innovare l'attuale assetto normativo introducendo soluzioni suscettibili di escludere in radice non solo il rischio, ma persino l'astratta possibilità che su materie di simile delicatezza – in cui i diritti del cittadino risultano già aver subito una violazione – possa maturare il sospetto di decisioni influenzate dall'esclusiva appartenenza dei decisori al medesimo ordine al quale appartengono i soggetti alla cui condotta, quantomeno in termini oggettivi, deve farsi risalire la genesi della lesione dei diritti del cittadino (cfr. relazione alla Proposta di legge n. 1602, presentata alla Camera dei deputati il 4 agosto 2008).

È, dunque, auspicabile che una riforma del

processo penale, capace di affrancare dai guasti della mala-giustizia, possa comprendere un'organica disciplina degli strumenti di tutela della vittima, che ne garantisca l'effettività; in tale chiave, occorrerebbe anche riconsiderare la praticabilità di meccanismi preventivi di conciliazione, che attraverso un'offerta di indennizzo da parte della P.A. al cittadino danneggiato, tendano a limitare ad ipotesi residuali il contenzioso giudiziario, adeguatamente sanzionandone gli abusi.

Mai, forse, come in tale ambito, i propositi riformatori che animano la XVI legislatura, ben possono coniugarsi col vecchio adagio secondo cui “il tempo è galantuomo”: con fiducia, il legislatore è atteso alla prova dei fatti.

## OPINIONI

### Quale verità nel processo mediatico?

di *Tiziano Tedeschi*

Da troppo tempo, ormai, i processi definiti “mediatici” invadono, attraverso i mezzi di comunicazione più disparati, gli spazi dedicati all’informazione. Ogni giorno, per 365 volte in un anno, le nostre menti vengono bombardate ed ottenebrate da messaggi subliminali che non hanno nulla a che fare col dato oggettivo e non danno contributo alcuno alla ricerca della verità.

Quale è il limite tra il diritto di cronaca e la notizia lanciata, spesso ad arte, in pasto a chi ne fruisce? Il tema è ben più ampio di quanto appaia ad una prima lettura.

La spettacolarizzazione di alcuni fatti di cronaca non produce effetti positivi se non l’innalzamento dell’audience di alcuni programmi televisivi o l’aumento delle tirature di certe testate giornalistiche.

Ora l’intercettazione, ora l’atto processuale, ora l’esame scientifico, i cui risultati sono appresi con largo anticipo rispetto al deposito o alla pubblicazione degli stessi, tutto viene spiattellato con dovizia di particolari e commentato con interpretazione ammiccante per chi legge. Tutto fa notizia. Cogne, Garlasco, Gravina, Perugia, nomi evocativi, noti a tutti gli italiani che in casa, a lavoro e nei luoghi più impensati intavolano accese discussioni scientifiche e tecnico-giuridiche, con annesso finale di sentenza di colpevolezza o di assoluzione.

Tutto ciò avvicina i cittadini alla giustizia, li rende partecipi o crea soltanto confusione? L’Italia e la Puglia in particolare ha seguito con trepidazione le sorti dei due fratellini di Gravina e la contrapposizione “in diretta tv” tra una madre incapace del suo ruolo genitoriale e un presunto padre padrone. Il tutto sfociato in una ordinanza di custodia cautelare a danno dello stesso padre. Sarebbe interessante leggerla per comprenderne i con-

tenuti, considerato il drammatico epilogo della vicenda, che ha visto trionfare la verità solo ed esclusivamente per un evento meramente casuale!

A Gravina per i fratelli Ciccio e Tore si è mai cercato il dato oggettivo oppure si è andati solo alla ricerca di un capro espiatorio? La verità spesso è cruda ed è dinanzi agli occhi di tutti ma nessuno la vuole vedere per non sentirsi responsabile e per lavarsi la coscienza per non aver nutrito il dubbio.

Il vortice provocato dal processo mediatico snaturalizza tutte le parti del processo. Tutti coloro che ci “hanno messo la faccia”, una volta esposti, magistrati compresi, non intendono più ritirare la propria tesi, la propria versione, anche a costo di nascondere ai loro stessi occhi ed alla loro coscienza la verità. Tutto diventa lecito pur di evitare un umano, etico e sempre nobile: “ho sbagliato”. Neanche dinanzi all’evidenza si arretra dalla propria posizione, a dispregio della verità e del diritto.

Il cittadino, dal canto suo, viene ammalato da un sordido e freudiano voyerismo che lo allontana dalla giustizia intesa nell’accezione più nobile del termine. E pensare quanto ci è costata la realizzazione di uno stato di diritto!

Dobbiamo tutti interrogarci per ritrovare il senso delle cose. Tutto ciò avvicina i cittadini al mondo del diritto?

Solo in Italia, purtroppo, si assiste allo sciaccaggio mediatico, in altre nazioni non è consentito, per effetto di regole diverse e sicuramente più garantiste, rigorose e rispettose di tutte le parti coinvolte nelle vicende di cronaca.

In verità anche la nostra costituzione garantirebbe una maggior tutela dell’immagine del cittadino, ma tutto viene mortificato da altre

logiche aberranti che stanno producendo danni irreparabili. Basti pensare a tutta la *querelle* sulla legittimità delle intercettazioni telefoniche, sull'utilizzo e la divulgazione anomala delle stesse.

La procura di Bari è giornalmente sotto i riflettori del circo mediatico nazionale rispetto alle numerose inchieste giudiziarie che riguardano personaggi politici e faccendieri, il tutto corroborato dalle intercettazioni dei soggetti implicati, divulgate costantemente dalla stampa, il cui fenomeno non è più controllabile. Nulla può fermare il fiume in piena di presunti scoop che stanno a metà tra la divulgazione prematura di atti giudiziari e l'inchiesta giornalistica. Bastino le numerosissime rivelazioni rispetto ai processi a carico dell'ormai noto Tarantini.

Il gravissimo guasto consiste nel provocare, a carico del malcapitato, una sentenza passata in giudicato, sotto l'aspetto dell'immagine, ancor prima che il processo sia celebrato nei luoghi deputati, in barba al dettame costituzionale.

Stessa sorte per il processo di Perugia. Per l'omicidio Kercher la miscela indotta e cavalcata dai media è stata micidiale ed esplosiva: sesso, droga e rock and roll, si sarebbe detto negli anni settanta.

Cosa non è stato scritto. Non vi è argomento non utilizzato, pur di tentare di dimostrare l'indimostrabile. Si è giunti persino alle ispirazioni fumettistiche e ai riti satanici; e, ancora, dati scientifici errati; testimonianze a dir poco discutibili, rivelatesi false; perizie della procura dal risultato sconfessato per poi giungere comunque ad una condanna fondata sul nulla. Processo indiziario basato sulle ipotesi, ma che si è concluso in primo

grado con un copione già scritto per soddisfare l'ingordigia dei giustizialisti, con l'accondiscendenza di certa stampa attenta alle esigenze del marketing.

E meno male che vi è la scienza ad aiutare gli inquirenti!

Povero Socrate, il suo sacrificio non è servito a nulla, il suo tentativo, di relegare i mediocri in un alveo di autocelebrazione o di auto-commiserazione, in questa epoca non è riuscito. La loro sordida pruderie purtroppo viene assecondata e alimentata.

Non esiste la cultura del dubbio. Il dubbio dovrebbe, infatti, illuminare chiunque si approcci per capire, valutare e giudicare un'azione umana. Le leggi non sono scienza matematica, ma regole scritte dagli uomini e per gli uomini, e non possono né debbono prescindere da una valutazione dell'essere umano inteso come unico e differente da tutti gli altri. L'impostazione culturale di chi indaga deve essere composta, equidistante e non deve servire alla logica di chi si affretta a indire una conferenza stampa per pavoneggiarsi affermando: "il caso è chiuso". Così come, a distanza di pochi giorni dall'omicidio di Perugia, gli inquirenti e la procura comunicavano ai giornalisti.

La certezza, nel momento della ricerca della verità, è degli imbecilli! "Oltre ogni ragionevole dubbio" non trova asilo nel processo mediatico dove, invece, ogni congettura diventa realtà.

Da questo distorto meccanismo escono tutti sconfitti: i soggetti implicati, gli inquirenti, i giudici, chi si aspetta giustizia ed i cittadini tutti, ma principalmente la verità, unico dato che si perderà per sempre nell'oblio delle notizie.