

SOMMARIO / CONTENTS

Editoriale / Editorial

Crisi della giustizia penale e contributo del giurista (<i>Luigi Kalb</i>) <i>The crisis of criminal justice and the contribution of jurists</i> _____	1
---	---

Scenari / Overviews

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> (<i>Gastone Andreazza</i>) _____	11
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (<i>Elena Zanetti</i>) _____	14
<i>De jure condendo</i> (<i>Orietta Bruno</i>) _____	18
Corti europee / <i>European Courts</i> (<i>Daiana Bedeschi</i>) _____	24
Corte costituzionale (<i>Alessia Ester Ricci</i>) _____	31
Sezioni Unite (<i>Antonio Pagliano</i>) _____	34

Avanguardie in Giurisprudenza / *Cutting Edge Case Law*

Rigidi e chiari i criteri per ammettere la lettura di dichiarazioni rese dal testimone residente all'estero Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 luglio 2011, n. 27918 - Pres. Fazzioli; Rel. Franco. _____	39
Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova (<i>Cristiana Valentini</i>) <i>The United Sections and living abroad witness: a precious time to define the borders of the contradictory in the obtaining of evidence</i> _____	58
“Vie brevi” per le notifiche all'imputato effettuate presso il difensore Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 19 luglio 2011, n. 28451 - Pres. Lupo; Rel. Lombardi _____	67
Il ricorso ai mezzi tecnici per le notifiche all'imputato per il tramite del difensore (<i>Gastone Andreazza</i>) <i>The use of technical means for notifications to the accused through lawyer</i> _____	73
Il querelato che, avvertito, non compare non respinge per facta conclusio- dientia la remissione di querela Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 13 luglio 2011, n. 27610 - Pres. E. Lupo; Rel. F. Pagano _____	81

La contumacia dell'imputato è idonea ad integrare l'accettazione tacita della remissione di querela? (*Marilena Colamussi*)

Is the "in absentia" status of the accused sufficient to assimilate a silent acceptance of the remission of the legal action? _____ 85

Più rigore nell'applicazione dell'art. 512 c.p.p.

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 15 giugno 2011, n. 24039 -

Pres. De Roberto, est. Citterio _____ 92

Teste d'accusa non reperibile, letture e diritto al confronto (*Francesco Trapella*)

Unavailability of the prosecution's witness, readings and right of confrontation _____ 97

Il magistrato di sorveglianza condanna l'amministrazione a risarcire i danni al detenuto

Magistrato di sorveglianza Lecce – ordinanza 9 giugno 2011 (est. Tarantino) _____ 105

Lesione dei diritti dei detenuti e poteri del magistrato di sorveglianza

(*Rosa Maria Geraci*)

Prisoners' rights injury and Surveillance Judge powers _____ 138

Dibattiti tra norme e prassi / *Debates: Law and Praxis*

I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata (*Filippo Raffaele Dinacci*)

Safeguards to time limits for filing complaints. A missed opportunity for case-law formation _____ 153

Analisi e prospettive / *Analysis and Prospects*

Prova scientifica e sapere extragiuridico (*Emanuele Di Salvo*)

Scientific evidence and extralegal knowledge _____ 167

Indici / Index

Autori / *Authors* _____ 181

Provvedimenti / *Measures* _____ 182

Materie / *Topics* _____ 183

“Vie brevi” per le notifiche all’imputato effettuate presso il difensore

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 19 luglio 2011, n. 28451 - Pres. Lupo; Rel. Lombardi

La notificazione di un atto all'imputato o ad altra parte privata, in ogni caso in cui possa o debba effettuarsi mediante consegna al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma 2 bis, c. p. p.

[omissis]

3. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite concerne la legittimità delle notificazioni a mezzo telefax eseguite presso il difensore, quale domiciliatario *ex lege* dell'imputato, nella impossibilità di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto, ovvero, per quanto si preciserà in seguito, quale domiciliatario nominato dallo stesso imputato.

Come già osservato, nell'ordinanza di rimessione si dà atto che l'esistenza di due contrapposti indirizzi interpretativi sulla questione corrisponde, in effetti, a casistiche diverse.

Le sentenze che hanno escluso la legittimità della notificazione a mezzo telefax, diretta alla parte, ma eseguita presso il difensore, si riferiscono a casi nei quali il difensore era stato nominato domiciliatario dall'imputato o indagato (Sez. II, n. 2827 del 10/12/2008, dep. 21/01/2009, omissis, Rv. 242654; Sez. II, n. 5648 del 11/02/2007, omissis, Rv. 235818; Sez. III, n. 16610 del 05/04/2005, omissis, Rv. 232494, tutte rese nell'ambito di procedure di riesame).

L'indirizzo interpretativo citato ha fatto perno, in particolare, sulla previsione dell'art. 150 cod. proc. pen., osservando che l'uso di sistemi alternativi a quello ordinariamente previsto per le notifiche è consentito dalla disposizione citata solo nell'ipotesi in cui la notificazione sia destinata a «persona diversa dall'imputato».

Le sentenze che hanno concluso per la legittimità di tale modalità di notificazione si riferiscono, invece, tutte a casi nei quali la notificazione è stata eseguita ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., per la rilevata impossibilità di eseguire la notificazione nel domicilio determinato a norma del comma 2 ovvero di mancanza, insufficienza o inidoneità della dichiarazione nei casi previsti dai commi 1 e 3. (Sez. III, n. 46703 del 03/11/2009, dep. 03/12/2009, omissis, Rv. 245406; Sez. I, n. 40324 del 24/09/2008, dep. 29/10/2008, omissis, Rv. 241704; Sez. V, n. 20586 del 12/04/2007, dep. 25/05/2007, omissis, Rv. 236614).

Alle ipotesi prese in considerazione dal secondo indirizzo interpretativo possono ovviamente essere equiparate quelle della irreperibilità dell'imputato (art. 159, comma 1, cod. proc. pen.), della sua dichiarazione di latitanza (art. 165, comma 1, cod. proc. pen.) ovvero della ipotesi di

imputato residente, dimorante o detenuto all'estero, che non abbia ottemperato all'invito a dichiarare o eleggere domicilio nello Stato (art. 169, comma 1, cod. proc. pen.).

Nella ipotesi in cui la notifica a mezzo telefax è stata ritenuta legittima - e cioè quella di cui all'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. - si è fatto riferimento alle modalità di notificazione stabilite nei confronti dei difensori dall'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen., e si è sostenuto che, nel caso di impossibilità di notificazione all'imputato ovvero al suo domiciliatario, il difensore venga in rilievo non come soggetto fisico, designato per la mera ricezione materiale della notificazione, ma in ragione del suo specifico ruolo funzionale nel procedimento.

E' opportuno, quindi, procedere, per un corretto ed esaustivo inquadramento normativo della questione, all'interpretazione dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen., individuando il rapporto di tale norma con quella di cui all'art. 150 cod. proc. pen.

Il comma 2-bis, è stato inserito nell'art. 148 del codice di rito dall'art. 9, comma 1, lett. b), della legge 15 dicembre 2001 n. 438, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 ottobre 2001 n. 374.

La norma prevista dal decreto-legge citato, recante «Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale», costituiva espressione del manifestato intento di "recuperare" gli organi di polizia all'attività operativa di indagine, limitato dalla possibilità, prevista dal codice di rito sin dalla sua nascita, che le notifiche nei casi di procedimenti con imputati detenuti venissero eseguite a mezzo della polizia giudiziaria.

Dopo alterne vicende in sede di conversione del decreto-legge, legate alla valutazione della omogeneità della norma con la materia disciplinata dalla legislazione di urgenza, la stessa è stata definitivamente inserita nella legge di conversione al dichiarato scopo di «rendere più semplice un procedimento che, a seguito, dell'art. 9 del decreto-legge, vedeva perdere uno dei soggetti ai quali la legge affida il compito di notificare gli atti giudiziari» (v. Commissione Giustizia della Camera in sede referente, seduta dell'11 dicembre 2001, relazione orale dell'on. Pecorella, Resoconto, p. 29).

A ben vedere, la norma costituisce la fisiologica evoluzione, in relazione alle modificazioni e diffusione dei mezzi tecnici di trasmissione degli atti intervenute nel corso del tempo, di quanto già previsto dall'art. 150 cod. proc. pen. fin dalla data di entrata in vigore del codice di rito, in attuazione di quanto previsto dalla direttiva di cui all'art. 2, comma 1, n. 9, della legge-delega n. 81 del 1987, che prevedeva la «semplificazione del sistema delle notificazioni, con possibilità di adottare anche nuovi mezzi di comunicazione».

La natura innovativa di quanto previsto dall'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen. emerge evidente dal raffronto tra le due norme, che induce altresì ad escludere che si tratti, come affermato in varie sedi, di una mera duplicazione di disposizioni in materia di notificazioni già previste dal codice di rito fin dall'origine.

Una prima differenza tra le due norme, di particolare rilevanza, è data dalla previsione contenuta nell'art. 150, comma 1, cod. proc. pen. che le forme diverse di notificazione siano consigliate da «circostanze particolari».

Nulla dispone invece in proposito il comma 2-bis dell'art. 148 codice di rito.

Ai sensi dell'art. 150, inoltre, l'impiego, per la notificazione, «di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto» deve essere stabilita dal giudice con decreto motivato, che indichi (comma 2) «le modalità necessarie per portare l'atto a conoscenza del destinatario».

Il comma 2-bis dell'art. 148 cod. proc. pen. rimette, invece, alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, comprendendo quindi anche il pubblico ministero, il disporre che le notificazioni o

(anche) gli avvisi «siano eseguiti con mezzi tecnici idonei», senza che sia necessario emettere un provvedimento che lo giustifichi (Sez. I, n. 34028 del 14/09/2010, dep. 21/9/2010, omissis, Rv. 248184; Sez. II, n. 8031 del 09/02/2010, dep. 01/03/2010, omissis, Rv. 246450).

Tale ultima differenza è stata evidenziata anche dalla dottrina, la quale, peraltro, non risulta essersi occupata specificamente della questione giuridica in esame.

Le modalità diverse di notificazione o comunicazione degli avvisi stabilite dall'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen. sono utilizzabili esclusivamente per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori, mentre le notificazioni previste dall'art. 150 cod. proc. pen. possono essere disposte nei confronti di qualunque persona diversa dall'imputato.

E' stato evidenziato in base al raffronto tra le due norme il carattere di specialità della previsione contenuta nell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen. rispetto a quella dell'art. 150 stesso codice (Sez. IV, n. 41051 del 02/12/2008, dep. 03/11/2008, omissis).

A ben vedere, però, la specialità della previsione contenuta nel comma 2-bis deve essere piuttosto riferita alla disciplina generale in materia di organi e forme delle notificazioni dettata dall'art. 148 cod. proc. pen., mentre, a sua volta, l'art. 150 stesso codice costituisce una norma speciale rispetto alla disciplina delle forme e mezzi ordinari di notificazione di cui allo stesso art. 148.

Pertanto, la prima delle disposizioni citate risulta esclusivamente applicabile per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori e prescinde dalle prescrizioni formali dettate dal legislatore del 1988 per rendere certa la ricezione dell'atto da parte del suo destinatario, evidentemente in considerazione delle qualità professionali del difensore, nonché presumibilmente della maggiore affidabilità dei mezzi tecnici di trasmissione degli atti intervenuta nel frattempo.

La norma, peraltro, ripete sostanzialmente il contenuto di quanto già previsto dall'art. 54, comma 2, disp. att. cod. proc. pen. per la trasmissione all'ufficiale giudiziario degli atti da notificare.

Sicché deve essere ravvisato un parallelo, di non secondaria importanza, tra l'omogeneità della disciplina prevista per la trasmissione degli atti tra organi dell'amministrazione giudiziaria e tra questi ultimi e la categoria professionale degli avvocati.

Come già rilevato il contenuto normativo del comma 2-bis inoltre è stato inserito nell'art. 148 cod. proc. pen., che disciplina gli «organi e le forme delle notificazioni» con disposizione di carattere generale.

Si può, quindi, inferire da tale rilievo di natura sistematica e dal dato letterale che il legislatore ha previsto l'uso di mezzi tecnici idonei per le notificazioni o gli avvisi ai difensori quale sistema ordinario, generalizzato, alternativo all'impiego dell'ufficiale giudiziario o di chi ne esercita le funzioni (comma 1), purché sia assicurata l'idoneità del mezzo tecnico (Sez. II, n. 8031 del 09/02/2010, dep. 01/03/2010, omissis).

La mancata individuazione, in sede normativa, dei mezzi tecnici idonei ad assicurare la effettiva conoscenza dell'atto (cosiddetta norma aperta) è evidentemente legata all'esigenza di non rendere necessario il continuo aggiornamento legislativo degli strumenti utilizzabili, né in qualche modo obbligatorio il loro utilizzo, tenuto conto della evoluzione scientifica e dell'effettivo grado di diffusione di nuovi mezzi tecnici di trasmissione.

D'altra parte la individuazione della categoria dei difensori quali "naturali" possibili destinatari o consegnatari delle notificazioni o avvisi con l'uso di mezzi tecnici idonei è evidentemente legata all'esigenza di tale categoria professionale di farne uso, come avviene generalmente con il telefax, per lo svolgimento della propria attività.

Peraltro, va ribadito che nessun obbligo è imposto dalla legge circa la utilizzazione di particolari mezzi tecnici, quali il telefax, essendone possibile l'impiego solo allorché il destinatario della notificazione ai sensi dell'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. abbia comunicato all'autorità giudiziaria il proprio numero di telefax o lo abbia comunque reso di pubblico dominio.

A proposito del telefax, di cui nel caso in esame ci si occupa, va ancora osservato che si tratta di uno strumento tecnico che dà assicurazioni in ordine alla ricezione dell'atto da parte del destinatario, attestata dallo stesso apparecchio di trasmissione mediante il cosiddetto «OK» o altro simbolo equivalente (v. Sez. II, n. 24798 del 03/06/2010, dep. 01/07/2010, omissis, Rv. 247727, secondo la quale per il perfezionamento della notificazione non è richiesta la conferma da parte del destinatario dell'avvenuta ricezione, essendo all'uopo sufficiente il rapporto di positiva trasmissione).

La ricezione inoltre avviene su supporto cartaceo di immediata percezione.

4. Dalla interpretazione dell'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., quale disposizione di carattere generale in ordine alle modalità di notificazione degli atti o degli avvisi che devono essere ricevuti dai difensori, e dalla individuazione dei rapporti di tale norma con l'art. 150 stesso codice, come meglio si preciserà in seguito, deriva necessariamente che anche le notificazioni effettuate nei confronti del difensore, nella qualità di domiciliatario, a qualsiasi titolo, dell'imputato o indagato, possono essere eseguite ai sensi della disposizione citata.

Tale interpretazione trova un riscontro, difficilmente sormontabile, nell'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. aggiunto dall'art. 2, comma 1, d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, recante «Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna», convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005 n. 60.

L'articolo citato, nel prevedere che le notificazioni all'imputato non detenuto, successive alla prima, sono eseguite, in caso di nomina di difensore di fiducia, mediante consegna ai difensori, stabilisce che per «le modalità della notificazione si applicano anche le disposizioni previste dall'art. 148, comma 2-*bis*».

Orbene, il riferimento all'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. non può essere inteso come espressione della volontà del legislatore di escludere la possibilità di effettuare la notificazione con mezzi tecnici idonei, eseguita presso il difensore ma diretta all'assistito, in ogni altro caso diverso da quello previsto dal comma 8-*bis* dell'art. 157, ma piuttosto nel senso di chiarire che tale modalità di notificazione è generalmente impiegabile per le notifiche successive alla prima di cui sia destinatario l'imputato e consegnatario il difensore.

Tale appare chiaramente l'intento dell'emendamento al testo dell'art. 157 cod. proc. pen. in sede di conversione del decreto-legge n. 17 del 2005 (v. Commissione Giustizia della Camera in sede referente, seduta del 2 marzo 2005, intervento dell'on. Kessler, Resoconto stenografico, p. 29, e seduta dell'8 marzo 2005, intervento del relatore on. Ghedini, Resoconto stenografico, p. 23).

Non è privo di rilievo osservare che la disposizione introdotta dall'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. è stata già sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, sia pure non con specifico riferimento alle modalità di notificazione degli atti, e la Corte costituzionale ha affermato la infondatezza della questione, in relazione agli art. 111, terzo comma, e 24 della Costituzione, con sentenza n. 136 del 5 maggio 2008.

In particolare la pronuncia ha evidenziato che la norma «si ispira all'esigenza di bilanciare il diritto di difesa degli imputati e la speditezza del processo, semplificando le modalità delle notifiche e contrastando eventuali comportamenti dilatori e ostruzionistici».

La Corte costituzionale ha altresì rilevato che il rapporto fiduciario, che lega l'imputato al suo difensore implica «l'insorgere di un rapporto di continua e doverosa informazione da parte di quest'ultimo nei confronti del suo cliente, che riguarda ovviamente, in primo luogo, la comunicazione degli atti».

5. Anche la citata pronuncia della Corte costituzionale, come in precedenza la giurisprudenza di legittimità, sia pure con specifico riferimento all'onere del difensore di assicurare la funzionalità degli apparecchi di cui è dotato il proprio studio professionale (Sez. U., n. 39414 del 30/10/2002, dep. 22/11/2002, omissis, Rv. 222553; Sez. VI, n. 34860 del 19/09/2002, dep. 17/10/2002, omissis, Rv. 222578), ha posto in rilievo l'onere di diligenza a carico del difensore che sia consegnatario delle notificazioni.

Tale dovere di informazione da parte del difensore nei confronti del proprio assistito, sia pure riferito in generale alla illustrazione dei diritti e facoltà dell'imputato e degli atti che lo riguardano, era stato già affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con sentenza in data 18 ottobre 2006 nel procedimento *Hermi contro Italia* (§§ 92-97) e ribadito nella successiva sentenza in data 28 febbraio 2008 nel procedimento *Dembukov contro Bulgaria* (§§ 50-57).

Peraltro, come implicitamente affermato dalla citata pronuncia della Corte costituzionale, l'ordinamento giuridico non può farsi carico dell'eventuale disinteresse dell'imputato per il processo, allorché questi sia stato adeguatamente avvisato, cosa che avviene mediante la prima notificazione eseguita ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen. ovvero è dimostrata dalla intervenuta nomina di un difensore di fiducia.

Sicché, tenuto conto delle qualità professionali del difensore e degli obblighi derivanti dal mandato fiduciario ricevuto ovvero per disposizione di legge, nel caso di nomina di ufficio per l'imputato che ne sia sprovvisto, non sussistono ragioni per valutare diversamente la sua idoneità a rendere adeguatamente edotto l'imputato della natura giuridica dell'atto di cui sia destinatario, a seconda che egli sia consegnatario dello stesso ai sensi dell'art. 157, comma 8-bis, cod. proc. pen. ovvero quale domiciliatario nominato ai sensi dell'art. 161 stesso codice, indipendentemente dalle modalità con cui l'atto è stato notificato al consegnatario.

La prima disposizione citata attribuisce, in ogni caso, al difensore la facoltà di comunicare immediatamente all'autorità giudiziaria che non intende accettare le notificazioni per conto del suo assistito ed all'imputato di porre nel nulla gli effetti della norma, provvedendo alla dichiarazione o elezione di domicilio (Sez. U., n. 19602 del 27/03/2008, dep. 15/5/2008, omissis, Rv. 239396, che ha dichiarato la nullità, in tal caso, della notifica eseguita ai sensi dell'art. 157, comma 8-bis, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia).

Non risulterebbe, pertanto, comprensibile, in ipotesi di una diversa interpretazione, la *ratio* del sistema processuale in materia di notificazioni che consenta la notifica dell'atto di cui sia destinatario l'imputato presso il difensore, non domiciliatario ed al di fuori delle ipotesi di irreperibilità, latitanza o della inidoneità di altra elezione di domicilio, mediante l'uso di mezzi tecnici idonei, ai sensi dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen., mentre non lo consenta allorché l'imputato abbia anche eletto domicilio presso il difensore.

Ovviamente ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alle notificazioni da eseguirsi presso i difensori, ai sensi dell'art. 154, comma 4, cod. proc. pen., nei confronti delle altre parti del processo.

6. Quanto fin qui argomentato rende evidente che non esiste antinomia tra la previsione contenuta nell'art. 150 cod. proc. pen., che esclude l'utilizzabilità di mezzi tecnici per le notificazioni di cui sia destinatario l'imputato, ed il sistema normativo così delineato

in materia di notificazioni di cui sia destinatario l'imputato e consegnatario il suo difensore.

Dalla lettura sistematica delle norme che disciplinano la materia, stante il già rilevato carattere generale delle previsioni in materia di organi e forme della notificazione contenuta nell'art. 148 cod. proc. pen., la disposizione dell'art. 150, per il suo carattere di specialità rispetto alle forme ordinarie di notificazione, tra le quali rientrano quelle eseguite nei confronti dei difensori con l'uso di mezzi tecnici idonei, deve essere riferita ad ogni altra ipotesi in cui la notificazione debba essere eseguita direttamente nei confronti dell'imputato o di un domiciliatario diverso dal difensore, non dotato delle conoscenze professionali che sono proprie di quest'ultimo.

7. Alla stregua delle considerazioni svolte, va enunciato il seguente principio: *«La notificazione di un atto di cui sia destinatario l'imputato o altra parte privata, in ogni caso in cui esso possa o debba essere consegnato al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen.»*.

[omissis]

GASTONE ANDREAZZA

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario presso la Corte di cassazione

Il ricorso ai mezzi tecnici per le notifiche all'imputato per il tramite del difensore

The use of technical means for notifications to the accused through lawyer

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Giuseppe Di Chiara)

La pronuncia delle Sezioni Unite, risolvendo in senso affermativo la possibilità, in precedenza contrastata, di utilizzare, per le notificazioni da eseguirsi mediante consegna al difensore “per conto” dell'imputato i mezzi tecnici quale, nella specie, il telefax, merita, al di là del percorso argomentativo utilizzato, non del tutto immune da incongruenze, sicura condivisione attesa la ormai indilazionabile necessità di “aggiornare” ai moderni ritrovati un sistema di comunicazioni processuali diversamente non più compatibile con le esigenze di efficienza oggi imposte anche a livello costituzionale dall'art. 111.

The sentence of the “Sezioni Unite”, solving the possibility, previously opposed, to use for the notifications to be performed by delivery to the defense “on behalf” of the accused, the technical means such as, for example, the fax, is certainly acceptable, to regardless of the arguments used, not entirely free from inconsistencies; in fact, the need to upgrade the procedural communication system, no longer compatible with the needs of efficiency even at constitutional level, is ever more urgent.

Il contrasto

Con la sentenza del 28 aprile 2011, n. 28451, le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto interpretativo formatosi sul punto, hanno affermato la legittima utilizzazione di mezzi tecnici idonei, ed in particolare del telefax, ai fini della notificazione di atti al difensore non nella sua veste propria, ma “per conto”

dell'imputato. La questione era sorta giacché, da un lato, l'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p., prevede che «l'autorità giudiziaria può disporre che le notificazioni o gli avvisi ai difensori siano eseguiti con mezzi tecnici idonei», trattandosi, dunque, di comprendere se detti difensori debbano essere considerati destinatari di tale particolare modalità di notifica in senso solo formale (con inclusione, dunque, dei casi

in cui il difensore, in realtà, come si vedrà oltre, “incarna” in sé, per motivi vari, l'imputato cui l'atto è indirizzato) o anche, necessariamente, sostanziale (presupponendo dunque tale previsione una necessaria coincidenza, nella persona del difensore, di consegnatario nonché di destinatario dell'atto) e, giacché, dall'altro, l'art. 150 c.p.p., presente nel codice fin dalla sua originaria compilazione (e, dunque, anteriormente, alla introduzione dell'art. 148 comma 2 *bis*), e significativamente intitolato «forme particolari di notificazioni disposte dal codice», limita espressamente l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto a «persona diversa dall'imputato». La questione, portata all'attenzione della Corte in un procedimento nel quale era stata eccepita, nel giudizio di legittimità, la violazione di legge segnatamente concretatasi, unitamente ad altro motivo, nell'inosservanza dell'art. 150 c.p.p. (appunto perché, secondo il ricorrente, la notifica della fissazione dell'udienza di riesame nei confronti dell'indagato era stata eseguita a mezzo telefax nonostante tale modalità dovesse ritenersi consentita solo per le notificazioni di atti dei quali il difensore fosse direttamente destinatario), è stata risolta dalle Sezioni Unite con un percorso (per la verità, come si dirà oltre, non del tutto lineare) che ha “deviato” la traiettoria innescata dal ricorso (come detto imperniato sulla violazione dell'art. 150) sull'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p., quale norma ritenuta dalla Corte idonea ad offrire legittima copertura alle notifiche di atti formalmente effettuate sì in capo al difensore ma “per conto dell'imputato”. Prima tuttavia di analizzare il ragionamento dei supremi giudici è necessario, stante l'apparente sovrapposizione di norme dedicate, al di là della diversa rubrica, allo stesso incumbente processuale, delineare sinteticamente le caratteristiche delle due disposizioni.

Gli artt. 148 comma 2 *bis* e 150 c.p.p.

La norma dell'art. 148, comma 2-*bis*, c.p.p. è stata inserita, nel corpo dell'art. 148, dall'art.

9, comma 1 lett. b), della l. 15 dicembre 2001, n. 438, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374. Il decreto legge in oggetto, recante “disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale”, aveva, infatti, nel suo originario art. 9, e nel manifestato intento di “recuperare” gli organi polizia all'attività operativa di indagine loro naturalmente propria, limitato la possibilità, prevista dal codice di rito sin dalla sua nascita, che le notifiche degli atti venissero eseguite a mezzo di polizia giudiziaria, consentendo una tale facoltà unicamente nei casi di procedimenti con imputati detenuti. E tuttavia, a fronte del rischio che la riduzione del personale in tal modo utilizzabile potesse rallentare le procedure di notificazione a scapito di un ordinato e celere andamento del processo, si era introdotta, in sede di conversione del decreto legge innanzi alla Camera, con una ulteriore disposizione, la possibilità di ricorrere appunto, per i casi notificazioni o avvisi ai difensori, a “mezzi idonei”; tale disposizione, poi soppressa in sede di passaggio innanzi al Senato in quanto ritenuta “estranea” alla materia oggetto del provvedimento, e ripristinata nuovamente dalla Camera, era definitivamente sfociata nella rammentata modifica dell'art. 148 c.p.p. e, in particolare, nell'inserimento del comma secondo *bis* che, tuttora, così recita: «L'autorità giudiziaria può disporre che le notificazioni o gli avvisi ai difensori siano eseguiti con mezzi tecnici idonei. L'ufficio che invia l'atto attesta in calce ad esso di avere trasmesso il testo originale»¹.

¹ Vedi, testualmente, in ordine alle ragioni che ebbero a presiedere alla integrazione dell'art.148, alla seduta dell'assemblea della Camera n.64 del 19 novembre 2001, la relazione sul punto dell'On. Pecorella: « (...) Per bilanciare la riduzione del personale di cui l'autorità giudiziaria poteva servirsi ai fini delle notifiche, si è provveduto, infine, a che le notifiche ai difensori siano effettuate con idonei mezzi tecnici (...)», nonché, alla seduta di Commissione Giustizia della Camera dell'11 dicembre 2001, successivamente alla intervenuta soppressione della norma da parte del Senato, l'illustrazione delle ragioni del provvedimento sempre a cura dello

A tale norma, peraltro, come già anticipato sopra, preesisteva, sin dall'entrata in vigore del codice, e in discendenza dalla previsione dell'art. 2 n. 9 della legge delega², la disposizione dell'art. 150 c. p. p., intitolato "Forme particolari di notificazioni disposte dal giudice", secondo cui, al primo comma, «quando lo consigliano circostanze particolari, il giudice può prescrivere, anche di ufficio, con decreto motivato in calce all'atto, che la notificazione a persona diversa dall'imputato sia eseguita mediante l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto» e, al secondo comma, «nel decreto sono indicate le modalità necessarie per portare l'atto a conoscenza del destinatario»³.

E' fin troppo ovvio, dunque, domandarsi quali siano le caratteristiche di similitudine o di differenziazione tra le due norme e quali siano i rapporti di interferenza, posto che entrambe, in sostanza, prevedono, sia pure con lievi differenze lessicali, la possibilità (entrambe infatti utilizzano il verbo "potere") dell'impiego di mezzi tecnici finalizzati a notificare gli atti e, nel caso dell'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p. gli avvisi⁴; d'altra parte, mentre in particolare l'art. 148, comma 2 *bis*, prevede l'impiego di "mezzi idonei" (idonei, cioè, appunto, al fine di eseguire le notificazioni), l'art. 150, comma 1, prevede l'impiego di «mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto»,

stesso relatore: «(...) le modifiche della Camera erano dirette a rendere più semplice un procedimento che, a seguito dell'art. 9 del decreto legge, vedeva perdere uno dei soggetti ai quali la legge affida il compito di notificare gli atti giudiziari».

² Ivi si prevede infatti la «semplificazione del sistema delle notificazioni, con possibilità di adottare anche nuovi mezzi di comunicazione».

³ La norma ricalca, nell'impostazione, l'art. 151 c.p.c.

⁴ I lavori parlamentari relativi alla conversione del decreto legge non danno peraltro atto, né dinanzi alla Camera né dinanzi al Senato, di possibili interrogativi in ordine ad una duplicazione di norme eventualmente derivante dalla preesistenza, rispetto all'art. 148, comma secondo *bis*, dell'art. 150, non toccato in alcun modo dalla legge n. 438 del 2001.

entrambi tuttavia facendo riferimento, in maniera aperta e, dunque, suscettibile di recepire i nuovi mezzi eventualmente via via imposti dalle innovazioni tecnologiche, a quegli strumenti tecnici od informatici capaci di "eliminare le distanze" e di assicurare quindi la conoscenza di un atto in tempo pressoché reale, come, tra gli altri, allo stato, il telefax, gli sms e la posta elettronica⁵.

Ad una mera ricognizione letterale delle norme, le stesse, in realtà, e a dispetto di quanto osservato da più voci dottrinali, trovano un primo rilevante elemento di differenziazione posto che, quanto ai presupposti applicativi, il solo art. 150 c.p.p. appare condizionare l'utilizzazione di detti mezzi tecnici alla sussistenza di "circostanze particolari", mentre l'art. 148, comma 2 *bis*, appare prescindere, anche in ragione dell'inserimento in una disposizione di carattere generale, intitolata a "organi e forme delle notificazioni", da qualsivoglia condizione o circostanza⁶.

In secondo luogo le due norme parrebbero differenziarsi in particolare con riguardo all'autorità che dispone la notifica o l'avviso e al soggetto che riceve gli stessi aparendo di più ampio impiego, quanto al primo profilo,

⁵ Secondo Gaito, *In tema di avviso effettuato tramite telefono cellulare*, *Giur. it.*, 1998, 1901, il telefono cellulare non potrebbe ritenersi ricompreso nella nozione di telefono di cui all'art. 149 c. p. p. sulla base del fatto che lo stesso è un mezzo che non si radica con certezza in nessun luogo, derivandone, dunque, l'inclusione del medesimo tra i mezzi tecnici di cui agli artt. 148, comma 2 *bis*, e 150.

⁶ Secondo Macchia, *sub art. 150*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1990, 207, la particolarità delle circostanze dovrebbe essere essenzialmente rapportata al profilo funzionale del mezzo, nel senso che questo si presenti, nel caso concreto, meglio di altri, idoneo a soddisfare l'esigenza di portare il contenuto dell'atto a conoscenza del destinatario; la sussistenza di tali circostanze, poi, sarebbe normalmente rimessa alla prospettazione delle parti come desumibile dal fatto che l'utilizzazione dei mezzi tecnici sarebbe solo secondariamente attivabile d'ufficio dal giudice («il giudice può prescrivere, anche di ufficio (...)»).

l'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p. e di più ampio impiego, quanto al secondo, l'art. 150.

Infatti, mentre quanto al soggetto che dispone l'esecuzione con mezzi tecnici, l'art. 148 comma 2 *bis* contempla come tale "l'autorità giudiziaria" e non il solo giudice (sicché da questo si è in dottrina desunto che, in definitiva, l'innovazione del 148, comma 2 *bis*, sarebbe nella sostanza consistita nel consentire anche al p.m. il ricorso ai mezzi particolari), quanto al destinatario dell'atto l'art. 150 si rivolge alle persone diverse dall'imputato, e, dunque, anche ad ulteriori categorie rispetto a quella dei difensori, esclusivamente indicata, invece, dall'art. 148, ovvero anche, tra gli altri, ai testimoni, ai periti e ai consulenti.

Quanto alla peculiarità, già richiamata, dell'art. 148, comma 2 *bis*, che contempla l'uso dei mezzi idonei al fine di eseguire, oltre alle notificazioni, anche gli avvisi⁷, va solo precisato che la evidentemente voluta distinzione che il legislatore pone tra le due categorie di "comunicazione processuale", parrebbe finalizzata a consentire l'applicazione della norma anche a quelle situazioni in cui l'avviso viene portato a conoscenza del destinatario in forme diverse dalle notificazioni, diversamente non risultando comprensibile il motivo di tale specifica menzione⁸.

Tali essendo, dunque, i tratti caratteristici delle due disposizioni, in dottrina si è allora sostenuto quasi unanimemente essere oscuro l'ambito di operatività della nuova disposi-

zione, che, in definitiva, si caratterizzerebbe solo perché consente anche le notificazioni di atti del pubblico ministero oltre che del giudice, ma non indicherebbe né presupposti di applicazione né, come si dirà più approfonditamente oltre, procedure di garanzia di conoscibilità da parte del destinatario; si tratterebbe, dunque, di una norma "inutile" ed anzi lacunosa rispetto al più esauriente art. 150 ovvero, secondo una prospettiva inversa, di una norma che condurrebbe al rischio di una completa disapplicazione di tale ultimo articolo, inspiegabilmente rimasto in vigore nonostante l'adozione della nuova disposizione.

La sentenza della Corte

Quanto alla questione controversa, il percorso argomentativo con cui la Corte giunge ad affermare che la notificazione di un atto di cui sia destinatario l'imputato o altra parte privata, in ogni caso in cui esso possa o debba essere consegnato al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p., merita qualche riflessione. Un primo aspetto riguarda la riconducibilità, all'interno di tale ultima previsione, di tutte le ipotesi in cui, per qualsivoglia ragione, il difensore sia domiciliatario dell'imputato e, in tale qualità, abbia a ricevere la notifica; e ciò perché, come bene espresso nella sentenza, l'orientamento per così dire limitativo dell'utilizzabilità o meno dei mezzi tecnici si era in precedenza basato proprio sulla differenza di titolo della domiciliazione al fine di ricavarne due diverse conseguenze: da un lato, nel caso di domiciliazione *ex lege* (essenzialmente le ipotesi di irreperibilità *ex art. 159, comma 1, c.p.p.*; di impossibilità di notificazione al domicilio dichiarato o eletto *ex art. 161, comma 4, e di latitanza ex art. 165, comma 1, c.p.p.*) la legittimità dell'utilizzazione della notifica mediante il ricorso ai mezzi tecnici e dall'altro, nel caso invece di domiciliazione effettuata dallo stesso impu-

⁷ Il dato letterale della norma, infatti, ove si fa riferimento a «notificazioni o (...) avvisi ai difensori (...) eseguiti con mezzi idonei» comporta che, a rigore, l'esecuzione dell'atto debba riguardare anche gli avvisi.

⁸ Si vedano nel codice di rito, ad esemplificazione di tali casi, gli artt. 268, comma 6, 294, comma 4, 350, comma 3, 351, comma 1 bis, 360 comma primo, 388, comma primo, 390, comma secondo, e 467, comma secondo, nei quali, infatti, il legislatore prevede che l'avviso venga "dato" e non "notificato", come invece si prevede, tra le altre, nelle ipotesi degli artt. 128, 296, comma 2, 309, commi 3 e 8, 311, comma primo, 324, commi 2 e 6, 366, comma primo, 398, comma terzo, 406, comma quinto, 408, comma secondo, 410, comma terzo, 419 ecc..

tato (secondo la generale previsione dell'art. 161, comma 1), l'illegittimità di una siffatta utilizzazione⁹; mentre infatti, nel primo caso, rilevava, secondo tale impostazione, la veste "istituzionale" del difensore, considerato in ragione del suo ruolo funzionale nel processo, nel secondo veniva invece in rilievo la mera soggettività fisica del difensore, equiparabile a quella di qualsivoglia altra persona scelta dall'imputato a prescindere dal ruolo e dalla funzione svolta. La Corte ha, appunto, nel momento in cui ha testualmente affermato che anche le notificazioni effettuate nei confronti del difensore, nella qualità di domiciliatario, "a qualsiasi titolo", dell'imputato o indagato, possono essere eseguite ai sensi dell'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p., ricusato una tale distinzione, senza tuttavia, a ben vedere, confrontarsi direttamente con le ragioni che una tale distinzione fondavano; sottrazione al confronto, verrebbe da dire, inevitabile, posto che la distinzione interpretativa cui si è accennato si era formata non tanto in relazione all'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p. bensì in relazione all'art. 150: del resto in tanto aveva senso discettare sulla veste istituzionale o meno del difensore e sulla conseguente assimilazione o meno del medesimo all'imputato in quanto, appunto, si facesse riferimento alla nozione di "persona diversa dall'imputato" come destinatario della notificazione con mezzi tecnici, nozione, infatti, adoperata dall'art. 150 c.p.p.; al contrario, una tale distinzione non aveva ragione di essere a fronte di una norma (l'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p.) strutturata su una nozione di destinatario della notificazione (difensore) tale, per la sua onnicomprensività, da prescindere ragionevolmente dal "titolo di legittima-

zione". E tale, infatti, è stata la decisione della Corte che, proprio facendo leva sulla «disposizione di carattere generale in ordine alle modalità di notificazione degli atti o degli avvisi che devono essere ricevuti dai difensori», ha ricondotto nel suo alveo qualunque ipotesi di domiciliatazione dell'imputato presso il difensore, in tal modo legittimato a ricevere sempre la notificazione attraverso i mezzi tecnici.

L'impropria valorizzazione del richiamo dell'art. 157 comma 8 *bis* ai mezzi tecnici

Assai meno convincente, appare, invece, l'ulteriore argomento valorizzato dalla Corte per sostenere la legittimità del ricorso all'uso dei mezzi tecnici nelle ipotesi di notifica al difensore "per conto" dell'imputato. La pronuncia fa infatti riferimento, in proposito, all'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. che, disciplinando le notificazioni all'imputato non detenuto, successive alla prima, prevede che «per le modalità della notificazione si applicano anche le disposizioni previste dall'articolo 148 comma 2 *bis*»; tale disposizione dimostrerebbe infatti la volontà del legislatore di consentire una generalizzata applicazione alle «notifiche successive alla prima di cui sia destinatario e consegnatario il difensore». Una prima osservazione si impone: tra tutte le situazioni di notifica indirizzata all'imputato e consegnata al difensore, quella dell'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. è l'unica nella quale il legislatore sia intervenuto prevedendo espressamente l'impiego dei mezzi tecnici; da ciò, dunque, dovrebbe ragionevolmente dedursi, posto che, altrimenti, la precisazione effettuata in seno a tale norma sarebbe stata del tutto superflua, come, con riguardo alle restanti ipotesi, sprovviste di tale espressa indicazione, il ricorso ai mezzi tecnici di cui all'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p., non dovrebbe essere consentito. Né a questa logica conclusione (che infatti, non a caso, la stessa Corte prende da subito in considerazione seppure al fine di confutarla) parreb-

⁹ Nel primo senso si vedano Cass., sez. III, 3 novembre 2009, n. 46703, *CED Cass.*, 245406; Cass., sez. I, 24 settembre 2008, n. 40324, *CED Cass.*, 241704; Cass., sez. V, 12 aprile 2007, n. 20586, *CED Cass.*, 236614; nel secondo, Cass., sez. II, 10 dicembre 2008, n. 2827, *CED Cass.*, 242654; Cass., sez. II, 11 febbraio 2007, n. 5648, *CED Cass.*, 235818; Cass., sez. III, 5 aprile 2005, n. 16610, *CED Cass.*, 232494.

be validamente opponibile il dato, che nella motivazione della Corte sembrerebbe invece decisivo, tratto dai lavori preparatori della l. n. 60 del 2005 di conversione del d.l. n. 17 del 2005 (introduttivo, appunto, del comma 8 *bis* dell'art. 157) posto che entrambi gli interventi nelle sedute della Commissione Giustizia del 2 e dell'8 marzo 2005, citati nella sentenza, si caratterizzarono per l'auspicio di inserimento, nel testo dell'art. 157 comma 8 *bis*, c.p.p. del richiamo all'utilizzo dei mezzi tecnici idonei *ex art.* 148, comma 2 *bis*, c.p.p. «anche per le notifiche successive alla prima (...) per evitare eventuali dubbi interpretativi»¹⁰.

Ma se così è, da ciò sembra ragionevolmente possibile dedurre unicamente ciò che appunto lo stesso testo normativo inequivocabilmente esprime, ovvero che, appunto, per le notifiche successive alla prima, allorquando si tratti di effettuare la notifica materialmente in capo al difensore domiciliatario *ex lege*, si può legittimamente fare utilizzazione dei mezzi tecnici senza tuttavia da questo potere inferire (ciò che infatti neppure gli autori degli interventi menzionati hanno affermato) la possibilità di una generalizzata applicabilità di questi in tutti i casi di notifica al difensore "per conto" dell'imputato, che è, invece, la questione sulla quale le Sezioni Unite erano chiamate a pronunciarsi.

La faticosa espansione, nel processo penale, dei moderni mezzi di comunicazione

Resta comunque, al di là dello specifico percorso argomentativo fatto proprio dalla Cor-

te, la assoluta condivisibilità della soluzione affermativa delle Sezioni Unite nel segno dell'ineludibile estensione, alle modalità di notificazione degli atti processuali, degli strumenti di nuova concezione non a caso raccolti, dallo stesso legislatore, sia nell'art. 148, comma 2 *bis*, c.p.p. sia nell'art. 150, comma 1, c.p.p., sotto la generica denominazione di "mezzi tecnici idonei" proprio per garantire un costante adeguamento delle due norme sotto il solo profilo interpretativo in tal modo escludendosi, al tempo stesso, la necessità di periodici interventi del legislatore. Un siffatto adeguamento tecnologico, del resto, non può non rispondere anche a precise scelte già fatte dal legislatore costituzionale allorquando, prescrivendo la necessità che il processo penale abbia durata ragionevole, appare privilegiare il criterio dell'efficienza.

Più in generale, anzi, parrebbe auspicabile che l'approdo della sentenza possa coinvolgere anche tutte quelle disposizioni che, con riferimento, questa volta, agli atti di parte indirizzati alla cancelleria del giudice o alla segreteria del p.m., richiedono, per una efficace operatività, il deposito o la presentazione degli stessi¹¹. I margini per una interpretazione estensiva di tali norme non parrebbero tuttavia amplissimi: se da una parte si è infatti affermato che alla luce dell'evoluzione del sistema di comunicazioni e notifiche, è da ritenere consentita la trasmissione di istanze e richieste anche a mezzo fax¹², è anche vero che, in senso opposto, si è fatto leva sul dato testuale

¹⁰ Si vedano, segnatamente, l'intervento dell'On. Kessler nella seduta del 2 marzo 2005 della Commissione Giustizia della Camera: «Riterrebbe opportuno (...) specificare che, anche per le notifiche successive alla prima, possano essere utilizzati "i mezzi tecnici idonei" di cui all'articolo 148, comma 2-bis, del codice di procedura penale, per evitare eventuali dubbi interpretativi», nonché l'intervento dell'On. Ghedini nella seduta dell'8 marzo 2005: «Sarebbe inoltre opportuno precisare che, anche per le notifiche successive alla prima, possano essere utilizzati "i mezzi tecnici idonei" di cui all'articolo 148, comma 2-bis, del codice di procedura penale»

¹¹ Si pensi, in tal senso, tra gli altri incombenti, al deposito delle liste testimoniali di cui all'art. 468 c.p.p. nonché delle memorie e richieste delle parti *ex art.* 121 c.p.p. e alla presentazione e spedizione dell'atto di impugnazione *ex artt.* 582 e 583 c.p.p.

¹² Si vedano Cass., sez. V, 16 novembre 2010, n. 43514, *CED Cass.*, 249280; Cass., sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10637, *CED Cass.*, 246338, secondo cui, in particolare, non è ostativo il dato letterale dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., il quale si limita a richiedere che l'impedimento sia «prontamente comunicato», senza indicarne le modalità; Cass., sez. V, 24 aprile 2008, n. 32964, *CED Cass.*, 241167; Cass., sez. III, 6 novembre 1996, *CED Cass.*, 207030.

delle norme che, a differenza di quanto appunto previsto dagli artt. 148, comma 2 *bis* e 150 c.p.p., non contemplano il ricorso ai mezzi tecnici, per escludere possibili interpretazioni ampliative¹³; né, evidentemente, stando a tali pronunce, il termine «deposito» potrebbe essere interpretato in senso diverso da quello, tradizionale, di consegna fisica dell'atto.

Risolutivo parrebbe dunque, al fine di fare decisa e definitiva chiarezza sul punto, l'intervento del legislatore, sino ad ora, per la verità, mossosi con riferimento alle sole notificazioni e comunicazioni: l'art. 51, comma 1, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 4, comma 3, del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, conv. in l. 22 febbraio 2010, n. 24, stabilisce che, con riguardo a determinati uffici giudiziari da individuare con uno o più decreti aventi natura non regolamentare, le notifiche *ex art.* 150, c.p.p. alla pari di quelle di cui agli artt. 148 *bis*, 149 e 151 comma 2, c.p.p. debbano effettuarsi, in via telematica, all'indirizzo di posta elettronica certificata che i professionisti iscritti agli albi sono tenuti a comunicare *ex art.* 16, comma 7, d.l. 29 novembre 2008 n. 185 conv. dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2. Lo stesso d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, conv. in l. 22 febbraio 2010, n. 24, ha stabilito, all'art. 4, comma 2, che «nel processo civile e nel processo penale, tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica si effettuano

mediante posta elettronica certificata, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e delle regole tecniche stabilite con i decreti previsti dal comma 1» aggiungendo che fino alla data di entrata in vigore di tali ultimi decreti, le notificazioni e le comunicazioni continuano ad essere effettuate nei modi e nelle forme previste dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del decreto. Successivamente, con il d.m. 21 febbraio 2011, n. 44 adottato dal ministero di giustizia in attuazione dei principi previsti dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modifiche, è stato poi definito il regolamento con le regole tecniche per l'adozione delle tecnologie informatiche nel processo civile e nel processo penale, essendosi in particolare previsto, all'art. 17, che le richieste telematiche di un'attività di notificazione da parte di un ufficio giudiziario sono inoltrate al sistema informatico dell'UNEP e che quest'ultimo, eseguita la notificazione, trasmette per via telematica a chi ha richiesto il servizio il documento informatico con la relazione di notificazione sottoscritta mediante firma digitale e congiunta all'atto cui si riferisce, nonché le ricevute di posta elettronica certificata, secondo le specifiche tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 34.

Va poi, più in generale, ricordato che l'art. 48, d.lgs. n. 82 del 2005 come modificato dall'art. 33, d.lgs. n. 235 del 2010, prevede, al comma 2, che «la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del comma 1, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta». Dal canto suo il comma 1 prevede che «la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante la posta elettronica certificata ai sensi del d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, o mediante altre soluzioni tecnologiche

¹³ Da ultimo, infatti, nel senso che è inammissibile l'istanza di rinvio dell'udienza, giustificata da impedimento dell'imputato, documentato da certificato medico, inoltrata a mezzo fax, stante la previsione di cui all'art. 121 c.p.p. che statuisce l'obbligo per le parti di presentare le memorie e le richieste rivolte al giudice mediante deposito in cancelleria, essendo invece il ricorso al telefax, quale forma particolare di notificazione, riservato dall'art. 150 del codice di rito ai soli funzionari di cancelleria: Cass., sez. V, 19 novembre 2010, n. 11787, *CED Cass.*, 249829; nel medesimo senso, anche perché il telefax non assicurerebbe la certezza della provenienza del documento, Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 46954, *CED Cass.*, 245397, nonché Cass., sez. V, 12 dicembre 2005, n. 6696, *CED Cass.*, 233999; Cass., sez. V, 11 ottobre 2005, n. 38968, *CED Cass.*, 232555; Cass., sez. V, 20 gennaio 2000, n. 3313, *CED Cass.*, 215579.

individuate con d.p.c.m., sentito DigitPA». Di qui, dunque, la plausibile conclusione secondo cui, in tutti i casi nei quali il codice stabilisce l'impiego della lettera raccomandata quale mezzo di trasmissione di un atto, si debba ritenere equivalente allo stesso l'impiego della posta elettronica certificata. Va, anzi, rammentato che, in una recentissima decisione, intervenuta in fattispecie di riesame, la Corte è stata investita di un ricorso con il quale si sosteneva effettivamente un tale assunto; tuttavia i supremi giudici, senza prendere posizione sulla dedotta equivalenza della posta elettronica certificata a quella "cartacea tradizionale", e ri-

gettando il ricorso, si sono limitati a precisare che, anche a voler ritenere detta equivalenza, dovrebbe comunque pur sempre rispettarsi il preciso dettato dell'art. 309, commi 4 e 7, c.p.p. secondo cui destinatario dell'atto di impugnazione deve essere la cancelleria del Tribunale del riesame (diversamente da quanto accaduto nella specie, giacché la *mail* era stata inviata all'indirizzo di posta elettronica di altra cancelleria del Tribunale)¹⁴.

¹⁴ Cass., sez. II, 29 settembre 2011, n. 37037, *inedita*.

Il querelato che, avvertito, non compare non respinge per *facta concludentia* la remissione di querela

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 13 luglio 2011, n. 27610 - Pres. E. Lupo; Rel. F. Pagano

La omessa comparizione in udienza del querelato, posto a conoscenza dell'avvenuta remissione della querela o posto in grado di conoscerla, integra mancanza di "ricusa" idonea per la pronuncia di estinzione del reato per tale causa.

[omissis]

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: «se la mancata comparizione in udienza del querelato, ritualmente citato, integri la mancanza di ricusa della remissione della querela».

2. Sul punto si registrano in giurisprudenza posizioni differenziate.

2.1. Un primo indirizzo giurisprudenziale è quello relativo alle decisioni che affermano, nell'ipotesi in cui non vi sia prova che l'imputato sia venuto a conoscenza della remissione di querela, che «la mancata comparizione dell'imputato all'udienza non può essere interpretata di per sé sola come volontà di accettare la remissione della querela» (Sez. 5, n. 15855 del 07/03/2006, omissis, Rv. 234437; Sez. 5, n. 15613 del 26/02/2009, omissis, Rv. 243605; Sez. 5, n. 4430 del 03/12/2009, dep. 02/02/2010, omissis, Rv. 246153; Sez. 5, n. 16598 del 03/02/2010, omissis, Rv. 247245).

Sono decisioni che evidenziano che ogni comportamento deve essere volontario e consapevole, che la mancata prova della conoscenza dell'intervenuta remissione di querela non consente di trarre conseguenze giuridiche da comportamenti involontari ed inconsapevoli, che la mancata comparizione in giudizio del querelato costituisce espressione neutra del diritto del prevenuto di non partecipare al procedimento rimanendo contumace.

2.2. Altro indirizzo giurisprudenziale è quello che statuisce che la mancata comparizione dell'imputato - previamente avvisato, con atto notificatogli regolarmente, che la sua assenza all'udienza sarebbe stata considerata come tacita accettazione dell'avvenuta remissione - assume l'inequivoca valenza di manifestazione della volontà di accettazione della remissione. Ciò in quanto ai fini dell'efficacia giuridica della remissione di querela, non è indispensabile una

esplicita e formale accettazione, cioè una manifestazione positiva di volontà di accettazione, ma è sufficiente, *ex art. 155, comma primo, cod. pen.*, che non vi sia una riconsuetazione in forma espressa o tacita. Allorché alla remissione di querela effettuata dalla persona offesa segue l'assenza dell'imputato nella successiva udienza, appositamente fissata, come da avviso notificato regolarmente, in concreto l'imputato pone in essere un comportamento di mancata riconsuetazione della remissione. In questo senso, v. Sez. 5, n. 34421 del 03/04/2007, omissis, Rv. 237704; Sez. 5, n. 4229 del 09/12/2008, dep. 29/01/2009, omissis, Rv. 242951; Sez. 5, n. 118951 del 04/01/2010, omissis, Rv. 246547; Sez. 5, n. 19568 del 31/03/2010, omissis, Rv. 247501; Sez. 5, n. 35900 del 24/06/2010, omissis, Rv. 248427.

2.3. Altre decisioni prescindono dall'accertamento in concreto della consapevolezza da parte dell'imputato dell'intervenuta remissione in quanto vedono nella mancata partecipazione dell'imputato al dibattimento un comportamento di indifferenza alle sorti processuali, che è espressione di assenza di rifiuto della remissione. In questo senso si sono espresse Sez. 5, n. 30614 del 26/06/2008, omissis, Rv. 240438; Sez. 4, n. 47483 del 13/11/2008, omissis, Rv. 242761; Sez. 5, n. 4696 del 05/12/2008, dep. 03/02/2009, omissis, Rv. 242618; Sez. 5, n. 35620 del 27/05/2010, omissis, Rv. 248884; Sez. 5, n. 2776 del 18/11/2010, dep. 26/01/2011, omissis, Rv. 249084; Sez. 5, n. 3359 dell'11/11/2010, dep. 31/01/2011, omissis, Rv. 249411; Sez. 5, n. 7072 del 12/01/2011, omissis, Rv. 249412).

2.4. Deve essere segnalata una isolata decisione che afferma che «la mancata comparizione all'udienza del querelato contumace non integra accettazione tacita della remissione della querela neppure ove egli sia venuto a conoscenza di detta remissione» (Sez. 2, n. 34124 del 08/07/2009, omissis, Rv. 244949). Detta sentenza trae motivazione dal principio enunciato dalle Sezioni unite con la già ricordata sentenza V. (n. 46088 del 30/10/2008) relativa alla remissione tacita con la quale è stato affermato il principio secondo il quale la mancata comparizione del querelante – pur previamente avvisato che la sua assenza sarebbe stata ritenuta concludente nel senso della remissione tacita della querela – non costituisce fatto incompatibile con la volontà di persistere nella stessa. La sentenza non ravvisa ragioni perché lo stesso principio non debba valere per l'accettazione della remissione della querela da parte del querelato, tanto più che neppure nel processo avanti il Giudice di pace (ove, in base al combinato disposto degli art. 21-28, comma 3, d.lgs n. 274 del 2000, è previsto un espresso caso di remissione tacita della querela nella ipotesi in cui il querelante non si presenti) è considerato alcun comportamento processuale concludente da parte del querelato in caso di remissione tacita.

3. La questione devoluta alle Sezioni unite può essere linearmente risolta sulla base dei dati normativi.

Il querelato può accettare espressamente la remissione della querela, con formalità analoghe a quelle previste per l'atto di remissione (art. 340, comma 1, cod. proc. pen.)

Ma, se non vi è un atto di accettazione espressa, perché si producano nondimeno gli effetti giuridici conseguenti alla remissione, la legge non pone come condizione che vi sia una "accettazione tacita". Infatti, nonostante che la rubrica dell'art. 155 cod. pen. sia intitolata (impropriamente) «Accettazione della remissione», ciò che normativamente si richiede (comma primo) è che il querelato non abbia «espressamente o tacitamente» riconsueta la remissione; verificandosi la "riconsuetazione" «quando il querelato ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di accettare la remissione».

Il comportamento concludente preso in considerazione dall'art. 155, comma primo, cod. pen., non è, dunque, quello attraverso cui si renda percepibile una adesione del querelato alla

remissione di querela, ma attiene a una tacita manifestazione di volontà diretta a impedirla: non un comportamento positivo – di accettazione – ma uno negativo – di rifiuto –.

Può dirsi, allora, che l'accettazione si presume, purché non vi siano fatti indicativi di una volontà contraria del querelato che si trovi in grado di accettare o rifiutare.

Tanto ha consentito alla giurisprudenza ed alla dottrina di qualificare la remissione di querela un atto giuridico unilaterale che si perfeziona con la sua manifestazione e non necessita di accettazioni o adesioni del querelato, il quale può solo rifiutare e quindi rendere inefficace la remissione impedendo la declaratoria di improcedibilità.

4. Dalla ricsa della remissione e corrispondentemente dalla mancata ricsa derivano conseguenze rilevanti quali la prosecuzione del giudizio nella prima ipotesi e la condanna del querelato al pagamento delle spese processuali nel secondo caso, come disposto dall'art. 340, comma 4, cod. proc. pen., modificato dall'art. 13 della legge 25 giugno 1999, n. 205 («Le spese del procedimento sono a carico del querelato, salvo che nell'atto di remissione sia stato diversamente convenuto»).

Ora, a parte l'eventuale interesse del querelato ad ottenere una positiva affermazione giudiziale della sua innocenza in ordine al fatto addebitatogli dal querelante, la previsione della sua condanna al pagamento delle spese processuali esige razionalmente che colui che la subisce sia posto nelle condizioni di ricsare la remissione della querela. Tale situazione non può dirsi sussistere quando il querelato non sia a conoscenza (o non sia stato messo in grado di essere a conoscenza) della intervenuta remissione; in detta ipotesi egli non può consapevolmente decidere se rifiutare (espressamente o tacitamente) la remissione e quindi proseguire il giudizio, nella prospettiva di ottenere una pronuncia sul merito del fatto-reato addebitatogli e, ad un tempo, di scansare l'onere delle spese processuali.

Per la decisione della questione in esame assume rilievo, allora, l'accertamento della conoscenza (o, almeno, della conoscibilità) della avvenuta remissione nei casi in cui l'imputato-querelato non sia comparso in udienza. Ed invero l'imputato, che sia a conoscenza o sia comunque posto in grado di conoscere l'intervenuta remissione della querela, e che omette di presentarsi in dibattimento non pone in essere un comportamento neutro che è mera espressione del suo diritto di non partecipare al dibattimento rimanendo contumace, ma, disinteressandosi della prosecuzione e dell'esito del procedimento, manifesta la propria volontà di non ricsare la remissione. La disciplina sostanziale che regola diversamente la remissione tacita di querela e la ricsa tacita della remissione non consente di sovrapporre le due fattispecie e di negare conseguenze alla mancata comparizione del querelato (come invece correttamente statuito con le Sez. unite, omissis, per l'omessa comparizione del querelante con riferimento alla remissione tacita).

5. Deve quindi enunciarsi il seguente principio di diritto: *«la omessa comparizione in udienza del querelato, posto a conoscenza dell'avvenuta remissione della querela o posto in grado di conoscerla, integra mancanza di "ricsa" idonea per la pronuncia di estinzione del reato per tale causa»*.

6. Dalla analisi della concreta fattispecie risulta che il querelato, il giorno della remissione, coincidente con la pronuncia della sentenza resa immediatamente senza l'apertura del dibattimento e senza la sua presenza, non era venuto a conoscenza di quanto deciso dal querelante né era stato posto in grado di manifestare la sua eventuale volontà di ricsa.

Deve quindi riconoscersi la fondatezza della censura mossa nel ricorso del Procuratore generale, che ha rilevato una violazione di legge a carico di una sentenza di improcedibilità per remissione di querela emessa senza che il querelato fosse stato messo in grado di opporsi a un simile esito del processo.

Tale violazione di legge, al momento della proposizione del ricorso, era produttiva di potenziali effetti lesivi della posizione del querelato, poiché, non essendo ancora scaduti i termini di impugnazione, il querelato avrebbe potuto a sua volta ricorrere contro la sentenza esprimendo una volontà di ricusa della remissione della querela.

Se spettava ancora al querelato l'esercizio della facoltà di manifestare la sua volontà di ricusa, era dovere e compito del P.m. censurare la declaratoria di improcedibilità pronunciata in violazione di legge; sollecitando così una pronuncia non meramente intesa alla astratta affermazione del diritto ma diretta a ottenere un risultato pratico corrispondente a una posizione giuridica rilevante; il tutto conformemente a quanto più volte affermate dalla giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di interesse del pubblico ministero alla impugnazione (v. sentenze n. 29529 del 25/06/2009, omissis, Rv. 244110; n. 42 del 13/12/1995, omissis, Rv. 203093; n. 9616 del 24/03/1995, Rv. omissis, 202018; n. 6203 dell'11/05/1993, omissis, Rv. 193743).

7. Occorre però rilevare che, successivamente al ricorso del Procuratore generale, il querelato – cui la sentenza è stata ritualmente notificata - non ha proposto ricorso per far valere la lesione del suo diritto di esprimere la sua volontà di ricusa ai sensi dell'art. 155 cod. pen.: egli non ha cioè impedito alla remissione, pur essendo ancora nei termini, di perdere efficacia.

Consegue che, in assenza di ricusa espressa o tacita da parte del querelato, la remissione della querela da parte della persona offesa ha ormai prodotto, a norma dell'art. 152 cod. pen., l'effetto estintivo del reato; sicché il P.g. ricorrente non conserva più interesse all'annullamento della sentenza impugnata, che, se pure errata nel momento in cui è stata emanata, ha prodotto un effetto ormai consolidatosi.

[omissis]

MARILENA COLAMUSSI

Professore aggregato di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Bari
"Aldo Moro"

La contumacia dell'imputato è idonea ad integrare l'accettazione tacita della remissione di querela?

Is the "in absentia" status of the accused sufficient to assimilate a silent acceptance of the remission of the legal action?

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Giuseppe Di Chiara)

Suscita perplessità la decisione delle Sezioni Unite che interpretano la condotta processuale dell'imputato contumace quale espressione di un suo disinteresse univoco, e non "equivoco", alla prosecuzione del procedimento, equivalente ad una manifestazione tacita della volontà di accettare la remissione di querela con il conseguente effetto estintivo del reato.

Raises many doubts the "Sezioni Unite" decision of interpreting the "in absentia" behaviour of the accused in the trial as a lack of unilateral -and not "ambiguous"- interest in the prosecution of the trial, corresponding to a silent acceptance of the remission of the legal action with the consequent effect of crime extinguishing.

Gli orientamenti contrastanti

La *quaestio iuris* sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite attiene al «se la mancata comparizione in udienza del querelato, ritualmente citato, integri la mancanza di ricusa della remissione di querela». In altri termini se la condotta posta in essere dall'imputato contumace dimostra un disinteresse univoco alla

prosecuzione del procedimento a suo carico, equivalente ad un comportamento concludente idoneo in quanto tale ad integrare la tacita accettazione della remissione della querela.

Sul tema si registrano orientamenti giurisprudenziali contrastanti e la disputa interpretativa sembra proiettarsi sul terreno minato del confine tra diritto e processo, considerando il rapporto di complementarietà che lega i

due sistemi normativi le cui regole congiuntamente e non in perfetta armonia disciplinano l'istituto della remissione di querela.

Nel panorama giurisprudenziale si delineano almeno tre diverse posizioni tra di esse inconciliabili.

Talune decisioni incentrate sul versante processuale negano che la mancata comparizione in udienza dell'imputato regolarmente citato e conseguentemente dichiarato contumace possa integrare accettazione tacita della remissione di querela, in quanto di per sé essa costituisce l'esercizio di una facoltà processuale, specie ove non risulti che l'imputato sia stato portato a conoscenza della volontà di remissione manifestata in udienza dalla persona offesa. In buona sostanza la contumacia non può, di per sé sola, essere letta come tacita volontà di accettare la remissione della querela. Per quanto, infatti, ai fini dell'efficacia della remissione non risulti necessaria l'accettazione espressa da parte del querelato, egli ha diritto di essere posto - in ogni caso - in condizione di ricusare espressamente o tacitamente la remissione di querela, mosso dall'eventuale interesse ad ottenere una decisione assoluta nel merito¹.

Secondo un diverso orientamento giurisprudenziale particolare rilievo viene assegnato alla sussistenza della consapevolezza da parte del contumace circa la volontà della persona offesa di rimettere la querela. Pertanto la mancata comparizione in udienza dell'imputato, regolarmente avvisato del fatto che tale assenza sarebbe interpretata come tacita accettazione della remissione, è idonea a produrre il tipico effetto estintivo del reato. L'aver previamente notificato al querelato il verbale di udienza contenente l'espresso avviso cir-

ca la preordinazione di detta notifica a consentire la tacita accettazione della remissione di querela in caso di mancata comparizione all'udienza di rinvio, si considera condizione idonea e sufficiente per ritenere la contumacia dell'imputato quale comportamento concludente, utile a dimostrare la volontà inequivoca di accettare tacitamente la remissione della querela. Questo perché l'accettazione della remissione non richiede una manifestazione di volontà formale ed esplicita del querelato, ma è sufficiente che la stessa non venga ricusata in forma espressa o tacita (art. 155, comma 1, c.p.)².

Le posizioni sinora descritte risolvono la questione sulla base della sussistenza o meno della formale conoscenza da parte del contumace dell'avvenuta remissione di querela della persona offesa, riconducendo alla mancata comparizione in udienza la tacita accettazione per il contumace regolarmente informato e viceversa escludendola per colui che non prendendo parte all'udienza si limita ad esercitare una facoltà processuale ignaro dell'avvenuta remissione.

Su un versante completamente diverso si schiera il terzo orientamento che prescinde dalla consapevolezza del contumace in ordine all'intervenuta remissione, e riconduce alla mancata partecipazione all'udienza da parte dell'imputato l'assenza di volontà di coltivare il processo, equivalente ad una tacita accettazione della remissione di querela³. In altri ter-

¹ In tal senso, da ultimo, Cass., sez. V, 3 febbraio 2010, n. 16598, *Cass. pen.*, 2011, 2614; in senso conforme cfr.: Cass., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 4430, *CED Cass.*, 246153; Cass., sez. V, 26 febbraio 2009, n. 15613, *CED Cass.*, 243605; Cass., sez. V, 7 marzo 2006, n. 15855, *CED Cass.*, 234437.

² Su questa linea interpretativa cfr.: Cass., sez. V, 24 giugno 2010, n. 35900, *CED Cass.*, 248427; Cass., sez. V, 31 marzo 2010, n. 19568, *CED Cass.*, 247501; Cass., sez. V, 14 gennaio 2010, n. 118951, *CED Cass.*, 246547; Cass., sez. V, 9 dicembre 2009, n. 4229, *CED Cass.*, 242951; Cass., sez. V, 3 aprile 2007, n. 34421, *CED Cass.*, 237704.

³ V.: Cass., sez. V, 12 gennaio 2011, n. 7072, *CED Cass.*, 249412; Cass., sez. V, 11 novembre 2011, n. 3359, *CED Cass.*, 249411; Cass., sez. V, 18 novembre 2010, n. 2776, *CED Cass.*, 249084; Cass., sez. V, 27 maggio 2010, n. 35620, *CED Cass.*, 248884; Cass., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 4696, *Cass. pen.*, 2010, 2710; Cass., sez. IV, 13 novembre 2008, n. 47483, *CED Cass.*, 242761; Cass., sez. V, 26 giugno 2008, n. 30614, *CED Cass.*, 240438.

mini, non essendo indispensabile una formale manifestazione di volontà di accettazione della remissione, ove manchino altri elementi di segno diametralmente opposto, la contumacia viene interpretata come un non rifiuto della remissione posta in essere dal querelante.

Accanto ai tre orientamenti fin qui richiamati, si registra una decisione isolata di stampo marcatamente garantista, secondo la quale è escluso in termini assoluti che la mancata comparizione all'udienza dell'imputato, regolarmente citato, possa equivalere a tacita accettazione della remissione di querela, quand'anche il contumace fosse venuto a conoscenza dell'avvenuta remissione⁴. Secondo tale orientamento, la contumacia, quale facoltà processuale riconosciuta all'imputato, assume una valenza neutra, a cui non è possibile attribuire significato positivo di accettazione tacita della remissione di querela, e tanto meno negativo di tacita ricusa della stessa. A sostegno dell'assunto, si richiama per affinità un'altra decisione delle Sezioni Unite in tema di remissione di querela, in cui si afferma che l'assenza del querelante, previamente avvisato che tale condotta sarebbe stata intesa quale remissione tacita di querela, di per sé non costituisce un fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela tanto da integrarne la tacita remissione. Si statuisce, così, il principio della inidoneità della mera omessa comparizione della persona offesa all'udienza a concretizzare la volontà di remissione tacita della querela. Tale condotta, infatti, non appare inequivocabilmente sintomatica della volontà di abbandono della istanza punitiva, sì da determinare una sostanziale incompatibilità tra la stessa e il compimento di fatti indicativi di una volontà opposta, così come richiesto dal dettato dell'art. 152, comma 2, c.p.⁵.

⁴ Cass., sez. II, 8 luglio 2009, n. 34124, *CED Cass.*, 244949.

⁵ Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 46088, *Cass. pen.*, 2009, 1409, con nota di Gallucci, *La mancata comparizione in dibattimento del querelante, anche se preceduta da appo-*

La soluzione scelta dalle Sezioni Unite nella sentenza che si annota è di segno diametralmente inverso rispetto a quella appena illustrata con riferimento al caso affine della mancata comparizione in udienza del querelante che la Corte ritiene non sovrapponibile, e sembra aderire al secondo orientamento giurisprudenziale descritto, incentrato sul tema della conoscibilità da parte del contumace dell'avvenuta remissione di querela. Il principio di diritto ivi affermato è quello in base al quale «la omessa comparizione in udienza del querelato, posto a conoscenza dell'avvenuta remissione della querela o posto in grado di conoscerla, integra mancanza di "ricusa" idonea per la pronuncia di estinzione del reato per tale causa». La contumacia, dunque, non viene interpretata come condotta neutra, espressione del diritto dell'imputato di non presenziare all'udienza, bensì quale manifestazione di disinteresse alla prosecuzione e all'esito del procedimento che indica la volontà di non ricusare tacitamente la remissione.

Sulle formalità inerenti la non ricusa della remissione di querela

La decisione adottata dalle Sezioni Unite genera qualche perplessità e impone l'approfondimento dei profili della disciplina concernenti le formalità relative all'accettazione della remissione di querela in rapporto alla condotta processuale dell'imputato contumace.

I dubbi interpretativi sorgono a causa della normativa di riferimento che ha ad oggetto da un canto l'"accettazione della remissione" disciplinata dall'art. 155 c.p., norma che pur essendo così intitolata non richiede espressa-

sito avviso del giudice, non integra remissione della querela. Perché la decisione delle sezioni unite non appare persuasiva. Da ultimo, lo stesso principio di diritto è affermato da Cass., sez. V, 27 settembre 2010, n. 34904, Giur. it., 2011, 648, con nota di Gentile, Omessa comparizione del querelante e remissione tacita della querela: fino a quando la prassi dei giudici di pace contrasterà con la giurisprudenza di legittimità?.

mente un comportamento adesivo da parte del querelato, bensì l'inverso, vale a dire l'assenza di ricusa; e, d'altro canto, la "remissione di querela", ex art. 340 c.p.p., che disciplina le formalità procedurali riguardanti tanto la remissione quanto l'accettazione, determinando un'analogia strutturale tra i due istituti - così come sostenuto nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite - su cui si possono avanzare diverse riserve.

A ben guardare la sovrapposizione della disciplina è solo apparente, in quanto l'art. 340 c.p.p. regola, tra l'altro, le forme, i modi e gli effetti della dichiarazione di accettazione "espressa" della remissione, per i casi in cui si ricorra a tali forme, equiparando la disciplina a quella della rinuncia espressa alla querela (art. 340, comma 2, c.p.p.). Diversamente l'art. 155 c.p. si occupa della ricusa espressa o tacita intesa come manifestazione di diniego dell'accettazione della remissione e dei relativi effetti, su cui domina l'interesse del querelato a dimostrare la propria innocenza⁶. Di fatto, allora, si sostiene che tale disciplina non attribuisce la facoltà di accettare la remissione, bensì l'onere di ricusazione⁷. Ne consegue che la norma di natura processuale non si pone in contrasto con quella di diritto sostanziale, ma ne integra il contenuto coprendo uno spazio vuoto che concerne l'accettazione in forma espressa della remissione, nonché le conseguenze che ne derivano sul terreno della improcedibilità. Da non trascurare il dettato dell'art. 340, comma 4, c.p.p. che, a seguito di una recente modifica normativa⁸, pone a carico del querelato il pagamento delle spese del procedimento, salvo diverso accordo stabilito nell'atto di remissione. Tanto premesso, nella fattispecie in esame focalizzata sulla posizio-

ne dell'imputato contumace, occorre innanzitutto tener conto della disciplina dell'art. 155 c.p. per quel che riguarda le forme di non ricusa tacita della remissione, dal momento che l'art. 340 c.p.p. si occupa esclusivamente della forma espressa, mentre quest'ultima norma entra in gioco per quanto concerne gli effetti della remissione sul piano processuale.

Secondo quanto già evidenziato, perché la remissione produca l'effetto estintivo del reato (art. 152, comma 1, c.p.), il giudice non è chiamato ad accertare che vi sia stata l'accettazione da parte dell'imputato-querelato disinteressato a dimostrare la propria innocenza e, peraltro, disposto a pagare le spese processuali, ma deve verificare l'assenza di ricusa espressa o tacita, desumibile dal compimento di fatti di per sé incompatibili con la volontà di accettare la remissione (art. 155, comma 2, c.p.). Questo implica che - facendo ricorso all'interpretazione a contrario - l'accettazione "tacita" della remissione si configura ogniquale volta il querelato ponga in essere fatti dai quali si evinca la volontà inequivocabile di accettare la remissione. Si tratta, dunque, di un comportamento concludente idoneo in quanto tale a produrre effetti giuridici (accettazione o ricusa della remissione) solo se caratterizzato dai requisiti della "volontarietà" e della "consapevolezza", che non possono prescindere dal presupposto della conoscenza dell'intervenuta remissione.

D'altronde sul piano logico-giuridico non è possibile ricondurre ad un comportamento concludente un determinato effetto, come l'accettazione della remissione, se a monte non si garantisce che il querelato sia stato reso edotto circa l'intervenuta remissione da parte della persona offesa dal reato. In caso contrario, si creerebbe "una distonia normativa"⁹ tra la disciplina dell'accettazione espressa della

⁶ Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, 95.

⁷ V. Cagli, sub art. 155 c.p., Ronco - Ardizzone (a cura di) *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003, 155, che a sua volta rinvia ad altri Autori.

⁸ Cfr. art. 13, l. 25 giugno 1999, n. 205.

⁹ Così Cass., sez. II, 8 luglio 2009, n. 34124, cit.

remissione di querela, di cui all'art. 340 c.p.p., che presuppone la conoscenza del dichiarante-querelato dell'avvenuta remissione, e l'accettazione tacita, prevista dall'art. 155 c.p., benché entrambe producano gli stessi effetti. Allora, per coerenza interna al sistema, appare condivisibile l'orientamento giurisprudenziale in base al quale sia l'accettazione espressa sia quella tacita hanno il medesimo presupposto (conoscenza dell'avvenuta remissione) e si differenziano solo per la forma¹⁰.

E', inoltre, ravvisabile un'analogia strutturale tra l'istituto dell'accettazione tacita e quello della remissione tacita della querela che può avvenire solo extra-processualmente e che, ai sensi dell'art. 152, comma 2, c.p., consiste nel compimento da parte del querelato di fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela. A tale proposito è comunemente accolta la posizione in base alla quale non rileva la semplice intenzione, ma è necessario che il soggetto legittimato ponga in essere fatti oggettivi, chiaramente inconciliabili con la volontà di seguitare a chiedere la punizione del querelato¹¹.

In definitiva, *mutatis mutandis*, anche per l'accettazione tacita della remissione si ritiene indispensabile che il querelato compia fatti dai quali emerga una volontà univoca, vale a dire non suscettibile di diversa interpretazione, nel senso di palesare la determinazione a non ricusare la remissione.

Quanto alla decisione in esame, pur muovendo dalle comuni premesse circa il presupposto della conoscibilità dell'avvenuta remissione di querela, perviene ad una conclusione dubbia, in quanto interpreta la contumacia come condotta processuale idonea ad integrare una forma di non ricusa tacita della remissione che, pertanto, comporta l'effetto estintivo del reato.

Equivoco il disinteresse del contumace alla prosecuzione del procedimento

Le Sezioni Unite pongono fine al conflitto giurisprudenziale illustrato stabilendo il principio di diritto in base al quale la condotta processuale posta in essere dall'imputato contumace è espressione di un suo disinteresse univoco, e non "equivoco", alla prosecuzione del procedimento e pertanto equivale ad una manifestazione tacita della volontà di accettare la remissione di querela.

Doverosa, a questo punto, appare qualche riflessione sul ruolo processuale del contumace la cui disciplina è stata concepita nel preciso intento di salvaguardare il diritto di difesa dell'imputato che si estrinseca attraverso la garanzia di partecipare al processo penale instaurato nei suoi confronti¹². Dalla disamina della normativa in materia di contumacia - che in questa sede non è possibile approfondire - emerge a chiare lettere la volontà del legislatore di accettare «in misura non trascurabile il rischio che l'udienza preliminare e il dibattimento si celebrino all'insaputa dell'imputato. I casi in cui si procede in contumacia sono infatti caratterizzati da una sostanziale incertezza circa la reale volontà dell'imputato di presenziare o meno al processo, accontentandosi il legislatore della "probabilità" che la mancata comparizione sia il frutto di una consapevole scelta strategica difensiva»¹³. Senza dire che sussistono alcune ipotesi in cui si procede in contumacia anche quando risulti in concreto certo che l'imputato non sia venuto effettivamente a conoscenza della data dell'udienza (art. 420 *bis*, comma 1, c.p.p.), tra cui il caso dell'irreperibile.

Sulla base di tali considerazioni sostenere che la non comparizione ingiustificata dell'im-

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ V., per tutti, Volpe, *Querela*, Dig. pen., X, Torino, 1995, 589.

¹² Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, 219.

¹³ Così Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 634.

putato contumace possa essere ricondotta univocamente alla sua volontà di non ricusare la remissione di querela è un'affermazione che lascia i dubbi che trova, specie perché le ragioni di tale condotta processuale possono essere molteplici, a partire dalla precisa volontà di non partecipare al processo, per finire con l'eventualità - non trascurabile - che il soggetto non sia effettivamente venuto a conoscenza della data di celebrazione dell'udienza. Se a questo si aggiunge l'impossibilità oggettiva di garantire che il querelato-imputato, benché posto in condizione, sia poi realmente venuto a conoscenza della volontà della persona offesa di rimettere la querela, allora appare se non altro ambiguo associare alla posizione del contumace la precisa volontà - invero inconsapevole - di accettare la remissione della querela.

A tacer d'altro, l'apparato di garanzie predisposte a favore del contumace, il quale ove compaia tardivamente e dimostri l'involontarietà della sua assenza, è legittimato - a seconda delle fasi del processo - a chiedere la rinnovazione del dibattimento; ovvero, in fase più avanzata, la restituzione nel termine per esercitare il diritto di impugnare la sentenza contumaciale; o, ancora, può richiedere la rinnovazione del dibattimento in grado d'appello; insomma, un sistema di garanzie dal quale si deduce chiaramente che la contumacia è una categoria giuridica concepita per ben altro scopo rispetto alla tacita accettazione della remissione di querela, di cui non vi è menzione alcuna.

Tornando al punto di partenza, serie riserve si possono sollevare in ordine alla compatibilità tra la posizione processuale del contumace e la tacita volontà di non ricusare - attraverso tale condotta - la remissione di querela, di cui sia venuto potenzialmente a conoscenza. Sembra, invece, più corretto affermare che la contumacia è espressione di una facoltà processuale che di per sé sola non può considerarsi idonea ad integrare la volontà univoca

di accettare tacitamente la remissione di querela¹⁴.

A differenza della rinuncia¹⁵, la remissione di querela è un negozio giuridico bilaterale che si perfeziona con l'accettazione espressa o tacita del querelato¹⁶, il quale si presuppone che per procedere in tal senso sia a conoscenza dell'avvenuta remissione.

Come più volte ribadito, per l'accettazione tacita della remissione di querela non basta un "silenzio inespressivo"¹⁷, ma è necessario un comportamento concludente che risulti sintomatico della volontà univoca di accettare consapevolmente la remissione. Di fatto l'equiparazione dell'inerzia processuale dell'imputato - che non compare in udienza senza addurre alcun legittimo impedimento - con la volontà tacita di aderire alla remissione di querela non convince, perché tale condotta è potenzialmente riconducibile anche ad altre ragioni. In particolare si ritiene che la semplice contumacia non costituisca tacita accettazione, per l'impossibilità oggettiva di attribuire al querelato la volontà di aderire alla remissione di cui non è a conoscenza. Ne consegue che la contumacia può eccezionalmente equivalere a non ricusare tacita nella sola ipotesi in cui venga accertato il presupposto della conoscenza della remissione da parte del querelato¹⁸.

Diversamente argomentando, l'orientamento seguito dalle Sezioni Unite che interpretano la contumacia come condotta processuale

¹⁴ Dello stesso avviso Di Martino, sub art. 155 c.p., Padovani (a cura di), *Codice penale*, I, Milano, 2007, 1054.

¹⁵ La rinuncia alla querela (art. 124 c.p. e art. 339 c.p.p.) è un atto giuridico unilaterale e preventivo. Per ulteriori approfondimenti sul punto v. Gaito, *Querela, richiesta, istanza*, *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2001, 4.

¹⁶ In tal senso: Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 415; Gaito, *Querela*, cit., 5; *contra*: Di Martino, sub art. 155 c.p., cit., 1054; Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1971, 333, secondo il quale, peraltro, si può parlare solo di "accettazione della remissione", mentre è improprio il linguaggio del legislatore quando si riferisce alla ricusazione (art. 155 c.p.).

¹⁷ Così Cordero, *Procedura penale*, cit., 415.

¹⁸ Battaglini, *La querela*, Torino, 1958, 428.

le idonea ad integrare la mancata ricusa tacita della remissione, tanto da ricondurvi l'effetto estintivo del reato, presta il fianco a qualche perplessità, in quanto appare prevalentemente guidato dall'intento di snellire il carico giudiziario utilizzando una categoria processuale che consenta di giungere più velocemente alla

neutralizzazione della condizione di procedibilità. Lo sforzo è apprezzabile, ma non si può fare a meno di rilevare che tale conclusione appare in palese contrasto con la garanzia del valore fondamentale della difesa dell'imputato contumace, nonché del diritto del querelato di dimostrare la propria innocenza.

Più rigore nell'applicazione dell'art. 512 c.p.p.

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 15 giugno 2011, n.24039 - Pres. De Roberto, est. Citterio

Per disporre la lettura, sulla base dell'art. 512 c.p.p., l'irreperibilità del teste può essere dichiarata solo quando risultino espletate infruttuosamente, oltre alle ricerche previste per l'imputato dall'art. 159 c.p., tutti gli accertamenti congrui alla peculiare situazione personale quale risultante dagli atti, da deduzioni specifiche delle parti, dall'esito dell'istruttoria nel giudizio; l'apprezzamento della ragionevole impossibilità di svolgere ulteriori efficaci ricerche compete al giudice del merito, che di ciò deve dar conto con motivazione non apparente e non manifestamente illogica o contraddittoria.

Ragioni della decisione

1. Con sentenza del 17.11 - 16.12.2010 la corte d'appello di Milano ha confermato la condanna alla pena di giustizia, inflitta dal Tribunale di Como a M..M., per i reati di cui agli artt. 73.5 DPR 309/90, 629 e 61 n.2 c.p. e 14.5 ter d.lgs. 286/98.

Secondo le prime due imputazioni, l'imputato aveva ceduto a P.F., per più volte, dosi di cocaina, costringendolo poi a saldare il debito contratto con tali acquisti. Risulta dalle sentenze di merito la versione di M., che aveva a sua volta denunciato P. per calunnia, di aver invece egli prestato una somma di denaro al P., come documentato da un bonifico fatto dalla propria sorella direttamente al P.. Risultava altresì che la polizia giudiziaria aveva assistito ad un passaggio di denaro dall'imputato al denunciante, rinvenendo in esito alla successiva perquisizione, eseguita nell'abitazione in uso all'imputato, 2 grammi di varia sostanza stupefacente e 700 Euro. Le dichiarazioni del P. erano state acquisite all'udienza ex art. 512 c.p.p., essendo il teste divenuto irreperibile.

2. Il ricorso deduce, con primo motivo, violazione di legge in relazione agli artt. 512, 526.1 bis c.p.p., 6.3 lett. d) legge 848/1955, art. 111.3 e .4, Cost. e manifesta illogicità della motivazione.

Il ricorrente ricorda le ragioni, già indicate nei motivi d'appello, per le quali l'irreperibilità del P. non poteva essere definita oggettiva, involontaria, imprevedibile ed accertata con sicurezza, ed evidenzia come nella risposta dei Giudici di merito:

- gli stessi elementi - lo stato di tossicodipendenza ed il possibile timore di ritorsioni - erano stati considerati idonei a spiegare la non intenzionalità dell'irreperibilità ma non pure la prevedibilità dell'irripetibilità della prova;

- l'affermazione della diversità di contenuto delle ricerche tra imputato e teste contrastava con le regole del giusto processo specialmente quando si trattava dell'unica fonte di prova;
- mancava motivazione sui punti dell'oggettività e dell'involontarietà della irreperibilità.

Il tutto, in violazione dei principi di diritto insegnati da questa Corte di legittimità con le sentenze 28666/2010, 29949/2009, 43331/2007, nonché dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze Bracci e Ogaristi.

Con secondo motivo è dedotta omessa motivazione circa l'attendibilità del denunciante e manifesta illogicità della motivazione con riferimento:

- alla contestata mancanza di riscontri probatori alla denuncia, in relazione alla prova, anche travisata, costituita dal titolo di pagamento che la sorella dell'imputato aveva inviato non già al fratello ma proprio al P.;
- all'attendibilità del P., confermata dalla Corte ambrosiana con affermazione apodittica che non si era confrontata con le specifiche contraddizioni, dedotte nei motivi d'appello e ricordate nel ricorso;
- all'equivocità del passaggio di denaro osservato dalla polizia giudiziaria, compatibile anche con la versione difensiva;
- alla non decisività delle telefonate ricevute, atteso il sequestro di due cellulari, uno di altro soggetto, senza che fosse stato specificato l'abbinamento delle chiamate di tossicodipendenti con l'uno o con l'altro cellulare.

3. Il ricorso è fondato, nei termini di seguito argomentati, dovendosi annullare la sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Milano per un nuovo giudizio.

3.1 In ragione di tale annullamento, sarà la stessa Corte del rinvio a deliberare anche sul reato di cui al capo C), pur non oggetto di ricorso, alla luce del recentissimo insegnamento di Sez. 1, sent. 22105 del 28 aprile - 1 giugno 2011, in relazione alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pronunciata in pari data (28.4.2011) nella causa C-61/11 PPU (ric. Hassen El Dridi), la cui rilevanza è ora confermata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 179/2011.

3.2 Quanto ai capi B e C, è infatti fondato il primo motivo, relativo all'illegittimità, allo stato, dell'utilizzazione dei verbali delle dichiarazioni del P., in ragione dell'erroneamente ritenuta irreperibilità dello stesso (irreperibilità che costituisce il primo momento dell'iter logico-giuridico che conduce prima all'utilizzazione dei verbali delle dichiarazioni rese nella fase di indagini preliminari e, poi, alla valutazione della loro idoneità a fondare una legittima affermazione di responsabilità).

E poiché la sentenza impugnata non ha argomentato in ordine alla non decisività della deposizione di P. per la condanna di entrambi i reati di spaccio e di estorsione, o anche di uno solo di essi, tale illegittimità impone il suo annullamento.

3.2.1 Investita dello specifico motivo, la Corte distrettuale ha argomentato che "quanto all'ipotizzata carenza nell'effettuazione delle ricerche del denunciante P., invero va affermato che le ricerche del testimone non debbono avere le stesse caratteristiche delle ricerche che si effettuano per l'imputato, pertanto correttamente sono state dal primo giudice riconosciute esaustive le informazioni fornite dalla polizia giudiziaria che hanno fatto ritenere irreperibile il P.".

La prima parte dell'affermazione realizza un errore di diritto, nei cui confronti non può provvedersi solo ai sensi dell'art. 619 c.p.p., perché dalla sentenza di primo grado risulta che effettivamente le ricerche del P. da parte della polizia giudiziaria si sono limitate e risolte nell'accertamento: della pregressa cancellazione dal comune di ultima residenza, della non reperibilità

all'ultimo domicilio di residenza (pur l'uno e l'altro - ha evidenziato la difesa - indicati tuttavia dal P. nella denuncia) e della non restrizione carceraria; quindi, in concreto, le ricerche neppure si sono svolte in tutti i luoghi corrispondenti a quelli previsti dall'art. 159 c.p.p. per l'imputato.

3.2.2 In consapevole dissenso con precedente giurisprudenza di legittimità che sosteneva la tesi ora fatta propria dalla Corte d'appello (Sez.2, sent. 15-31.5.1996), già Sez.6, sent. 3937 del 28.1-28.3.2000 ha insegnato che le ricerche necessarie per verificare l'irreperibilità del testimone (ovvero di uno dei soggetti indicati dall'art. 210 c.p.p.), da cui derivi l'impossibilità di ripetizione delle sue dichiarazioni, debbono coincidere con quelle richieste per la constatazione della irreperibilità dell'imputato, in ragione della natura eccezionale della regola dettata dall'art. 512 c.p.p., norma che deroga al principio del contraddittorio e richiede quindi necessariamente un'interpretazione di particolare rigore.

Dopo la compiuta modifica dell'art. 111 della Costituzione, e sviluppando il senso dei rilievi della sentenza Ibrahimi, la sentenza Sez.2, n. 43331 del 18.10-22.11.2007 ed altro ha insegnato che, ponendo tale articolo in evidenza la necessità che l'impossibilità dell'esame debba essere accertata, l'interpretazione costituzionalmente adeguatrice dell'art. 512 c.p.p. impone siano espletate "tutte quelle rigorose ricerche che consentano, in relazione al singolo caso, di affermare con certezza l'irreperibilità del teste e, quindi, l'impossibilità del suo esame in contraddittorio" (di accertamento con rigore aveva parlato anche S.U. sent.36747 del 28.5-24.9.2003). Argomentando poi specificamente sul punto della diversità di posizione tra imputato (la cui situazione è espressamente disciplinata dagli artt. 159 e 160 c.p.p.) e teste, la sentenza 43331/2007 ha avvertito che "a fondamento dei rigorosi accertamenti in merito all'irreperibilità del testimone, come situazione rilevante ai fini di cui all'art. 512 c.p.p., sta il rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova che, al pari del diritto di difesa, è oggetto di un espresso riconoscimento costituzionale". Sicché, "la deroga che il sistema acquisitivo ex art. 512 c.p.p. apporta ai principi di oralità, immediatezza e formazione dialettica della prova, impone di verificare tutte le possibilità di cui si dispone per assicurare la presenza della prova in dibattimento". Da qui l'avvenuta formulazione del principio di diritto che la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. è legittima, tra l'altro, solo se l'irreperibilità del teste sia stata accertata sulla base di rigorose e accurate ricerche condotte a tal fine.

L'insegnamento è stato recentemente confermato, in esatti termini, anche da Sez.2, sent. 28666 del 24.6-21.7.2010.

Se quindi la sentenza I., in contemporaneità con l'iter di modifica dell'art. 111 cost., affermava che le ricerche del teste dovevano, al fine di dichiararne poi l'irreperibilità, esser svolte (quantomeno) con le modalità previste per l'imputato dal codice, in ragione della natura derogatoria dell'art. 512 c.p.p., dalle sentenze successive, ed in particolare dalla sentenza Poltronieri, emerge un insegnamento che, in piena coerenza con la sopravvenuta piena ed esplicita "costituzionalizzazione" del diritto al contraddittorio nella formazione della prova, va - pur senza affermarlo espressamente - già oltre tale equiparazione. Del resto, se la conclusione concreta dovesse essere solo quella della parificazione delle modalità e dei contenuti di ricerca, tra imputato e teste, sarebbe stato sufficiente il richiamo agli artt. 159 e 160 c.p.p. ovvero la mera affermazione di un tale "agevole" ed inequivoco principio. Invece, l'utilizzazione di locuzioni come "rigorosi accertamenti", "rigorose e accurate ricerche", "verificare tutte le possibilità di cui si dispone", manifesta un'esigenza specifica ed inequivoca: la necessità che siano svolti tutti gli accertamenti utili in relazione al caso concreto, sicché le modalità di cui all'art. 159 c.p.p. non sono che il parametro per individuare il minimo che va fatto per ricercare il teste, un minimo su-

scettibile di integrazione congrua, appunto, alle particolarità del caso concreto. Così, esemplificando, l'eventuale esistenza in vita e reperibilità di genitori o fratelli/sorelle rende ovvia anche l'assunzione di informazioni presso di loro; così come gli eventualmente conosciuti contesti di pregressa attività lavorativa o di contatti di qualsiasi genere con strutture pubbliche.

3.3 Già la sentenza 43331/2007 ha introdotto pure il tema dell'incidenza, nell'interpretazione rigorosa del concetto di irreperibilità, dei principi della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, quali risultanti dall'elaborazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, in particolare con riferimento all'art. 6 lettera 3 d) della Convenzione che prevede esplicitamente, tra l'altro, il "diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico".

Come ricordato dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007 la stessa Corte delle leggi è costante nel ritenere che le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo - integrino, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dal primo comma dell'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Ciò anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sent. 80/2011). Per ormai consolidata giurisprudenza costituzionale, questo comporta che, nel caso di potenziale contrasto tra la norma interna e la norma CEDU, il giudice nazionale deve "verificare anzitutto la praticabilità di un'interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione".

Questo contesto Europeo, nella sua pregnante incidenza nel sistema delle fonti del diritto interno applicabile, ha ricevuto ora un ulteriore e davvero determinante riconoscimento. Con la recente sentenza 113/2001 la Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 e. p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza (o del decreto penale di condanna) al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Ora, se è vero che la decisione della Corte costituzionale formalmente riguarda i soli singoli casi che siano stati esaminati e decisi dalla Corte Europea, appare evidente che va in realtà colta l'essenza sistematica della novità. Che è quella di riconoscere alla violazione della giurisprudenza Cedu in tema di diritti riconosciuti nell'ambito del procedimento penale la "sanzione" della vanificazione del giudicato.

Il che rafforza, davvero in modo francamente poco superabile, la conclusione che il diritto al contraddittorio riconosciuto nella formazione della prova, nella specie dichiarativa, impone che l'impossibilità oggettiva di procedere al confronto orale sia assistita dall'esclusione di ogni ulteriore ragionevole possibilità di utile contatto.

In definitiva, in assenza di un'esplicita disciplina codicistica dei contenuti e dei limiti delle ricerche del teste, sia l'intrinseca natura derogatoria dell'art. 512 c.p.p. ai "normali" principi sistematici endoprocessuali, sia la previsione costituzionale del diritto al contraddittorio nella formazione della prova e dell'eccezionalità delle deroghe, sia i principi posti dall'art. 6 della Convenzione Europea nell'elaborazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo (ed ora con la potenziale immediata efficacia "interna" anche al singolo processo) concorrono a concludere che l'irreperibilità del dichiarante, quale primo dei presupposti per l'utilizzabilità delle sue pregresse dichiarazioni, rese al di fuori del contraddittorio, sussista solo quando non siano più possibili ulteriori ragionevoli accertamenti, oltre quelli minimi, già previsti dall'art. 159 c.p.p. per l'imputato.

3.4 Quando anche per il teste siano state infruttuosamente eseguite le ricerche nei luoghi indicati dall'art. 159 c.p.p., diviene apprezzamento di stretto merito quello relativo alla possibilità di provvedere, nel caso concreto, ad ulteriori accertamenti, congrui alla peculiare situazione personale quale risultante dagli atti, da deduzioni specifiche delle parti, dall'esito dell'istruttoria nel giudizio. Tale apprezzamento compete ovviamente al giudice del merito, che ne deve dar conto secondo i consueti parametri, della motivazione non apparente, non manifestamente illogica e non contraddittoria.

3.5 Devono pertanto formularsi i seguenti principi di diritto, cui il Giudice del rinvio dovrà attenersi:

- l'irreperibilità del teste può essere dichiarata solo quando risultino espletate infruttuosamente, oltre alle ricerche previste per l'imputato dall'art. 159 c.p., tutti gli accertamenti congrui alla peculiare situazione personale quale risultante dagli atti, da deduzioni specifiche delle parti, dall'esito dell'istruttoria nel giudizio;
- l'apprezzamento della ragionevole impossibilità di svolgere ulteriori efficaci ricerche compete al giudice del merito, che di ciò deve dar conto con motivazione non apparente e non manifestamente illogica o contraddittoria.

[omissis]

FRANCESCO TRAPPELLA

Dottorando di ricerca in diritto pubblico, indirizzo penalistico - Università di Roma Tor Vergata

Teste d'accusa non reperibile, letture e diritto al confronto

Unavailability of the prosecution's witness, readings and right of confrontation

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Giuseppe Di Chiara)

La Corte di cassazione applica l'art. 159 c.p.p. al testimone (d'accusa) non comparso, dovendo egli essere ricercato in tutti i luoghi indicati dalla norma e in ogni altro che si renda opportuno date le peculiarità del contesto concreto. Solo dopo aver compiuto infruttuosamente tali ricerche, il giudice potrà ritenere l'irreperibilità del teste (con motivazione non apparente, non manifestamente illogica e non contraddittoria), consentendo, alle altre condizioni contemplate dall'art. 512 c.p.p., la lettura delle sue dichiarazioni pre-dibattimentali.

The Supreme Court applies art. 159 c.p.p. to the prosecution's witness can not be located, having to be searched in all the places indicated by the standard and any other dates as may be appropriate to the peculiarities of the concrete context. Unsuccessful searches performed there, the judge may declare the unavailability of the witness (with no apparent motivation, not manifestly unreasonable and not contradictory), allowing the reading of his pre-trial statements ex art. 512 c.p.p..

La vicenda

La Corte affronta il tema dell'utilizzabilità delle sommarie informazioni rese da persona successivamente irreperibile; il ricorrente lamentava che il giudice di primo grado avesse acquisito le dichiarazioni del suo accusatore ex art. 512 c.p.p., affermando-

ne l'irreperibilità senza dimostrare che la medesima fosse oggettiva, involontaria ed imprevedibile. L'impugnativa poggia anzitutto su una critica al *modus operandi* degli inquirenti, che non avrebbero compiuto tutti gli accertamenti necessari al reperimento del testimone, impedendo, così, all'imputato di confrontarsi con esso in dibattimen-

to. Altra censura, poi, investe l'operato del giudice di merito, che non avrebbe adeguatamente motivato la tesi dell'irreperibilità del teste, acquisendone in udienza le dichiarazioni attraverso la lettura degli atti pre-dibattimentali.

Menzionando la giurisprudenza interna ed europea, la Corte di cassazione accoglie il ricorso, annullando con rinvio la pronuncia impugnata. Si stabilisce, in particolare, che «l'irreperibilità del teste può essere dichiarata solo quando risultino espletate infruttuosamente, oltre alle ricerche previste per l'imputato dall'art. 159 c.p.p., tutti gli accertamenti congrui alla peculiare situazione personale quale risultante dagli atti, da deduzioni specifiche delle parti, dall'esito dell'istruttoria nel giudizio» e che «l'apprezzamento della ragionevole impossibilità di svolgere ulteriori efficaci ricerche compete al giudice di merito, che di ciò deve dar conto con motivazione non apparente e non manifestamente illogica o contraddittoria».

Alla luce dei principi espressi dagli art. 111 Cost. e 6 Cedu, viene individuato il livello minimo di ricerche da compiersi sul testimone onde dichiararlo irreperibile e utilizzarne le dichiarazioni pre-dibattimentali mediante lettura in dibattimento. Nel combinato disposto tra gli artt. 159 e 512 c.p.p. la Corte di cassazione rinviene il punto di equilibrio tra *right of confrontation* dell'imputato e l'interesse pubblico all'accertamento, da realizzarsi, quest'ultimo, anche ricorrendo a strumenti alternativi al contraddittorio qualora questo sia (oggettivamente) impossibile.

Right of confrontation e "irreperibilità" del testimone

Le regole del giusto processo – descritte dal riformato art. 111 Cost.¹ ed espressione del-

le più generali garanzie difensive dell'art. 24 Cost.² – prevedono³ il diritto per l'imputato di confrontarsi con il proprio accusatore. Il contraddittorio, e quindi la costruzione di un dialogo effettivo tra le parti, implicano che le medesime siano fisicamente presenti in aula e che altrettanto lo siano i soggetti chiamati a rendere dichiarazioni sui fatti del processo⁴.

La legge può prevedere deroghe al *right of confrontation* solo quando siano riconducibili alle categorie dell'art. 111, comma 5, Cost.: consenso delle parti, provata condotta illecita, accertata impossibilità oggettiva⁵. L'irreperibilità del testimone rientra in quest'ultima ipotesi: chi, informato dei fatti, fa perdere le proprie tracce, rende impossibile ogni confronto con l'accusato⁶.

Ora, in una situazione del genere, per consentire al giudice di acquisire le conoscenze che gli deriverebbero dall'audizione del testimone mediante altri strumenti (cioè attraverso la lettura delle sommarie informazioni rese durante le indagini), l'irreperibilità deve essere *oggettiva e accertata*.

² Sui rapporti tra artt. 24 e 111 Cost., Valentini, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 47.

³ Vanni, *Irreperibilità*, Enc. dir. XXII, Milano, 1972, 901.

⁴ E in ciò si sostanzia il legame tra contraddittorio come diritto individuale e come metodo di accertamento. Esso, infatti, permette alle parti di difendere i propri asserti attraverso la presentazione di istanze istruttorie, ed è al contempo veicolo di conoscenza per il giudice, che acquisisce conoscenze mediante il confronto diretto tra quanti intervengono al processo. *Ex plurimis*, Tonini, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, Dir. pen. proc., 2000, 1388.

⁵ Sul punto, Cesari, "Giusto processo", *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 56. Si veda anche, Fanuele, *L'irripetibilità sopravvenuta delle dichiarazioni in precedenza acquisite: l' "accertata impossibilità di natura oggettiva" giustifica una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova*, Cass. pen., 2001, 1516.

⁶ Utili approfondimenti sulle ricadute dell'irreperibilità (ancorché, qui, dell'imputato) sul giusto processo, in Iafisco, *Il "giusto processo" dell'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, Giur. cost., 2007, 1124.

¹ Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, Dir. pen. proc., 2000, 197.

È necessario, prima, considerare il significato di tali aggettivi, e poi valutare l'interpretazione che ne ha dato il Supremo Collegio nel caso in parola.

È *oggettivo* ciò che fuoriesce dalla dimensione del volontario, rendendosi indipendente dalla libera determinazione dell'agente⁷. Più in particolare, l'impossibilità oggettiva è quella non imputabile né alla parte, né al testimone che decida liberamente – cioè senza l'influenza di fattori esterni – di sottrarsi all'esame⁸.

È accertato ciò che è soggetto ad «attività volta a determinare con certezza un fatto o una situazione»⁹: perché l'impossibilità di contraddire sia tale, occorrono precisi controlli in tal senso, atti, cioè, a dimostrare che sia stato compiuto ogni sforzo idoneo a rintracciare la parte o il testimone, e a portarlo al processo così da permettergli di esprimersi in merito ai fatti. Il giudice che ritenga l'oggettiva impossibilità di contraddire deve esplicitare i controlli compiuti per accertarla: così, per la Suprema Corte, l'apprezzamento della possibilità di provvedere alle ricerche dell'irreperibile «compete al giudice di merito, che ne deve dar conto secondo i consueti parametri della motivazione non apparente, non manifestamente illogica, non contraddittoria»¹⁰.

⁷ Sul punto, Panzavolta, *Il testimone irreperibile alla luce dei principi costituzionali*, Cass. pen., 2003, 3866 e, dello stesso Autore, *La lettura di atti irripetibili al bivio tra "impossibilità oggettiva" e "libera scelta"*, Cass. pen., 2003, 3983. Si veda pure Renzetti, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, Cass. pen., 2006, 141.

⁸ In giurisprudenza, Cass., sez. III, 8 luglio 2004, n. 38682, Cass. pen., 2005, 3815 con nota di Paulesu, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*.

⁹ Voce *Accertamento*, Zanichelli, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2000, 27.

¹⁰ E questo, essendo la motivazione la parte del provvedimento giurisdizionale che spiega «l'iter logico seguito nella formazione del convincimento, sfociato nel dispositivo della sentenza, dell'ordinanza o del decreto». Così, con poche ma chiarissime parole, Geraci, *Motivazione (obbligo di)*, *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, IX,

Ciascun accertamento implica motivazione: il giudice in essa renderà conto delle ragioni che gli impongono di acquisire la prova dichiarativa con forme diverse dal contraddittorio.

Impossibilità di ripetere l'atto oggettiva

Nel caso *de quo*, rilevata l'irreperibilità del teste, il giudice di merito dava lettura delle sue dichiarazioni pre-dibattimentali *ex art. 512 c.p.p.*. In ossequio ai principi della Costituzione, per applicare questa norma, lo stato del testimone deve costituire un'impossibilità oggettiva al contraddittorio¹¹, che il legislatore ha descritto con queste parole: «sopravvenuta»¹² e «[legata a] fatti o circostanze imprevedibili». Fissati tali presupposti, si vieta la lettura nel caso di negligenze delle parti¹³ o di volon-

Bergamo, 2007, 717, ma anche Massa, *Motivazione (dir. proc.pen.)*, Enc. giur., XX, Roma, 1990, 1 o, per utili approfondimenti, Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cass.*, Milano, 1997.

¹¹ Sul punto, in giurisprudenza: Cass., sez. I, 30 aprile 2001, n. 24102, CED Cass., 219918; Cass., sez. I, 13 novembre 2002, n. 41028, CED Cass., 222712; Cass., sez. V, 22 ottobre 2002, n. 41227, Cass. pen. 2003, 3864; Cass., sez. I, 24 aprile 2008, n. 17212, CED Cass., 239617; Cass., sez. I, 24 maggio 2010, n. 19511, CED Cass., 247195.

¹² L'aggettivo compare in rubrica. E, benché *rubrica legis non est lex*, l'idea della sopravvenienza di tale irripetibilità si desume dai tempi verbali del disposto: «il giudice [...] dispone [tempo presente] che sia data lettura degli atti assunti [participio passato] [...] quando [...] ne è divenuta impossibile la ripetizione [passato prossimo]»; il che significa che oggi il giudice dispone la lettura di atti già compiuti perché dal momento della loro assunzione all'udienza sono divenuti irripetibili. Importante anche l'uso del verbo divenire, che implica un mutamento dello stato di fatto, confermando, così, l'idea del passaggio da una situazione (la prognosi di ripetibilità) a un'altra (l'effettiva irripetibilità).

¹³ Così, sarà vietata la lettura delle s.i.t. nel caso del pubblico ministero che ometteva di richiedere l'incidente probatorio per acquisire la testimonianza di colui che assisteva al compimento del reato all'uscita dello studio medico ove gli veniva diagnosticato il morbo di Alzheimer, conoscendo l'inquirente lo stato di salute del dichiarante. Sulle negligenze della parte pubblica, Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli*

taria scelta delle medesime di sottrarre se stesse o le proprie fonti testimoniali al confronto in udienza.

L'art. 512 c.p.p. va letto unitamente al 526, comma 1bis, c.p.p.¹⁴, che tutela il *right of confrontation* dell'imputato. Sul punto, e circa il teste non reperibile, la giurisprudenza, anche di merito, ha distinto tra *imprevedibilità* e *volontarietà*. La prima è la ragionevole incapacità delle parti, valutata *ex ante*¹⁵, di attendersi l'impossibilità dell'esame testimoniale; la seconda è la libera determinazione del testimone ad assumere una condotta tale da rendere irripetibile una propria precedente dichiarazione. L'utilizzabilità degli atti acquisiti mediante lettura viene, così, ancorata al duplice requisito: a) dell'impossibilità – imprevedibile per le parti – di reiterare in giudizio la dichiarazione pre-dibattimentale resa dal teste; b) della mancanza di una scelta consapevole del teste di sottrarsi all'esame¹⁶.

Per un'esegesi corretta delle norme in gioco, occorre tenerne in conto la *ratio*.

L'art. 512 c.p.p. evita la dispersione della prova¹⁷ dichiarativa, assicurando al giudice

l'acquisizione di saperi che gli rimarrebbero estranei in un sistema fondato esclusivamente sull'oralità. L'art. 526, comma 1bis, c.p.p. è disposizione di chiusura: indipendentemente dalle regole sull'utilizzabilità delle prove, mai può provarsi la colpevolezza dell'imputato in base alle dichiarazioni di chi, «per libera scelta», si è «volontariamente» sottratto al contraddittorio; in relazione al sistema delle letture l'art. 526, comma 1bis, c.p.p. funge, così, da ulteriore limite. Insomma, un certo atto può entrare nel processo se è impossibile il contraddittorio; se, però, detta impossibilità è determinata dalla volontaria sottrazione del teste all'esame, il giudice non può formare il proprio convincimento sulla base di quell'atto. Come norme devianti rispetto al *genus* oralità, esse sono soggette a un'interpretazione restrittiva: mentre l'irreperibilità del testimone, di per sé, non impedisce l'acquisizione, scatta il divieto d'uso in chiave colpevolista della prova se la sottrazione della fonte è volontaria (526, comma 1 bis, c.p.p.)¹⁸.

... e accertata

La sussistenza dei presupposti dell'art. 512 c.p.p. deve essere provata: non può derogarsi al contraddittorio senza accertare l'impossibilità di procedere a confronto orale¹⁹. Così, nella decisione in commento, si afferma che «la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. è legittima

atti provenienti dalle fasi anteriori, Ferrua-Grifantini-Illuminati-Orlandi (a cura di), *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2002, 224, ma anche, più risalenti, Dubolino, *L'art. 512 c.p.p. tra dubbi di costituzionalità e tentativi di razionalizzazione*, Arch. n. proc. pen., 1995, 429 e Kalb, *Il sistema delle letture dibattimentali*, Annali Ist. dir. proc. pen. Univ. Salerno, 1993, 129.

¹⁴ *Ex plurimis*, Cass., sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 8384, Cass.pen., 2003, 3865.

¹⁵ Valutata, cioè, con riguardo alle conoscenze di cui la parte disponeva (o avrebbe ragionevolmente potuto disporre) fino allo scadere del termine entro cui sarebbe stata formulabile la richiesta di incidente probatorio. Così, Cass., sez. III, 2 luglio 2007, n. 25110, CED Cass., 236962.

¹⁶ Sul punto, Ass. S. Maria Capua Vetere, 18 aprile 2002, *Dir. pen. proc.*, 2003, 229 con nota di Conti, *Irreperibilità volontaria del dichiarante e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*; Ass. Torino, 10 maggio 2002, Cass. pen., 2003, 3970.

¹⁷ All'indomani di C. cost., sent. 3 giugno 1992, n. 255, *Foro It.* 1992, 1, 2013, ampio è stato lo studio sul principio di non dispersione della prova. Tra i tanti, Dominioni, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione della prova*, Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 736;

Id, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, AA.VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998, 79; Gaito, *La prova penale*, Torino, 2008, 70; Aprile-Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano, 2011, 282.

¹⁸ Sul punto, in giurisprudenza, Cass., sez. un. 28 maggio 2003, n. 36747, *Dir. pen. proc.*, 2004, 67; Cass., sez. IV, 10 dicembre 2004, n. 5821, CED Cass., 231303; Ass. app. Trieste, 26 ottobre 2004, *Dir. pen. proc.*, 2005, 895.

¹⁹ E infatti «la deroga che il sistema acquisitivo ex art. 512 c.p.p. apporta ai principi di oralità, immediatezza e formazione dialettica della prova impone di verificare tutte le possibilità di cui si dispone per assicurare la presenza della prova in dibattimento». Cass., sez. II, 18 ottobre 2007, n. 43331, CED Cass., 238198.

solo se l'irreperibilità del teste sia stata accertata sulla base di rigorose e accurate ricerche condotte a tal fine».

Si pone, così, il problema del se applicare al teste irreperibile l'art. 159 c.p.p., dettato, invece, per l'imputato che abbia fatto perdere ogni traccia di sé.

La disciplina in parola sacrifica l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'accusato²⁰ che non venga raggiunto dalla notificazione né nei modi, ordinari, previsti dall'art. 157 c.p.p., né nei luoghi di sua pertinenza, quali quello di nascita, di ultima residenza anagrafica, di dimora o di lavoro.

L'art. 159 c.p.p. parla di «ricerche», null'altro specificando in ordine alle modalità delle stesse. L'avverbio «particolarmente» (ivi impiegato) lascia intendere che l'elenco dei luoghi indicati non sia tassativo²¹, sì che l'ufficiale giudiziario può rintracciare l'imputato lì o altrove, secondo quanto ritenuto opportuno. Per colmare la lacuna generata dall'assenza di precise indicazioni in tal senso, la giurisprudenza ha affermato che la ricerca debba eseguirsi «cumulativamente e non alternativamente o parzialmente nei luoghi indicati nell'art. 159»²².

Il parametro delineato dall'art. 159 c.p.p. vale anche per il teste irreperibile: esso, però, individuerrebbe – secondo la decisione in parola – solo il minimo indispensabile che deve compiersi per le ricerche del testimone, ossia «un minimo suscettibile di integrazione congrua alle particolarità del caso concreto»²³.

²⁰ Sul punto, Silvestri, *Ragionevole durata del processo e forme di comunicazione in funzione partecipativa dell'imputato e delle altre parti*, Cass. pen., 2004, 1092.

²¹ Voena, *Atti*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2008, 253.

²² *Ex plurimis*, Cass., sez. I, 10 novembre 2006, n. 38768, Arch. n. proc. pen., 2007, 666 o, più risalente, Cass., sez. I, 16 ottobre 1998, n. 12016, Cass. pen., 1999, 2269.

²³ Il Supremo Collegio prosegue, poi, esemplificando: «l'eventuale esistenza in vita e reperibilità dei genitori o fratelli e sorelle rende ovvia l'assunzione di in-

Dalla lettura della pronuncia appare, così, possibile determinare un doppio livello di ricerche dell'irreperibile, l'uno applicabile all'imputato, e l'altro, al teste. Nel primo caso, l'elenco dell'art. 159 c.p.p. indicherebbe tutti i luoghi in cui l'ufficiale giudiziario deve ricercare l'accusato, non ritenendosi l'obbligo soddisfatto nel caso in cui l'indagine non contempli tutte le possibilità elencate dalla norma. L'art. 159 c.p.p. fornirebbe, così, uno *standard* qualitativo dell'attività di reperimento compiuta dall'ufficiale giudiziario. Nel caso del teste, invece, sarebbe necessario un *quid pluris*; si definirebbe, infatti, come effettiva la ricerca compiuta, sì, sui luoghi elencati dall'art. 159 c.p.p., ma anche su ogni altro luogo individuabile in base alle peculiarità del caso concreto.

Tuttavia, il tenore letterale della disciplina ora menzionata induce ad affermare che la ricerca – qualunque sia il destinatario della notifica – deve caratterizzarsi per diligenza e completezza²⁴; a ben vedere, tanto il reperimento dell'imputato quanto quello del teste sono preposti ad assicurare un'effettiva difesa. L'interesse in gioco, in effetti, è in larga parte analogo: nell'un caso s'intende favorire la conoscenza del procedimento, sì che l'imputato possa esercitare l'autodifesa; nell'altro caso si vuole garantire il confronto diretto tra accusato e accusatore, permettendo, ancora una volta, al primo di difendersi efficacemente.

Così, l'art. 159 c.p.p. definisce – sia per la ricerca dell'imputato, sia per quella del teste – un livello minimo, indispensabile di effettività dell'indagine; l'elenco dei luoghi della ricerca non è tassativo, ma anzi è suscettibile di essere di volta in volta completato, in base alle occorrenze del caso specifico²⁵.

formazioni presso di loro; così come gli eventualmente conosciuti contesti di pregressa attività lavorativa o di contatti di qualsiasi genere con strutture pubbliche».

²⁴ Grilli, *Le notificazioni penali*, Milano, 1990, 250.

²⁵ Quindi, l'art. 159, c.p.p. elenca i luoghi nei quali si deve fare ricerca, sia per l'imputato che per il difensore: sussiste indagine incompleta «per mancato compimen-

L'influenza della Cedu

Tra i principi enunciati dalle Corti europee vi è il diritto dell'imputato a confrontarsi in udienza con il proprio accusatore: questo è quanto afferma a più riprese la Corte edu²⁶, ai cui *dicta* l'Italia deve uniformarsi; senza contare che il giudice interno – «incaricato di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione²⁷ e di assicurarne la piena efficacia» – «dovrà disapplicare ogni disposizione nazionale contraria al risultato della [norma comunitaria]»

to delle nuove ricerche o effettuazione delle stesse non in tutti i luoghi o comunque in luoghi diversi da quelli indicati nell'art. 159» (così, Nuzzo, *Incidente di esecuzione, impugnazione tardiva e "principio di equipollenza degli atti"*, Cass. pen., 2004, 959). In più, è necessario – laddove le circostanze lo impongano – uno sforzo ulteriore dell'ufficiale giudiziario, affinché cerchi altrove, secondo diligenza e a seguito dell'analisi del contesto in cui opera.

²⁶ Nella pronuncia de qua la Cassazione richiama la giurisprudenza costituzionale sull'efficacia delle norme Cedu nel nostro ordinamento. «con le sentenze 348 e 349 del 2007 la stessa Corte delle leggi è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – integrino, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dal primo comma dell'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Ciò, anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona (sent. 80/2011)». Il Supremo Collegio ricorda, poi, che «con la recente sentenza 113/2011 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza (o del decreto penale di condanna) al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo». Su questo ultimo punto, vedasi Geraci, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, Proc. pen. giust., 2011, 4, 93.

²⁷ Diritto dell'Unione in cui rientra a pieno titolo la Cedu, visto che «l'Unione si impegna a rispettare i diritti fondamentali quali sono sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino e quali risultano dalle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario" (art. 6 TUE)». Bin-Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, 25.

inclusi, pertanto, quelli desumibili dalla Cedu richiamati dal testo comunitario²⁸.

Secondo l'art. 6, par. 3, lett. d), Cedu è diritto dell'accusato «interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni del testimone a carico». Affinché un processo sia equo, bisogna consentire all'imputato di procedere a un confronto diretto con il proprio accusatore; così facendo, si assicura il contraddittorio su un mezzo di prova decisivo ai fini della statuizione²⁹.

Per la Corte di Strasburgo l'art. 6, par. 3, lett. d) non opera necessariamente in fase processuale: la norma, infatti, è rispettata anche se durante le indagini all'accusato si è garantito il *right of confrontation* e gli atti investigativi vengono, poi, letti dal giudice perché resosi necessario ai fini dell'accertamento³⁰. Quel che rileva è la possibilità, per l'imputato³¹, di contrapporsi al testimone a carico *almeno una volta* nel corso della procedura³².

Deve trattarsi di un'opportunità di dialogo *adeguata e sufficiente*.

L'adeguatezza implica il confronto efficace, capace, cioè, di offrire una vera garanzia all'accusato. La sufficienza, invece, indica la possibilità per l'imputato di «mettere in discussione la versione fornita da un teste»³³, avendo in quella circostanza la possibilità di smontarne ogni assunto a favore della propria tesi difensiva.

Sulla base della giurisprudenza europea, quindi, potrebbe affermarsi l'inadeguatezza

²⁸ C. giust. UE, 28 aprile 11, C-61/11, El Dridi, www.curia.europa.eu.

²⁹ Sul punto, recente, Corte e.d.u., 18 maggio 10, ric. 231/07, Ogaristi c. Italia, www.echr.coe.int.

³⁰ Sempre Corte e.d.u., 18 maggio 10, cit.

³¹ Termine da leggersi, quindi, nel senso più ampio possibile, indicante in modo generico colui al quale sono rivolte le accuse.

³² Corte e.d.u., 13 ottobre 2005, ric. 36822/02, Bracci c. Italia, www.echr.coe.int.

³³ Gaito, *La prova penale*, cit., 178.

dell'art. 526, comma 1bis, c.p.p., che sanziona con l'inutilizzabilità solo la dichiarazione di chi *volontariamente* si sottrae al confronto con l'imputato, lasciando entrare nella mente del giudice altri saperi formati senza alcuna interlocuzione con l'accusato³⁴. Una qualsiasi modifica dell'art. 526 comma 1bis, c.p.p. dovrebbe, però, tenere in conto gli interessi legati all'accertamento, sussistendo circostanze in cui è inevitabile che il giudice acquisisca determinate conoscenze in riferimento alle quali è (oggettivamente) impossibile il contraddittorio³⁵.

La soluzione più idonea è il bilanciamento di interessi: sebbene applicando rigorosamente i principi non abbia valore distinguere tra varie ipotesi di assunzione della prova dichiarativa³⁶, sotto un profilo più generale bisogna consentire la lettura da parte del giudice di quegli atti per cui sia divenuta impossibile la ripetizione in giudizio senza responsabilità delle parti o del teste³⁷. Così ragionando, in-

fatti, la posizione dell'accusato non prevarica né l'interesse pubblico alla punizione dei reati, né le istanze dell'offeso, non sottacibili in un processo penale orientato alla tutela dei diritti umani.

Conclusioni

Dalla vicenda si ricava un duplice principio di diritto.

Da un lato, l'art. 159 c.p.p. costituisce uno *standard* minimo per le ricerche del teste irreperibile, da integrarsi con indagini ulteriori a seconda delle circostanze concrete; l'opportunità di accertamenti aggiuntivi è rimessa a una valutazione di merito³⁸ del giudice.

D'altra parte, è ribadita la funzione della motivazione, quale strumento per effettuare il controllo, che renderà conto dell'impossibilità di procedere a ulteriori ricognizioni sul teste non reperibile; la motivazione – si legge nella pronuncia – dovrà essere «non apparente»³⁹,

³⁴ Su questa linea, Cesari, *Prove irripetibili e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Riv. it. dir. proc. pen., 2003, 1464.

³⁵ Ad esempio perché il teste è morto in un incidente stradale pochi giorni prima dell'udienza durante la quale sarebbe stato sentito.

³⁶ Sotto questo profilo, assai condivisibili e chiare le parole di Cesari, *Prove irripetibili*, cit., 1464.

³⁷ E questo non solo per salvaguardare interessi pubblici alla repressione delle condotte criminose, ma anche con riguardo alla posizione della vittima; difatti, se estendessimo l'inutilizzabilità dell'art. 526, comma 1bis, c.p.p. anche alle ipotesi di involontaria, impreveduta e sopravvenuta irripetibilità della dichiarazione testimoniale in giudizio, il giudice potrebbe non tenere in conto elementi di decisivo favore per la posizione dell'offeso. Sul punto, Gabrielli, *Condanna fondata solo sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: una censura annunciata*, Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 287 o Maffei, *Prova d'accusa e testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Cass. pen., 2001, 2848. Sulla sussistenza di un contrasto tra l'art. 6, par. 3, lett. d), Cedue l'ordinamento italiano, Tamietti, *Il diritto a esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6 § 3 d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cass. pen., 2006, 2991. Può parlarsi di un vero contrasto? Se lette nell'ottica di una (possibile) tutela della

vittima, le norme del codice nostrano che consentono la lettura di dichiarazioni assunte senza assicurare all'imputato il *right of confrontation* – fattispecie, già si è detto, eccezionali – rispettano i principi sanciti dalla stessa Convenzione, pur in altri luoghi normativi. In primis, quello dell'art. 13: assicurare la lettura delle dichiarazioni pre-dibattimentali ex art. 512 c.p.p., infatti, contribuisce a rendere effettivo il ricorso della vittima alla giustizia penale, dando voce a saperi a essa favorevoli che altrimenti non entrerebbero nel processo.

³⁸ Più che di merito si potrebbe affermare discrezionale: fissato un obiettivo, il legislatore rimette al giudice la possibilità di realizzarlo nella maniera ritenuta più idonea. Sulla struttura della fattispecie discrezionale, Valentini, *I poteri del giudice dibattimentale*, cit., 3.

³⁹ È apparente la motivazione «caratterizzata da una rappresentazione esteriormente completa delle risultanze processuali e della valutazione delle stesse, ma in realtà affidata ad espressioni testuali generiche o stereotipate che dissimulano la sostanziale mancanza di una giustificazione effettiva delle decisioni assunte». Zaza, *La sentenza penale. Struttura e casistica*, Milano, 2011, 8. Per utili approfondimenti sul punto, Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, Enc. dir., XXVII, Milano 1977; Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997; Menna, *La motivazione*

non manifestamente illogica, o contraddittoria⁴⁰».

Vengono, così, ribaditi i capisaldi del giusto processo: contraddittorio e obbligo motivazionale delle pronunce. Muovendosi tra Costituzione e delle fonti sovranazionali, la

del giudizio penale, Napoli, 2000; Santoriello, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione*, Torino, 2008.

⁴⁰ Con la formula *illogicità manifesta* «il legislatore del 1989 [ha] inteso ampliare il novero dei vizi logici denunciabili innanzi alla Suprema Corte, includendovi non solo i difetti del discorso dimostrativo, ma pure quelli del discorso argomentativo, il che include la potenzialità di censura dell'errore caduto sulle c.d. massime d'esperienza», così Valentini, *Ricorso in Cassazione, Dig. pen.*, Torino, 2011 (in corso di pubblicazione). Sul punto, Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale*, cit., 299 e Scella, *Il vaglio di inammissibilità dei ricorsi in Cassazione*, Torino, 2006, 96. La 'contraddittorietà' rientra nel novero dei vizi logici, connotando un discorso le cui conclusioni non rispondono alle premesse, desumibili tanto dall'atto censurato quanto dall'insieme delle circostanze fattuali che hanno portato il giudice a esprimersi in un dato modo. Sempre Valentini, *Ricorso in Cassazione*, cit..

Corte disegna un quadro di garanzie per l'imputato, attuabili nella possibilità di esprimere il suo punto di vista e di interloquire con i suoi accusatori; ciò riflette una concezione in cui l'inquisito è la parte debole del processo, occorrendo predisporre interventi che ne riequilibrino il rapporto con il pubblico ministero. E' assai condivisibile, altresì, sostenere che principi della cedua non vanno letti nel senso di estendere l'inutilizzabilità a ogni dichiarazione assunta in assenza di confronto con l'imputato, ma nell'ottica di salvaguardare il contraddittorio finché è possibile.

Più in particolare, la Corte ricorre al bilanciamento, individuando il perfetto equilibrio tra le esigenze in gioco: s'impone la ricerca del teste d'accusa con ogni mezzo necessario secondo il contesto; sull'efficacia dell'indagine campeggia la verifica giurisdizionale al cui esito positivo corrisponderà l'irreperibilità del dichiarante per accedere alla lettura; spicca l'obbligo di motivazione per eventuali controlli.

Il magistrato di sorveglianza condanna l'amministrazione a risarcire i danni al detenuto

Magistrato di sorveglianza Lecce – ordinanza 9 giugno 2011 (est. Tarantino)

I diritti dei detenuti lesi da atti o provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria sono soggetti alla giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di Sorveglianza, che, in seguito alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999, può essere adito con la procedura ex artt. 14-ter, 35 e 69 l. 26 luglio 1975 n. 354. La decisione conclusiva implica la possibilità di condannare l'Amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno conseguente all'accertata lesione.

Con reclamo proposto in data 17 giugno 2010 (...) rappresentava di trovarsi ristretto a far data dal 4 luglio 2009 in forza di ordine di esecuzione emesso dalla Procura della Repubblica di Padova n. 1509/08 SIEP, presso la Casa circondariale di Lecce, all'interno di una cella della grandezza circa di 11,50 mq, dotata di un'unica finestra, con annesso servizio igienico privo di finestra, unitamente ad altri due detenuti, fruendo di letti a castello, il più alto dei quali situato ad appena 50 cm. dal soffitto. Costretto a trascorrere all'interno della suddetta cella 18 ore al giorno, in quanto ammesso a fruire della possibilità di sostare per due ore la mattina e due ore nel pomeriggio in uno spazio comune all'aperto, chiuso da mura di cinta e protetto da rete a copertura. Inoltre, si doleva di non poter fruire di alcuno spazio destinato alla socialità, alla lettura, alla preghiera, all'esercizio fisico. Nel corso delle suddette 18 ore, inoltre, la grata della cella secondo la prospettazione dello (...) sarebbe restata chiusa ininterrottamente, ed il blindo, invece, tra le 22.00 e le 7.00. Ancora il bagno della cella non sarebbe stato provvisto di acqua calda e l'impianto di riscaldamento nel periodo invernale sarebbe stato acceso solo dalle ore 20.00 alle ore 21.00. Sempre nello stesso periodo lo (...) lamentava di non essere stato ammesso a svolgere attività lavorativa o a partecipare ad altre attività trattamentali o ad esercitare i riti inerenti il proprio credo religioso. Rappresentava, infine, il detenuto che l'elevato sovraffollamento della Casa circondariale di Lecce, destinata ad ospitare meno di 700 detenuti, ma di fatto abitata da poco meno di 1400 ristretti, sarebbe stato presumibilmente all'origine dei due suicidi avvenuti nel mese precedente al deposito del ricorso, e la stessa situazione lo avrebbe indotto ad uno sciopero della fame in data 8 maggio 2010 culminato con un gesto di autolesionismo con tagli profondi.

Dalla presenza di simili condizioni il reclamante lamentava la lesione della dignità e dei diritti umani minimi sanciti dalle Convenzioni internazionali e dalla Costituzione italiana, che

non possono essere negati ad alcun detenuto indipendentemente dal grado di pericolosità sociale che lo caratterizza o dal comportamento antiggiuridico dallo stesso posto in essere. Al contempo, evidenziava il mancato rispetto delle norme dell'ordinamento penitenziario citate in epigrafe, nonché dell'art. 3 CEDU che proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti. A tal riguardo sottolineava come il CPT (Comitato per la Prevenzione della Tortura) ha fissato in 7 mq per persona la superficie minima auspicabile per una cella di detenzione (in base al secondo rapporto generale CPT/Inf(92)3). Superficie indicata per celle destinate alla detenzione temporanea e, quindi, inferiore alla metratura quadrata necessaria per i periodi di detenzione ordinari che devono caratterizzarsi non solo per il soddisfacimento di esigenze cautelari, ma anche per consentire la rieducazione del condannato. Al di sotto dello spazio minimo indicato dal CPT la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe mostrato di ritenere compensabile il deficit abitativo delle celle in ragione della possibilità di viveri spazi comuni, di fruire di adeguati servizi igienici, di palestre, biblioteche, luoghi di lavoro e di formazione. Possibilità quest'ultime che il detenuto negava di aver avuto, così avendo sommato alla mancanza di spazio vitale, l'assenza delle opportunità sopra descritte e di conseguenza avendo sofferto una detenzione inumana e degradante, tale da poter essere valutata alla stregua di una tortura secondo le indicazioni offerte dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 luglio 2009 nell'affaire Sulejmanovic c. Italia. Circa la commisurazione del danno morale patito lo (...) richiama le indicazioni offerte dalla citata sentenza della Corte europea, che ha condannato lo Stato italiano a liquidare a titolo di indennizzo una somma compresa tra i 200,00 ed i 300,00 euro mensili, tanto da liquidare per un periodo di detenzione intercorrente tra novembre 2002 ed aprile 2003 la somma di euro 1000,00 durante il quale aveva avuto a disposizione uno spazio minimo vitale inferiore a 3 mq. A giudizio del detenuto, però, la somma in questione andrebbe aumentata in modo più che proporzionale al crescere del periodo di detenzione, atteso che il danno subito dal detenuto aumenta in modo esponenziale con il prolungarsi del periodo di detenzione secondo modalità degradanti, da ciò deriva la richiesta di corresponsione della somma di 7.000,00 euro per 11 mesi di detenzione oltre le spese legali.

In data 21 ottobre 2010 il reclamante depositava memorie integrative ponendo l'accento sull'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e chiedendo di acquisire tramite apposita istruttoria conferma alla prospettazione fattuale esposta con il ricorso introduttivo. Sempre con la stessa memoria la difesa dello (...) approfondiva la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza non solo in rapporto agli altri organi giurisdizionali italiani, ma anche in relazione alla giurisdizione della Corte europea.

In data 25 novembre 2010 si costituiva in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Lecce con una memoria di stile.

In data 9 giugno 2011 l'Avvocatura poneva in evidenza come il reclamante avesse trascorso la sua detenzione all'interno della cella di superficie netta pari a mq 10,17 con un'altezza pari a 2,70 ml., dotata di ampia finestra e di annesso locale con servizi igienici, privo di finestra ma dotato di areazione forzata. Nel merito l'Avvocatura ribadiva come, da un lato, l'indicazione dei 7 mq per detenuto da parte del CPT fosse stata valutata come un mero auspicio nelle opinioni dei giudici dissenzienti Zagrebelsky e Jociene nel giudizio Sulejmanovic c. Italia sopra citato. Dall'altro, che la Corte europea in quella sentenza aveva valutato sufficiente uno spazio di 3,24 mq, ossia tale da non configurare tortura e nel giudizio in corso sarebbe emersa la disponibilità a favore dello (...) di 3,39 mq. Inoltre l'altezza dell'ultimo letto dal soffitto corrisponderebbe a

quella dell'ultima cuccetta in un vagone letto. Quanto alla mancanza di acqua calda l'Avvocatura sottolineava la possibilità concessa ai detenuti di poter fruire di acqua calda nel locale docce nelle fasce orarie 8,30-11,30 e 12,15-15,15. Circa il riscaldamento evidenziava come nel 2009-2010 fosse stato acceso 5 ore al giorno, mentre nel 2010-2011 4 ore al giorno. Circa le attività trattamentali veniva sottolineato che lo (...) aveva avuto accesso al corso di scuola elementare. Infine, sulla possibilità di accesso all'assistenza religiosa, ai locali destinati alla biblioteca, ai colloqui familiari e agli orari che scandiscono la quotidianità all'interno della Casa circondariale di Lecce l'Avvocatura si richiamava ai precetti contenuti nel regolamento interno d'istituto, desumendo da tutto ciò l'assenza di una lesione apprezzabile in capo al detenuto nonostante il fenomeno di sovraffollamento che ha interessato la Casa circondariale di Lecce.

[omissis]

DIRITTO

La richiesta avanzata dal detenuto dinanzi all'odierno giudicante si presenta come assolutamente nuova nel panorama giurisprudenziale italiano e pertanto necessita di un inquadramento di carattere generale sia pure nel rispetto del principio della domanda che sovrintende, quale regola generale della giurisdizione di diritto soggettivo, anche l'odierna fattispecie. La soluzione al quesito in esame, in realtà, presuppone il superamento di altra questione ossia se il fondamento dell'odierno reclamo poggia sulla lesione di una causa pretendi riconducibile ad una posizione giuridica soggettiva o se invece l'odierno reclamante avanzi domanda di rifusione patrimoniale a tutela di un mero interesse di fatto. La soluzione prescelta finisce, infatti, per riverberarsi anche sulla natura giuridica dello strumento di tutela invocato. Optando per la prima soluzione dovrà concludersi nel senso che il Magistrato di Sorveglianza viene adito in veste giurisdizionale, optando per la seconda soluzione dovrà concludersi, invece, nel senso che il Magistrato di Sorveglianza interviene in veste *latu sensu* amministrativa, con ciò che ne consegue in termini di disciplina applicabile in sede processuale o procedimentale e soprattutto di efficacia della decisione assunta, nonché di immediata reiezione della richiesta giacché non esiste nell'ordinamento alcuna norma che investa il Magistrato di Sorveglianza di un potere non giurisdizionale di rifusione di somme a favore di interessi non giuridicamente protetti del detenuto. Può brevemente rammentarsi come appaia assolutamente pacifico che all'ingresso del circuito penitenziario il detenuto si vede riconosciuto dall'ordinamento giuridico nei confronti dell'amministrazione penitenziaria un proprio patrimonio di situazioni soggettive meritevoli di tutela. Questa conclusione poggia, oltre che in via diretta sull'esame della l. 354/1975 e del d.P.R. 230/2000, anche sull'esegesi offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, in tema di tutela del diritto alla corrispondenza a cominciare dalle sentenze del 15 novembre 1996 nei casi *Diana c. Italia* e *Domenichini c. Italia*, cui ha fatto seguito la legge 8 aprile 2004, n. 95, che introducendo l'art. 18-ter, l. n. 354/1975, prevede che le limitazioni alla corrispondenza dei detenuti vengano disposte solo a seguito di provvedimento dell'autorità giurisdizionale. Nonché sull'interpretazione contenuta in alcune pronunce cardine della Corte costituzionale, tra le quali in modo esemplare si presenta Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26.

[omissis]

Possiamo dire, quindi, che grazie ai precetti fondamentali contenuti nella Carta costituzionale che trovano espresso recepimento anche a livello di legislazione ordinaria non può più ritenersi

che la detenzione determina il sorgere di una relazione di supremazia speciale tra amministrazione e condannato tale da azzerare il patrimonio giuridico di quest'ultimo. Con l'ingresso del detenuto nel circuito penitenziario non vi è alcuna abdicazione ad i diritti fondamentali che fanno parte del patrimonio indefettibile dell'uomo, ma si registra la limitazione di alcuni di questi diritti, si pensi alla libertà di movimento o alla libertà di comunicazione, ovvero un soddisfacimento degli stessi con modalità distinte rispetto a quelle previste per tutti coloro che non sono presi in carico nel circuito penitenziario. Ulteriori esempi possono ricercarsi nella tutela del diritto alla salute, se si pone mente alla disciplina dettata dall'art. 11, l. 354/1975, ma anche nelle modalità di accesso alla tutela giurisdizionale che avviene in forme diversificate rispetto a quanto accade per chi sia estraneo al regime intramurario, tenendo in particolare considerazione le difficoltà che incontra il detenuto nel relazionarsi anche con gli organi giurisdizionali. Infine, si registra la nascita di nuove posizioni giuridiche derivanti dalla relazione tra l'amministrazione penitenziaria ed il detenuto, alcune delle quali, direttamente riconducibili all'esecuzione della pena, possono variamente atteggiarsi sotto forma di interesse legittimo o di diritto soggettivo. E tra queste alcune vedono nell'amministrazione un referente indefettibile al fine di assicurare il loro soddisfacimento. Non bisogna in definitiva pensare al detenuto come ad una soggetto che nel varcare le mura di cinta del carcere subisca una riduzione del proprio patrimonio giuridico, sicché le sue posizioni giuridiche vengono ricondotte alla situazione di meri interessi di fatto. Ma come ad un individuo che conserva l'intero bagaglio di quei diritti fondamentali inalienabili, che possono subire una limitata compressione nel rispetto del precetto scolpito nell'art. 27 Cost., ed acquisisce nuove posizioni giuridiche, la cui tutela deve essere assicurata, ponendo altrimenti a rischio l'utilità stessa della pena. Dalla prospettazione offerta dallo (...) nel suo reclamo si evince la richiesta di risarcimento per posizioni soggettive che ricevono dall'ordinamento autonomo riconoscimento giuridico. Sicché può concludersi che in questa sede il detenuto avanzi una richiesta di ristoro patrimoniale in relazione a situazioni di interesse qualificate e differenziate dall'ordinamento, che devono trovare adeguata risposta giurisdizionale in omaggio ai principi di effettività della tutela giurisdizionale consacrati negli artt. 24 e 113 cost.

2. Risolta positivamente la prima questione appare opportuno verificare la sussistenza di un eventuale difetto di giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza, che sebbene non eccepita dalla difesa dell'amministrazione ben potrebbe essere rilevata d'ufficio dal Giudice, anche al fine di ricorrere agli strumenti a tutela del reclamante contenuti nella disciplina della *translatio iudicii* assicurata dall'art. 59 della l. 69/2009. Al quesito, può darsi risposta solo a seguito della ricostruzione della natura e della disciplina della giurisdizione esercitata dal Magistrato di Sorveglianza in sede di reclamo. La vicenda ben nota grazie all'intervento del Giudice delle leggi può essere ricostruita nei seguenti termini. La sentenza della Corte costituzionale, 3 luglio 1997, n. 292, pur non disconoscendo la doppia anima che può assumere il reclamo ai sensi dell'art. 35, l. 354/1975, dinanzi al Magistrato di Sorveglianza, ha chiaramente affermato che: "Il procedimento dinanzi al magistrato di sorveglianza costituente rimedio per far valere diritti non comprimibili dei detenuti che sia possibile far valere soltanto in quella sede ha natura di giudizio e pertanto in tale sede quel magistrato è legittimato a sollevare questioni di costituzionalità". Questa pronuncia è stata seguita da altro e più importante intervento della Consulta, che con la sentenza del 17 febbraio 1999, n. 26, ha dichiarato "...incostituzionali, per difetto della garanzia giurisdizionale sancita dall'art. 24 cost., gli art. 35 e 69 l. 26 luglio 1975 n. 354 (il secondo nel testo sostituito dall'art. 21 l. 10 ottobre 1986 n. 663), nella parte in cui non prevedono, in favo-

re di chi subisca restrizioni della libertà personale, una tutela giurisdizionale nei confronti di atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti, quando la lesione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a quella restrizione". L'intervento del Giudice delle leggi non può però dirsi di natura ortopedica, atteso che alla declaratoria di incostituzionalità non ha fatto seguito l'indicazione di una disciplina processuale alla quale fare riferimento, avendo ritenuto la Corte che: "...spetta, tuttavia, al legislatore, di fronte ai diversi meccanismi ipotizzabili, rimediare a detta carenza nell'esercizio della funzione normativa ad esso appartenente in attuazione dei principi della Costituzione". L'autorevole precedente della Consulta si apprezza per l'ampio fondamento che assegna alla giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza, la Corte in quella sede precisa, infatti, che la copertura giurisdizionale deve riguardare non solo i diritti costituzionalmente garantiti, ma tutte le posizioni giuridiche soggettive, giacché diversamente opinando, ossia se si operasse un distinguo tra posizioni di rilievo costituzionale e non, finirebbe per essere leso il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale assicurato dagli artt. 24 e 113 cost. La Consulta pone l'accento, in particolare, su quelle posizioni giuridiche che possono essere lese a seguito di provvedimenti dell'amministrazione che attraverso misure speciali, modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto (un riferimento immediato può essere fatto all'art. 14-bis o all'art. 41-bis, l. 354/1975); ovvero su quelle incise da determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere. Categoria quest'ultima nell'ambito della quale sembra poter trovare collocazione la prospettazione del reclamante. Un simile approdo appare, però ancora non del tutto confortante, atteso che le considerazioni svolte dal Giudice delle leggi devono essere attualizzate. Appare, quindi, opportuno coprire sul piano interpretativo il decennio che separa la sentenza n. 16/1999, dal deposito della presente ordinanza. Una simile urgenza appare ancor più cogente sol che si ponga mente ai cambiamenti radicali che hanno interessato le relazioni giuridiche tra amministrazione, cittadino sul piano della tutela giurisdizionale, nonché al mutamento dei rapporti tra plessi giurisdizionali, che sottendono alla generalizzazione del principio della *translatio iudicii*. Per consolidare, quindi, la premessa in merito alla sussistenza sulla fattispecie oggetto del presente giudizio della giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza è necessario compiere un duplice percorso. Dapprima escludere attraverso un'analisi del diritto positivo che vi siano indicazioni che militino nel senso di dover rimettere la questione al giudice amministrativo per difetto di giurisdizione o al giudice civile per difetto di competenza. In seguito valutare se esistano ragioni dalle quali desumere che pur a fronte della genericità del dettato normativo di cui all'art. 35, l. 354/1975, possa ritenersi che il Magistrato di Sorveglianza possa adottare una pronuncia con la quale condannare l'amministrazione a risarcire il danno a favore del detenuto.

2.1. Sulla prima questione appare opportuno, specie all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), limitarsi ad aggiornare alcune considerazioni svolte in altra sede da questo Giudicante. Quanto alla possibile ricorrenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ammissibile in astratto, come si può desumere da Corte cost. 140/2007, anche in relazione alle controversie aventi ad oggetto diritti di rango costituzionale incisi dal potere amministrativo, l'unica norma di riferimento potrebbe essere rinvenuta nell'art. 133, comma 1, lett. c), d.lgs. 104/2010 secondo la quale: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ...le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento am-

ministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità" in combinato disposto con il dettato dell'art. 7 comma 5, c.p.a. (Codice del processo amministrativo): "Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi". L'art. 133 c.p.a. nasce sulle ceneri dell'art. 33, d.lgs. n. 80/98, che già assegnava al g.a. la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici. Non è dubitabile che il trattamento penitenziario posto in essere dall'amministrazione sia riconducibile nella categoria dei servizi pubblici. In quanto si tratta di un'attività materiale posta in essere dall'amministrazione penitenziaria, rivolta a favore della collettività, ed organizzata attraverso atti amministrativi che assumono la qualifica di atti generali, più raramente si pensi al caso del regolamento interno di istituto quella di atti normativi subsecondari. In particolari occasioni (si pensi all'istanza di trasferimento di un detenuto presso altra Istituto penitenziario), tra le quali non rientra quella in esame il rapporto tra amministrazione penitenziaria e detenuto può altresì orchestrarsi attraverso veri e propri provvedimenti amministrativi sottoposti in assenza di più analitica disciplina a quella generale contenuta nella l. 241/90. Il citato art. 33, riscritto dall'art. 7 comma 1, lett. a) l. n. 205/2000, a seguito di una prima declaratoria di incostituzionalità da parte di Corte cost. n. 292/2000 per eccesso di delega, è stato oggetto di una nuova e decisiva disamina da parte di Corte cost. n. 204/2004, che ne ha riscritto la portata, rintuzzando la diffusa utilizzazione da parte del legislatore ordinario del criterio di riparto per "blocchi di materie", caldeggiato da Cons. St. ord. 1/2000, a scapito di quello costituzionalmente previsto, fondato sulla natura della posizione giuridica azionata. Con la pronuncia del 2004 la Consulta stigmatizza la scelta del legislatore di un'idea di giurisdizione esclusiva ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse. Afferma al contrario il Giudice delle leggi come una corretta lettura dell'art. 113 cost. porta a ritenere che il legislatore può assegnare alla giurisdizione esclusiva del g.a. particolari materie, tali perché in assenza di simile previsione, "contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo".

Una situazione di tal fatta non si riscontra nei rapporti tra amministrazione e detenuto, dominati dalla presenza della giurisdizione principale del Tribunale e del Magistrato di Sorveglianza che appare il referente giurisdizionale in relazione agli istituti che concretamente incidono sulla misura e sulla qualità della pena. Al contrario, proprio la centralità che assume a livello sistemico il Magistrato di Sorveglianza consente di concludere per la sussistenza di una giurisdizione esclusiva di quest'ultimo su tutte le controversie aventi ad oggetto la violazione di diritti come potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale, recata da atti dell'amministrazione ad esso preposta. Nello stesso senso milita la declaratoria di incostituzionalità della lett. e) del comma 2 dell'art. 33, in cui comunque era esplicitata, anche prima dell'intervento demolitorio del giudice delle leggi, l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva del

g.a. dei rapporti individuali di utenza. Nei rapporti tra amministrazione e detenuto, la prima non sempre agisce in veste di autorità e comunque quando anche adotta atti amministrativi che modificano le modalità concrete del trattamento o incidono sulla gestione ordinaria della vita del carcere, questi non sono mai espressione di discrezionalità amministrativa quante volte si riverberano direttamente o indirettamente sul trattamento penitenziario con esclusiva finalità rieducativa. La scelta discrezionale, infatti, viene normalmente intesa come individuazione di un comportamento lecito preceduta dalla ponderazione di un interesse pubblico primario con un interesse pubblico o privato secondario, al fine del soddisfacimento del primo con il minor pregiudizio del secondo. Ma nei rapporti tra amministrazione e detenuto teleologicamente orientati alla rieducazione del condannato, non vi è pluralità di interessi contrapposti o concomitanti, vi è un unico interesse alla rieducazione che solo deve animare i comportamenti o gli atti dell'amministrazione penitenziaria. Allo stesso modo non si apprezza la presenza di un merito amministrativo accostato agli atti dell'amministrazione che incidano sul trattamento penitenziario. Una buona amministrazione penitenziaria quale nucleo di un insindacabile potere discrezionale rimesso all'amministrazione può essere presente in ragione di atti generali dell'amministrazione penitenziaria o di scelte quali quelle di edilizia penitenziaria che non si riverberano sul trattamento del singolo detenuto o ancora in presenza di un contrapposto interesse all'ordine ed alla sicurezza dell'Istituto. Ma non nel caso di atti che incidono per finalità rieducative sul trattamento, essendo gli stessi tutti rimessi al vaglio della giurisdizione di sorveglianza, che svolge un ruolo di garante assoluto del trattamento. Non va dimenticato sotto tale profilo che è competenza del Magistrato di Sorveglianza approvare la relazione di sintesi che reca il programma trattamentale del detenuto a riscontro dell'assenza di lesioni di posizioni giuridiche del detenuto e della presenza di valide indicazioni programmatiche. La discrezionalità che anima le scelte dell'amministrazione penitenziaria in questo campo ha natura di discrezionalità tecnica, ossia di valutazione di fatti resa alla stregua di canoni scientifici e tecnici, che non conosce un momento di ponderazione di interessi. Il giudizio di opportunità che caratterizza la cd. discrezionalità amministrativa pura è sostituito dal giudizio di opinabilità all'esito del quale l'amministrazione è chiamata a scegliere tra una pluralità di percorsi trattamentali possibili quello più adeguato per il detenuto. Pertanto, i diritti soggettivi correlati al trattamento che l'amministrazione deve soddisfare non sono riconducibili ad atti autoritativi dell'amministrazione penitenziaria. Ulteriori elementi a sostegno dell'assenza di giurisdizione da parte del g.a. possono desumersi in negativo dal mancato riferimento proprio all'interno del Codice del processo amministrativo di simili controversie, pur in presenza di una direttiva contenuta nella delega art. 44, comma 2, lett. b), punto 1), l. 69/2009, secondo la quale il legislatore delegato era vincolato a: "b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:

1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni". Un'analisi della struttura del citato art. 133 c.p.a. esclude che questa direttiva della delega non sia stata rispettata. Del resto la tendenziale esaustività delle ipotesi di giurisdizione esclusiva a favore del g.a. descritta dall'art. 133, c.p.a. si desume dalla stessa clausola di salvaguardia nell'incipit della norma: "salvo ulteriori previsioni di legge", che nella materia in esame non si rinvencono. Si può giungere ad una prima parziale quanto decisiva osservazione quindi nel senso che la fattispecie non rientra tra le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a.

2.1.1. Un'ultima notazione va fatta prima di lasciare il tema della competizione giurisdizionale tra giurisdizione del g.a. e del Magistrato di Sorveglianza. Infatti, prima dell'entrata in

vigore del c.p.a., nella vigenza quindi dell'art. 7, l. TAR come modificato dalla l. 205/2000, si sarebbe posto il problema della eventuale riconducibilità dell'azione risarcitoria autonoma dinanzi al g.o. ovvero al g.a. La presente lite che è intervenuta all'indomani del 16 settembre 2010, può valersi con profitto della norma contenuta nel comma 4 dell'art. 7 secondo la quale: "Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma". Nella fattispecie, per quanto si dirà meglio infra, però, il detenuto non prospetta la presenza di un danno derivante dalla lesione di una posizione giuridica riconducibile alla nozione di interesse legittimo. Il che porta ad escludere anche sotto tale profilo che si possa delineare una giurisdizione risarcitoria di legittimità a favore del g.a. Questo perché come sopra ricordato il rapporto tra amministrazione penitenziaria e detenuto appare ispirato sempre dal fine rieducativo, ma a questo si accompagna in ragione della natura stessa del compito dell'amministrazione penitenziaria, anche un'attenzione particolare per la tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza. Accade, pertanto, che l'amministrazione penitenziaria eserciti in alcune ipotesi una discrezionalità mista, in quanto espressione sia di discrezionalità tecnica per il peso assunto dalla vocazione trattamentale dei provvedimenti assunti sia di discrezionalità pura per la necessaria tutela dell'interesse pubblico alla sicurezza che l'amministrazione deve perseguire. Un tipico esempio di questo potere è quello di disporre trasferimenti (art. 42, l. n. 354/1975). In questo caso il detenuto vanta un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo. Anche in queste fattispecie si radica la giurisdizione esclusiva del Magistrato di Sorveglianza alla luce delle conclusioni alle quali sono giunti due autorevoli precedenti quali Corte cost., 212/1997, e Cass., Sez. Un., 25079/2003. La prima delle citate pronunce ci accompagna sino alla posizione del problema quando afferma che: "Ora, poiché nell'ordinamento, secondo il principio di absolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.), non v'è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al magistrato di sorveglianza, che l'ordinamento appresta a tale scopo.

L'unica alternativa sarebbe, in astratto, quella di ritenere la materia rimessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ma, nella specie, ciò che il reclamante lamenta non è il cattivo esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione penitenziaria, bensì il mancato riconoscimento - in forza della lacuna normativa denunciata - di un diritto fondamentale, com'è il diritto inviolabile alla difesa, sub specie di diritto al colloquio con il proprio difensore". La seconda opera un passo decisivo, quando afferma che: "Le precisazioni sopra esposte fanno ritenere che alla giurisdizione della magistratura di sorveglianza vada riferita la tutela pure degli interessi legittimi scaturenti da un atto dell'autorità amministrativa (sempre che tali posizioni soggettive possano trovare accesso nel regime del trattamento); secondo una cognizione che non può ridursi agli usuali canoni di demarcazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, attesa la riserva di giurisdizione connaturata alla necessità del rispetto dell'art. 27, 3° comma, della Costituzione. Secondo quanto, del resto, risulta comprovato dall'intero assetto dei rimedi previsti dall'ordinamento penitenziario, pure a prescindere dalla tipologia di posizioni soggettive oggetto di tutela."

2.2. Occorre a questo punto interrogarsi sulla possibilità che l'odierno giudicante non sia competente a trattare la richiesta risarcitoria proposta dallo (...). Una simile eventualità deve

essere esclusa in omaggio a quanto affermato da Corte cost., n. 341/2006, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 374, non per la scelta di assegnare al Magistrato di Sorveglianza la cognizione delle controversie lavoristiche tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria fondata sulla ratio del rilievo assunto sul piano trattamentale del lavoro penitenziario, ma per la inadeguatezza dello strumento congegnato dal legislatore per assicurare piena tutela giurisdizionale alle correlate posizioni giuridiche del detenuto. Precisa la Consulta che: "Se si valuta la norma impugnata nella prospettiva delle suesposte garanzie costituzionali, si deve notare, in primo luogo, che la procedura camerale in essa prevista, tipica dei giudizi davanti al magistrato di sorveglianza, non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo. Per altro verso, la disposizione non assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (situazione che ricorre nel caso oggetto del giudizio principale) resta addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo destinato, in ogni caso, a rispondere, in via diretta o indiretta, della lesione dei diritti spettanti al detenuto lavoratore, se accertata da una decisione del magistrato di sorveglianza". Ma più ancora dalla successiva Corte cost., n. 266/2009. Quest'ultima pronuncia veniva sollecitata dal Magistrato di Sorveglianza in ragione del manifesto disinteresse del legislatore per le indicazioni operate da Corte cost. 26/1999, ed all'indomani di Corte cost. 341/2006 che aveva ricondotto la giurisdizione sulle questioni lavoristiche del detenuto nella competenza del giudice del lavoro per l'ingiustificata disparità di trattamento tra le identiche situazioni del lavoratore e del detenuto lavoratore, essendo a quest'ultimo in modo ingiustificato assicurata una tutela giurisdizionale di rango inferiore. Quest'approdo non ha, però, condotto il giudice delle leggi a sottrarre la tutela dei diritti del detenuto al Magistrato di Sorveglianza, tanto che la questione rimessa dal Magistrato di Sorveglianza di Nuoro veniva dichiarata inammissibile. Al contrario, la Consulta richiamando la propria sentenza n. 212/1997, ha affermato che: "Come si vede, dunque, la sentenza de qua non incise affatto sulla competenza generale della magistratura di sorveglianza, ma si pronunciò con riguardo ad una ben precisa tipologia di reclami in materia di lavoro, ossia con riferimento a situazioni giuridiche per le quali nell'ordinamento generale è istituito un giudice specializzato. Pertanto, resta valido quanto già affermato da questa Corte con la citata sentenza n. 212 del 1997, per la quale l'ordinamento penitenziario, nel configurare l'organizzazione dei "giudici di sorveglianza" (magistrati e tribunale di sorveglianza) «ha dato vita ad un assetto chiaramente ispirato al criterio per cui la funzione di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti è posta in capo a tali uffici della magistratura ordinaria». La Corte, il cui insegnamento verrà ripreso più avanti nel trattare delle questioni di carattere più strettamente procedurale, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni scrutinate, chiosa nei seguenti termini: "Il rimettente non ha motivato in modo sufficiente in ordine alle ragioni che gli impedirebbero di adottare una interpretazione costituzionalmente corretta della normativa de qua, così incorrendo in un ulteriore profilo di inammissibilità". Quest'ultima indicazione suona come un invito alla Magistratura di Sorveglianza a "prendere sul serio i diritti dei detenuti" e pone in senso ultimativo, stante il preoccupante disinteresse del legislatore, un obbligo in capo al Magistrato di Sorveglianza ad analizzare il sistema in modo tale da verificare se effettivamente i crivelli processuali di cui dispone siano in grado di assicurare gli standard imposti dagli artt. 24, 111 e 113 cost. Si deve

prendere atto di come le critiche rivolte al positivismo giuridico specie sul versante dei diritti fondamentali, sia pure nelle diverse declinazioni assunte negli ordinamenti giuridici occidentali, paiono aver abbandonato il piano meramente sostanziale per spostarsi su quello più tipicamente processuale, attraverso la facile, benché non immediata conclusione, da un lato che anche il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale è un diritto fondamentale; dall'altro che questo diritto condiziona in termini di effettività la tutela di tutte le posizioni giuridiche. Basti pensare al riguardo come gli interventi a livello di Unione europea sul riavvicinamento dei sistemi processuali si sia tradotto in raramente in normative calate dall'alto (è il caso ad esempio della direttiva n. 665/89 in materia di appalti pubblici), quanto piuttosto nella difesa a tutta oltranza del principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel senso che lo Stato membro non può introdurre meccanismi processuali che rendano eccessivamente difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale per le posizioni giuridiche di derivazione comunitaria. Sicché prima ancora di fare ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale, è la stessa Corte di Giustizia (Corte giustizia CE, grande sezione, 13/03/2007, n. 432) che segnala come: "Spetta ai giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario". In una situazione quale quella in esame, quindi, la via da seguire non può essere quella di limitarsi a prendere atto della presenza di un deficit strutturale di tutela, ma occorre cercare di tracciare una rotta a legislazione invariata che, valorizzando il ruolo dei principi generali, assicuri standard adeguati di tutela giurisdizionale ai diritti del detenuto, senza che in questo percorso considerazioni generali sul funzionamento e sugli equilibri della società possano paralizzare una simile riflessione sino a giungere al risultato concreto di una denegata giustizia. Prima di concludere però nel senso che non può pertanto seriamente dubitarsi che la vicenda in esame non rientri nella competenza del giudice civile occorre sciogliere un ultimo nodo, quello relativo alla possibilità per il Magistrato di Sorveglianza di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno. Se, infatti, vi è copiosa giurisprudenza sia di merito che di legittimità che ha concluso positivamente in merito alla possibilità che il Magistrato di Sorveglianza assicuri una tutela in forma specifica dei diritti del detenuto, non si ravvisano precedenti in ordine alla possibilità che l'odierno giudicante possa utilizzare strumenti risarcitori per equivalente. La questione in termini più netti passa per la possibilità che il Magistrato di Sorveglianza possa risarcire il danno non patrimoniale sofferto dal detenuto e cagionato dall'amministrazione penitenziaria.

2.2.1. La risposta ad un simile quesito deve essere preceduta da un'analisi dei rapporti tra giurisdizione e processo negli ultimi anni, giacché le necessarie qualità che devono accompagnare quest'ultimo finiscono per condizionare inevitabilmente anche la conformazione della prima. Il rapporto di strumentalità che deve avvincere il soddisfacimento della posizione giuridica attraverso l'intervento giurisdizionale era già acquisito nel diritto vivente della Corte costituzionale prima della modifica dell'art. 111 cost. Così Corte cost., 220/1986, riteneva che: "Il giusto processo... vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo... deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice". Quest'impostazione viene ulteriormente confermata dal legislatore costituzionale nel 1999, tanto che la stessa Corte investita della questione della cd. *translatio iudicii* con la sentenza n. 77/2007, si esprimeva in questi

termini: “Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all’epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l’art. 24 (ribadendolo con l’art. 111) all’intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Questa essendo la essenziale ragion d’essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti - per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato - è tale per cui l’erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l’errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell’ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta.

Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito”. Simili importanti riflessioni sulla possibile concorrenza di più organi giurisdizionali potenzialmente competenti sulla stessa controversia ci porta a dire con autorevole dottrina che solo quando il processo è giusto ed è regolato dalla legge si ha autentica attuazione della giurisdizione. Ma ciò impone che il processo si svolga dinanzi al giudice naturale, rispetto al quale il cittadino abbia facilità di accesso. Il rapporto tra colui che chiede tutela ed il giudice chiamato ad amministrarla deve essere visto necessariamente dalla parte del primo, ciò in quanto l’unica effettiva ragione che sorregge la presenza di una pluralità di giudici riposa su quella specializzazione che si traduce in maggiori conoscenze utili per assicurare giustizia. È la finalità di assicurare una migliore risposta giurisdizionale ai diritti del detenuto che pervade il complesso di norme rappresentato dagli artt. 35 e 69 sul quale poggia la giurisdizione del Magistrato di Sorveglianza. Né in questo senso appare convincente una ricostruzione secondo la quale il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe limitarsi ad accertare la lesione del diritto del detenuto, assicurandone eventualmente una tutela in forma diretta, salva la possibilità per il detenuto stesso di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell’accertata lesione. Una simile ricostruzione rievoca i tormentati rapporti che hanno interessato a livello di riparto di giurisdizione la questione relativa al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo. Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 191/2006, circa l’esigenza in attuazione dei precetti contenuti negli artt. 24 e 111 cost. di assicurare la concentrazione delle forme di tutela giurisdizionale dinanzi ad un unico giudice, confortano l’idea che il Magistrato di Sorveglianza possa assicurare una tutela anche risarcitoria dei diritti del detenuto. L’importanza della concentrazione delle forme di tutela e della possibilità che questo principio venga a sagomare direttamente i rapporti tra giudici diversi emerge con tutta la sua forza nel recente arresto delle Sezioni Unite della Cassazione, ordinanza, 25 febbraio 2011, n. 4615, secondo la quale: “Rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A. una domanda subordinata relativa all’indennità di occupazione legittima, quante volte il diritto che ne costituisca l’oggetto sia alternativo alla tutela chiesta in via principale rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo e le domande siano proposte sulla base

dei medesimi fatti, dipendendo l'accoglimento dell'una o dell'altra da un accertamento avente carattere prioritario di competenza del giudice amministrativo. Ciò in applicazione del principio di concentrazione delle tutele, ai fini di economia processuale e della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

2.2.1.1. Del resto una diversa conclusione esporrebbe, da un lato, il detenuto al rischio di dover instaurare due diversi giudizi con vulnerazione del principio di ragionevole durata del processo nel caso in cui si ritenga che l'accertamento della lesione della posizione giuridica in questione non possa essere operata in via incidentale sotto forma di verifica della presenza di un danno non jure e contra jus del giudice civile. Ovvero diversamente opinando esporrebbe il sistema al rischio di giudicati contraddittori ben potendo il Magistrato di Sorveglianza ritenere insussistente la lesione del diritto del detenuto e per lo stesso motivo, invece, il giudice civile concludere per il risarcimento del danno della stessa posizione giuridica. Tali nefaste possibilità vengono escluse dalla previsione di una giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di Sorveglianza. Del resto in termini di esame strettamente sistematico, appare evidente che: 1) l'indicazione generica contenuta nell'art. 35 l. 354/1975, non determina in senso tassativo il contenuto del reclamo, portando a ritenere che ne siano esclusi i reclami risarcitori; 2) non si registra una previsione di esclusiva assegnazione delle controversie risarcitorie al giudice civile; 3) quanto all'assenza di norme che disciplinino l'azione risarcitoria del Magistrato di Sorveglianza va rilevato che allo stesso modo non esistono norme che disciplinino il giudizio risarcitorio dinanzi al giudice civile; 4) le norme sul risarcimento del danno sono contenute, come noto, nel Libro IV del codice civile, che è patrimonio giuridico delle relazioni sostanziali al quale ben può attingere anche il Magistrato di Sorveglianza; 5) non sussistono quelle preoccupazioni esternate da Corte cost., n. 341/2006, perché non vi è disparità di trattamento tra la persona detenuta danneggiata dall'amministrazione e la persona non detenuta danneggiata dall'amministrazione, atteso che si è in presenza di situazioni diverse. Circostanza quest'ultima anche esclude il rischio di applicazione difforme da parte di giudici distinte delle stesse disposizioni alla quale peraltro può giungere in soccorso il ruolo nomofilattico della Suprema Corte. Inoltre, l'eventuale minore adeguatezza del sistema giurisdizionale governato dal Magistrato di Sorveglianza, peraltro tutta da dimostrare come si vedrà infra (basti pensare che il presente giudizio si è concluso entro un anno dalla sua proposizione nel pieno rispetto dei principi costituzionali), nelle liti tra amministrazione e detenuto rispetto alle altre, trova una sua giustificazione nella maggiore facilità di accesso, anche in termini di costi, del detenuto al giudizio dinanzi al Magistrato di Sorveglianza, nonché nella maggiore specializzazione assicurata da quest'ultimo; 6) l'importanza del ruolo da riconoscere ad una figura che presenta le caratteristiche tipiche del Magistrato di Sorveglianza, è stata riconosciuta di recente dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza sez. IV, 22/10/2009, n. 17885, *Orchowski - Sikorski c. Polonia*: "The Court would in any event, observe that a ruling of a civil court cannot have any impact on general prison conditions because it cannot address the root cause of the problem. For that reason, the Court would encourage the State to develop an efficient system of complaints to the authorities supervising detention facilities, in particular a penitentiary judge and the administration of these facilities which would be able to react more speedily than courts and to order, when necessary, a detainee's long-term transfer to Convention compatible conditions". Ruolo che viene ad essere ulteriormente valorizzato laddove si ritenga che il Magistrato di Sorveglianza possa non limitarsi a rimuovere la lesione in atto, ma anche a ristorare i danni per le lesioni patite, risultando così dotato di reali poteri di enforcement sull'amministrazione penitenziaria a tutela

del detenuto; 7) una vicenda dai contorni analoghi è stata vissuta nel recente passato nel nostro ordinamento sul tema della possibilità per il giudice amministrativo di risarcire il danno da lesione di interesse legittimo. Nonostante si tratti in quel caso del conflitto tra due distinti plessi giurisdizionali, appare importante rammentare come la stessa Corte n. 191/2006, ha affermato che: "L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria - non a caso con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, e con la previsione di mezzi istruttori, in primis la consulenza tecnica, schiettamente "civilistici" (art. 35, comma 3) - si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica...". In definitiva, il ruolo rivendicato al Magistrato di Sorveglianza dalla presente pronuncia appare come uno dei tanti esempi di crisi della legge nazionale dinanzi all'esplosione ed all'internazionalizzazione delle fonti del diritto e come conseguente crisi della sua capacità di assicurare certezza dinanzi ad istanze di giustizia che, se il legislatore nazionale può trascurare di prendere in esame, non possono essere ignorate dal singolo giudice, chiamato a riannodare tra regole e principi una disciplina processuale e sostanziale che offra risposta al caso concreto, prestando omaggio alle indicazioni provenienti dalle Supreme Corti nazionali ed internazionali. La complessità del panorama giuridico deve trovare una sintesi nella pronuncia giurisdizionale in modo da risolvere la res controversa secondo quelle regole giuridiche che il legislatore nazionale concorre a determinare, ma delle quali non è più il solo artefice. Regole che possono anche fondare su mutati orientamenti degli organi giudicanti in presenza dei quali il bilanciamento tra prevedibilità della decisione ed esigenza di assicurare la giustizia del caso concreto poggia anche su di un adattamento delle regole processuali onde assicurare un contraddittorio ancora più esteso a tutela dell'affidamento ingenerato dalla presenza di un orientamento costante (Cass. 11.7.2011, n. 15144), anche ove questo si esprima nell'assenza di pronunce in materia, che facciano apparire alcune come controversie con non giustiziabili.

2.3. Acclarata la presenza della giurisdizione dell'odierno giudicante nella fattispecie che ci occupa, è necessario passare alla verifica della capacità del processo dinanzi al Magistrato di Sorveglianza di rispettare i canoni dell'art. 111 cost. Giacché è proprio nel rispetto dei primi due commi di quest'articolo ed in particolare nel rispetto della tutela del contraddittorio che risiede la legittimazione del giudice. Qualora non fosse possibile ricostruire un architettura processuale idonea a rispettare i precetti consacrati nella citata norma costituzionale, il risultato non potrebbe che essere quello perseguito con l'ordinanza di remissione alla quale ha fornito una prima risposta Corte cost. 266/2009. La formula del giusto processo racchiusa nell'art. 111 cost., che riecheggia il fair and public trial dell'art. 6 CEDU rappresenta, quindi, la stella polare alla luce della quale testare la capacità delle regole seguite nel presente procedimento per giungere all'emanazione della presente ordinanza. Il giusto processo si caratterizza: 1) per essere regolato dalla legge; 2) per svolgersi nel contraddittorio delle parti in posizione di parità; 3) per svolgersi dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale; 4) per avere forme tali da assicurarne la ragionevole durata; 5) per potersi svolgere su richiesta dell'interessato in pubblica udienza. Il rispetto della quinta condizione non appare scontato e verrà esaminato per ultimo, poiché dalla soluzione della questione dipende dalla soluzione della questione più ampia dei rapporti tra il nostro ordinamento e le norme della CEDU.

2.3.1. Quanto alla prima condizione (riserva di legge statale), la stessa si apprezza secondo due distinte accezioni entrambe operanti: una positiva ed una negativa. La prima impone al

legislatore di attivarsi, assicurandogli una riserva di legge (statale, art. 117 cost.) assoluta, non potendo il processo essere regolato da fonti subordinate alla legge se non in chiave meramente esecutive. La seconda vale, invece, quale limite negativo per il giudice. Quest'ultimo, infatti, non potrà creare in via pretoria forme e termini di carattere processuale, essendo tenuto ad operare entro il recinto delle regole fissate dal legislatore, che pure dovrà interpretare in modo costituzionalmente orientato. Nella presente controversia il rito seguito è stato quello definito dagli artt. 14-ter, 35 e 69 l. 354/1975, in omaggio all'interpretazione costituzionalmente offerta dalle Sezioni unite penali, con sentenza del 26 febbraio 2003, n. 25079, e ribadita da ultimo nell'ordinanza n. 266/2009 del Giudice delle leggi. Sicché ci si è mossi in un quadro di disposizioni previste dal legislatore.

2.3.2. Quanto alla seconda condizione (tutela del contraddittorio tra le parti in posizioni di parità), siamo dinanzi ad un punto particolarmente delicato giacché l'esame degli articoli sopra citati della l. 354/1975, induce la giurisprudenza in modo conforme a ritenere che l'amministrazione non possa intervenire tramite un suo rappresentante personalmente in udienza, ma abbia solo facoltà di presentare memorie. Prima di constatare in concreto la presenza di un profilo di insostenibile distanza tra il precetto costituzionale e la disciplina del rito seguito, va però precisato che la stessa Corte costituzionale (9 aprile 2009, n. 108) ha affermato che: "il principio di parità tra le parti nel processo non comporta necessariamente l'identità dei rispettivi poteri processuali: «stanti le differenze fisiologiche fra le due parti, dissimmetrie sono, così, ammissibili anche con riferimento alla disciplina delle impugnazioni, ma debbono trovare adeguata giustificazione ed essere contenute nei limiti della ragionevolezza» (sentenza n. 26 del 2007). Simili limitazioni - è stato ribadito - per essere rispettose dei principi di parità delle parti, eguaglianza e ragionevolezza e del diritto di difesa, devono essere sorrette da una razionale giustificazione (sentenza n. 85 del 2008)". Una asimmetria di tal fatta può essere giustificata dalla differente posizione di supremazia sostanziale assunta dall'amministrazione penitenziaria nei confronti del detenuto, che si riequilibra in sede processuale. Senza dire che il Magistrato in sede istruttoria ben avrà la possibilità di ascoltare membri dell'amministrazione penitenziaria assumendone a verbale le dichiarazioni. Un ulteriore ragione di tensione tra le regole seguite ed il principio di effettività del contraddittorio è rappresentata dall'esegesi secondo la quale l'amministrazione non solo non potrebbe intervenire in udienza, ma sarebbe sprovvista durante il processo anche di difesa tecnica. Dinanzi a questa interpretazione che rischia di porre il procedimento giurisdizionale in chiaro contrasto con l'art. 111 cost., la Consulta (ord. 266/2009) ha offerto un prezioso suggerimento, sebbene con modalità dubitative: "...è rimasta non esplorata la possibilità che le posizioni di detta amministrazione siano rappresentate per l'appunto dal pubblico ministero nel contraddittorio col difensore del reclamante". La possibilità che il pubblico ministero svolga il ruolo di difensore delle ragioni dell'amministrazione non appare, però, realmente praticabile in ragione del ruolo che l'ordinamento gli riconosce. Infatti, benché il pubblico ministero sia in alcune ipotesi deputato ad adottare atti aventi natura amministrativa sia pure in limine rispetto all'attività giurisdizionale: è il caso ad esempio dell'ordine di esecuzione, si tratta sempre di un'attività priva di discrezionalità, che viene eseguita quale diretta attuazione del precetto legislativo ed in altri ricopra ruoli di impulso o di contraddittorio a tutela di interessi pubblici (si pensi al ruolo del pubblico ministero nei procedimenti sulla capacità delle persone fisiche), siamo sempre in presenza di ipotesi nelle quali non risulta portatore di interessi di parte, ma piuttosto svolge il ruolo di osservatore del rispetto delle norme di legge attraverso l'esercizio di un potere neutrale. Pertanto, la natura del ruolo da assegnargli in questa sede appare più simile

a quello di tutore della corretta esecuzione della pena detentiva nel rispetto dei diritti del detenuto, quasi in veste di *amicus curiae*, piuttosto che di difensore delle ragioni dell'amministrazione penitenziaria. Persuasi da quest'impostazione viene fortemente in rilievo la possibilità che il presente giudizio offra il fianco ad una censura di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 111 cost. Sennonché una simile eventualità può essere superata attraverso una lettura costituzionalmente orientata proprio dell'art. 14-ter, l. 354/1975, laddove dispone al comma 3, che: "Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore..." La lettera della norma, infatti, non precisa che la locuzione utilizzata faccia riferimento in via esclusiva al difensore del detenuto, riferendosi in modo generico al "difensore". Deve, pertanto, ritenersi che per "difensore" debba intendersi il difensore delle parti, ivi inclusa l'amministrazione penitenziaria, rappresentata nella fattispecie dal Ministro della Giustizia, che ai sensi degli artt. 1 e 11, comma 2, r.d. n. 1611/1933, è difeso dall'Avvocatura distrettuale di Lecce, che nel presente giudizio si è, infatti, costituita, accettando il contraddittorio e difendendo le ragioni dell'amministrazione. È appena il caso di rammentare che l'art. 1, r.d. n. 1611/1933, prevede che: "1. La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato.

2. Gli avvocati dello Stato, esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità". Mentre l'art. 11, comma 2, stabilisce che: "Ogni altro atto giudiziale e le sentenze devono essere notificati presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza". In questo modo viene pienamente garantito il diritto al contraddittorio dell'amministrazione penitenziaria.

2.3.3. In merito alla terza condizione (garanzia di un giudice terzo ed imparziale) si tratta di una questione che non può essere valutata in astratto, ma solo in concreto. Il nostro ordinamento conosce e disciplina anche a livello costituzionale organi giurisdizionali quali il Consiglio di Stato (art. 100, comma 1, cost.), che hanno veste amministrativa e giurisdizionale. Si tratta di un'eventualità legata alla trasformazione del principio di rigida separazione dei poteri, che porta a rinvenire in alcuni organi funzioni proprie vuoi dell'amministrazione vuoi della giurisdizione, senza che ciò evidenzii profili di incostituzionalità. Ciò non toglie che laddove l'esercizio preventivo di una funzione amministrativa possa evidenziare la presenza di un pregiudizio da parte del giudice che potrebbe non apparire come terzo ed imparziale allora scatteranno i rimedi tipizzati dal legislatore dell'astensione e della ricusazione. Nello stesso senso oltre ad essersi pronunciata l'ordinanza 266/2009 della Corte costituzionale, è anche la posizione della Corte europea, che ha scrutinato la questione in relazione a quella di più frequente verifica di giudici amministrativi che svolgano anche funzioni di natura amministrativa. La soluzione offerta dai giudici di Strasburgo nelle pronunce *Procola v. Luxemburg* del 28 settembre 1995 e *McGonnell v. United Kingdom* dell'8 febbraio 2000 è nel senso che il rispetto dei precetti della CEDU non passa attraverso l'imposizione allo Stato di una determinata architettura istituzionale che neghi in radice la possibilità di convergenza in capo allo stesso organo di competenze amministrative e giurisdizionali, quanto nell'evitare che il giudice si sia occupato sotto distinte vesti della "medesima questione". Pertanto, in costanza di funzioni sufficientemente definite in capo al Magistrato di Sorveglianza chiamato ad intervenire sia con atti aventi natura amministrativa e giurisdizionale, il rispetto del principio di imparzialità passa attraverso la verifica concreta che non si sia occupato della "medesima questione" evenienza che nella fattispecie non ricorre.

2.3.4. Quanto alla quarta condizione (rispetto del principio di ragionevole durata del processo), la configurazione estremamente snella del procedimento dinanzi al Magistrato di Sorveglianza consente la definizione dello stesso in tempi assolutamente ragionevoli (nella fattispecie meno di un anno). La previsione che vuole il decreto di citazione venga notificato alle parti appena 10 dieci giorni liberi prima dell'udienza e che il deposito dell'ordinanza segua nei cinque giorni successivi all'udienza, benché quest'ultimo abbia natura di termine ordinatorio, rappresentano crivelli processuali in grado di garantire la definizione del giudizio in tempo rapidi. Inoltre, l'intero giudizio in termini di velocità di formazione del giudicato fruisce dell'assenza di un grado d'appello di merito atteso che ai sensi dell'art. 71-ter, avverso la presente ordinanza è possibile soltanto interporre ricorso per Cassazione. Eventualità questa che non appare lesiva di precetti costituzionali atteso che nella giurisdizione del g.o. non è costituzionalizzato il doppio grado di giudizio, come dimostrato dalle ipotesi nelle quali la Corte d'appello interviene quale unico giudice di merito, ad esempio in tema di determinazione dell'indennità d'esproprio.

2.3.5. L'ultima condizione: la facoltà dell'interessato di ottenere un'udienza pubblica, sembrerebbe non rispettata tanto da poter porre a rischio la compatibilità costituzionale del presente giudizio in via indiretta in ragione della mancata osservanza del diritto ad una pubblica udienza contenuto nell'art. 6 CEDU. È pacifica, infatti, la natura camerale del rito utilizzato. Una riflessione al riguardo deve necessariamente partire dagli approdi di Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 117, comma 1, cost. in relazione all'art. 6, § 1, Cedu, l'art. 4 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e l'art. 2 ter della l. 31 maggio 1965 n. 575, 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. La Consulta, richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Bocellari e Rizza c/Italia 2007; Perre c/Italia 2008), ha precisato che resta fermo il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui, a norma dell'art. 472 c.p.p., è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse. Rinviano più avanti per gli approfondimenti inerenti i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento appare opportuno rammentare come la questione in passato sia stata affrontata dal giudice di legittimità (Cass. pen., sez. I, 26 febbraio 2008, n. 14010), che aveva escluso l'estensione della giurisprudenza di Strasburgo al procedimento ex art. 41-bis, ritenendo necessario passare attraverso la declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 cost. in omaggio alle indicazioni offerte da Corte cost. 348 e 349/2007. Secondo il ragionamento offerto dalla Consulta e ripreso dalla Cassazione, la CEDU è norma interposta, sicché in caso di contrasto tra norma interna e CEDU opera un controllo centralizzato della Consulta per violazione dell'art. 117 cost. anche in applicazione della teoria dei controlimiti. Prima di sollevare la questione il giudice a quo deve, però, tentare un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale in ragione di una lettura estensiva dell'art. 46 CEDU in ordine all'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo non solo per il legislatore nazionale ma anche per la giurisdizione nazionale. Come appare evidente la soluzione in merito alla presenza di un diritto del condannato di ottenere un'udienza pubblica passa attraverso i rapporti tra ordinamento interno e CEDU. Pertanto, è bene riprendere le soluzioni alternative a quella offerta dal giudice delle leggi attraverso le quali sono stati declinati i rapporti tra l'ordinamento nazionale e la Convenzione europea. Secondo una prima tesi la CEDU è stata comunitarizzata ai sensi dell'art. 6 Trattato sull'Unione europea nella versione

consolidata all'indomani del Trattato di Lisbona del 2007 par. 2 e 3: "2. 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. 3. 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". Da ciò deriva che la norma nazionale può essere disapplicata ex art. 11 cost. salvo il ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Questa è la tesi sposata in giurisprudenza, da ultimo, da TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 18/05/2010, n. 11984; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220. Per una seconda tesi di derivazione dottrinale le norme CEDU spiegano efficacia diretta nell'ordinamento nazionale se corrispondono alle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 di Nizza e se si versa in una materia di competenza dell'Unione. Nel caso, invece, in cui non si versa in una materia di competenza dell'Unione occorrerà seguire la via della remissione alla Consulta. Adottando questa soluzione che pare quella preferibile nel nostro caso sembra necessario giungere ad una soluzione positiva atteso che l'art. 47 della Carta di Nizza prevede espressamente il diritto ad un processo pubblico. Pertanto, il precetto in questione ha diretta efficacia nell'ordinamento nazionale. Sicché anche sotto questo profilo il rito seguito appare pienamente compatibile con le direttrici fondamentali nazionali e sovranazionali, grazie alla possibilità di indicare nel decreto di citazione il diritto del detenuto ad ottenere un'udienza pubblica.

3. Prima di affrontare il merito della vicenda è necessario chiarire quale sia l'influenza delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno alla luce del dettato dell'art. 46 CEDU, che in una lettura evolutiva sembra far assumere portata vincolante alle pronunce della Corte europea non solo per gli Stati ma anche per le giurisdizioni nazionali. Il reclamante, infatti, nell'articolare le sue ragioni invoca esplicitamente la già richiamata sentenza Sulejmanovic ed afferma l'avvenuta lesione dei diritti scolpiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che secondo i giudici di Strasburgo rappresentano: "constitutional instrument of European public order for the protection of individual human beings" (Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 dicembre 2001, Bankovi c', ric. n. 52207/99). La delicatezza del tema discende dalla parziale sovrapposizione dei diritti fondamentali protetti dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha come effetto quello di ottenere pronunce sullo stesso tema da parte di organi giurisdizionali differenti, con l'ovvia difficoltà di individuare in caso di divergenti interpretazioni quella vincolante per il giudice nazionale. Il contrasto può raggiungere vette estreme come testimoniato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. II) sui ricorsi Agrati e altri c. Italia (n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09) che confligge apertamente con il dictum di Corte cost. n. 311/2009. Attualmente il punto di equilibrio raggiunto nel dialogo tra le Corti ruota attorno al ruolo riconosciuto dalla Corte di Strasburgo agli organi giurisdizionali nazionali. A quest'ultimi la Corte assegna il compito nel verificare la lesione dei diritti della Convenzione secondo il diritto vivente creato dalla stessa Corte di Strasburgo di utilizzare un "margine di apprezzamento" nell'applicare il diritto del singolo tenendo conto dell'interesse della collettività. Mentre la Corte costituzionale italiana ritiene che il primato degli obblighi internazionali nel sistema interno non sia assoluto ma incontri comunque l'esigenza del rispetto del sistema di valori interni, tanto che la Consulta si riserva il potere di verificare se le norme CEDU risultano conformi alle garanzie costituzionali. Solo qualora superi tale controllo, la norma internazionale può integrare il parametro di legittimità costituzionale (Corte cost. 348/2007). Nella fattispecie, però, la presenza di un divieto

analogo contenuto nell'art. 3 CEDU e nell'art. 27 comma 3 cost. quanto ai trattamenti inumani ed il divieto di tortura, che si impone come vedremo infra anche alla luce dello *jus cogens* su di un terreno giuridico superiore persino alla nostra Carta fondamentale, non comporta alcun rischio di contrasti, tanto che le pronunce della CEDU come quelle della Consulta debbono essere utilizzate dal giudizio nazionale al fine di ispirare la propria decisione. Sotto questo profilo appare, pertanto, necessario analizzare la giurisprudenza della Corte europea sulla violazione dell'art. 3 CEDU, secondo il quale: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

3.1. Il reclamante si duole in generale della lesione della dignità dell'uomo tutelata dalla nostra Carta costituzionale e dalle convenzioni internazionali sui diritti umani ed in particolare di un'aggressione talmente intensa a quest'ultima tale da manifestarsi sotto forma della violazione del divieto di tortura o di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti già vietata dall'art. 3 CEDU, ma anche dall'art. 27, comma 3, cost.. Il richiamo a posizioni giuridiche di derivazione nazionale e sovranazionale impone una chiarificazione in merito al diverso peso assunto dalle stesse nel presente giudizio ed all'apprezzamento che delle stesse è stato fatto nell'ambito delle rispettive giurisdizioni. In termini generali possiamo dire che nel confronto tra le posizioni giuridiche individuate dalla CEDU e quella tutelate dalla Costituzione italiana, la dignità umana assume almeno *prima facie* un ruolo diverso. Infatti, mentre nella Convenzione europea manca un richiamo esplicito alla dignità dell'uomo, la nostra Grundnorm la innalza all'art. 2, quale elemento fondamentale dell'intero ordinamento giuridico. Questa distanza che potrebbe apparire come realmente significativa viene però a ridursi già sul pino dei richiami formali se si pone mente al richiamo contenuto nel preambolo della CEDU alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che pone la dignità umana al centro del sistema ed alla formula utilizzata nel preambolo del protocollo 13 della CEDU laddove gli Stati contraenti affermano che: "everyone's right to life is a basic value in a democratic society and that abolition of the death penalty is essential for the protection of this right and for the full recognition of the inherent dignity of all human beings". Accanto a questi richiami di tipo formale alla nozione di dignità umana si può rilevare dall'esame della giurisprudenza della Corte europea ed in particolare dalla prospettazione di violazioni agli artt. 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 14 della CEDU, come la Corte di Strasburgo nella soluzione dei casi concreti operi abitualmente rinvii alla nozione di dignità umana. In questa sede un'attenzione particolare verrà posta alla disamina di quelle pronunce che si incentrano sulla violazione dell'art. 3 CEDU e quindi sulla lesione della dignità del detenuto. La dignità umana viene utilizzata quale parametro per verificare la presenza di un trattamento inumano o degradante a partire dalla seconda metà degli anni '70. Nella sentenza del 25 aprile 1978 *Tyrer / United Kingdom*, la Corte europea chiarisce quando una pena assume le fattezze della tortura e del trattamento inumano e degradante precisando che: "...the applicant did not suffer any severe or long-lasting physical effects, his punishment – whereby he was treated as an object in the power of the authorities – constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of Article 3 (art. 3) to protect, namely a person's dignity and physical integrity". In questa prima pronuncia si individua chiaramente uno dei presupposti per ritenere integrata una lesione alla dignità dell'uomo nell'essere considerato: "an object in the power of the authorities". In pronunce successive (11 marzo 2004, *Yankov / Bulgaria*) si equipara la lesione della dignità umana alla presenza di comportamenti tesi a far sorgere nell'interessato sentimenti di paura, angoscia, inferiorità in grado di umiliarlo. La presenza di un trattamento degradante (*ill-treatment*) implica sempre la presenza di una lesione della dignità umana. Una simile eventua-

lità può essere generata anche dal sovraffollamento (overcrowding), problema comune a molti Stati occidentali non europei dinanzi al quale i Governi non sempre si sono mostrati in grado di trovare soluzioni in grado di governare il problema: emblematica è stata la risposta giudiziaria data l'8 aprile 2009 da una Corte federale degli Stati Uniti, che sollecitata a tanto da una class action ha ordinato al governatore della California, di ridurre di 40.000 unità entro due anni la popolazione carceraria dello Stato, portando il sistema penitenziario al 137,5% della sua capacità di progetto. Esistono numerose pronunce della Corte di Strasburgo nelle quali il rispetto della dignità umana del detenuto viene indicato quale elemento che deve essere rispettato per la positiva valutazione della gestione amministrativa degli istituti di reclusione. Nella recente sentenza del 27 marzo 2008 (Sukhovoy/Russia) la Corte europea "...reiterates that irrespective of the reasons for the overcrowding, it is incumbent on the respondent Government to organise its penitentiary system in such a way as to ensure respect for the dignity of detainees, regardless of financial or logistical difficulties". In definitiva gli Stati aderenti alla Convenzione devono assicurare condizioni di detenzione che assicurino il rispetto della dignità umana: "the manner and the method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship o fan intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured" (11 marzo 2004, Yankov/Bulgaria). In definitiva attraverso l'indagine sulla presenza di quei dati oggettivi attraverso i quali è possibile definire le nozioni di tortura o trattamenti inumani o degradanti la Corte accerta la presenza di una lesione della dignità umana per operare una lettura estensiva del campo di applicazione del citato art. 3, che non si limita agli atti di tortura, o alle pene ma anche ai trattamenti sanitari e di polizia che incidono sulla libertà degli individui e che producono non solo sofferenze fisiche ma anche psichiche e morali. La lesione della dignità umana rappresenta l'esito certo della presenza di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti. È evidente quindi che l'invocata lesione della dignità umana e dell'art. 3 CEDU appare strettamente connessa nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, occorre pertanto verificare quali sono le condizioni che determinano a giudizio della Corte europea una simile eventualità.

3.2. È bene premettere che i giudici di Strasburgo operano un vaglio delle sole condizioni oggettive, ossia si limitano a verificare la mera presenza di tortura o trattamenti degradanti o inumani, senza che a tal fine rilevi un atteggiamento volontario del singolo Stato: "Premesso che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo obbliga gli Stati a garantire ai detenuti condizioni compatibili con il rispetto per la dignità umana e che le misure di reclusione applicate non debbano determinare sofferenze di intensità superiore al livello comunque inerente alla detenzione, la Corte rileva che nel caso di specie si sono determinate, a causa del sovraffollamento, delle sconcertanti condizioni materiali di detenzione non compatibili con un sufficiente spazio personale. Tali condizioni, seppure non determinate dall'intenzione di porre in essere comportamenti degradanti o umilianti, devono considerarsi, in associazione alla durata per la quale si sono protratte (quindi mesi), in contrasto con l'art. 3 Convenzione Cedu in quanto equiparabili a trattamenti degradanti" (Corte europea dir. uomo, sez. III, 15/06/2010, n. 35555, Ciuperescu/Romania). In altra pronuncia resa contro lo Stato italiano, « l'absence, dans le chef des autorités nationales, d'une volonté d'humilier ou de rabaisser l'intéressé n'exclut pas définitivement un constat de violation de l'article 3; cette disposition peut aussi bien être enfreinte par une inaction ou un manque de diligence de la part des autorités publiques » (17 settembre 2009, Scoppola/Italia). Si tratta di un approccio casistico nel quale l'indagine dei giudici di Stra-

sburgo si serve però della verifica di una pluralità di elementi, che non si identifica unicamente con il sovraffollamento, la citata sentenza indica plasticamente queste condizioni: “101. La Cour réaffirme d’emblée que l’article 3 de la Convention consacre l’une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, quels que soient les circonstances et les agissements de la victime (Labita c. Italie [GC] no 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV), même dans les circonstances les plus difficiles, tels la lutte contre le terrorisme et le crime organisé (Ramirez Sanchez c. France [GC], no 59450/00, § 115, CEDH 2006 IX).

102. La Cour rappelle par ailleurs sa jurisprudence selon laquelle, pour tomber sous le coup de l’article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L’appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l’ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l’âge, de l’état de santé de la victime, etc. (voir, parmi d’autres, Enea précité, § 55).” L’insieme di condizioni che rende il trattamento inumano e degradante è rappresentato dalla durata del trattamento, dai suoi effetti fisici e psichici in relazione al sesso, l’età, le condizioni di salute dell’interessato. Nelle stesse motivazioni della Corte si afferma che « les mesures privatives de liberté impliquent souvent un élément de souffrance ou d’humiliation », che non risulta di per se in grado di determinare una violazione dell’art. 3 CEDU. Pertanto, nella fattispecie la Corte individua una violazione dell’art. 3: “129. La Cour relève qu’à la prison de Bucarest-Jilava, le requérant a partagé avec dix-neuf autres détenus une cellule de neuf lits (paragraphe 38 ci-dessus). Ce fait n’a pas été contredit par le Gouvernement. Bien que la période pendant laquelle il est resté dans cette cellule ne soit pas précisée par les parties, la Cour déduit de ces données qu’au moins pendant un certain temps, le requérant a été confronté à une surpopulation carcérale grave. En effet, chacune des personnes détenues dans la cellule du requérant disposait d’un espace vital d’environ 0,75 m². La Cour note en outre que, même si le requérant n’était pas amené à partager son lit, l’espace prévu pour un détenu variait entre 1,50 et 1,57 m², ce qui est bien en dessous de la norme recommandée dans le rapport du CPT (4 m²) dressé à l’issue de sa dernière visite dans les établissements pénitentiaires roumains, dont celui de Jilava. Par ailleurs, elle estime qu’il convient de prendre en compte le fait que cet espace était en réalité encore réduit du fait de la présence du mobilier qui rétrécissait les cellules (Viorel Burzo c. Roumanie, nos 75109/01 et 12639/02, § 98, 30 juin 2009 et Branduse c. Roumanie, no 6586/03, § 49, 7 avril 2009). L’intéressé était lui aussi confiné la majeure partie de la journée, ne bénéficiant d’une promenade dans la cour de la prison que pendant un temps très réduit chaque jour.

130. La Cour prend note également de ce qu’en raison du surpeuplement carcéral, le requérant, en détention provisoire, a été obligé de partager sa cellule avec des condamnés, ses conditions de détention contrevenant ainsi à la loi interne (paragraphe 20 et 22 ci-dessus). Or, comme l’a Cour l’a déjà fait remarquer, l’effet cumulatif du surpeuplement et du placement intentionnel d’une personne dans une cellule avec des détenus qui pourraient présenter un danger pour lui pourrait soulever un problème sous l’angle de l’article 3 de la Convention (Gorea c. Moldova, no 21984/05, § 47, 17 juillet 2007). Certes, en l’espèce, le requérant ne s’est pas plaint devant les juridictions nationales d’un comportement dangereux concret de la part des codétenus condamnés. Il n’en reste pas moins que, dans le contexte de l’affaire et surtout au vu du constat des juridictions nationales (a contrario Gorea précité, § 47 in fine), le fait d’être détenu avec des condamnés peut constituer une circonstance aggravante.” Appare chiaro, quindi, come non vi sia un’equivalenza tra sovraffollamento, ossia spazio minimo vitale a disposizione

del detenuto e violazione dell'art. 3, ma che la stessa, pur emendata da qualsivoglia indagine su un atteggiamento doloso o colposo del singolo Stato, involge la valutazione di una pluralità di elementi. Una conferma di queste esegesi si apprezza nella recente sentenza della Grande Camera del 21 febbraio 2011, sulle condizioni di detenzione e di esistenza di un richiedente asilo espulso, che conclude per l'esistenza di una violazione dell'art. 3, in quanto "Il ricorrente è stato detenuto in condizioni deplorevoli, ha subito maltrattamenti e insulti da parte dei poliziotti nel centro di detenzione, e ciò nonostante che tali condizioni siano già state considerate alla stregua di un trattamento degradante nei casi in cui vi sono sottoposti i richiedenti asilo. La detenzione, pur breve, non può essere considerata di durata irrilevante. La sensazione di aver subito un arbitrio, il sentimento d'inferiorità e di angoscia che vi sono spesso associati, la consapevolezza di essere violati nella propria dignità, sentimenti provocati da queste condizioni di detenzione, costituiscono un trattamento degradante. Inoltre, il danno subito dal ricorrente è stato accentuato dalla vulnerabilità inerente la sua qualità di richiedente asilo". Ciò nonostante la presenza di uno spazio minimo vitale appare un dato di immediata rilevazione e può divenire elemento da solo sufficiente da far pervenire all'accertamento del mancato rispetto dell'art. 3, quando sia inferiore o uguale a 3 mq (Aleksandr Makarov c/Russia, n. 15217/07, § 93, 12 marzo 2009; si vedano anche Lind c/Russia, n. 25664/05, § 59, 6 dicembre 2007; Kantyrev c/Russia, n. 37213/02, §§ 50-51, 21 giugno 2007; Andreï Frolov c/Russia, n. 205/02, §§ 47-49, 29 marzo 2007; Labzov c/Russia, n. 62208/00, § 44, 16 giugno 2005, e Mayzit c/Russia, n. 63378/00, § 40, 20 gennaio 2005). Ma la stessa Corte accompagna sempre una simile indicazione ad altri fattori di contorno che determinano una violazione dell'art. 3. Così la sentenza del 15 giugno 2010, n. 34334, ha indicato come: "L'aver tenuto un detenuto in una gabbia di ferro di 3 mq. per tutta la durata del processo di appello senza che siano state fornite concrete ragioni di sicurezza e senza che niente nel comportamento o nella personalità dell'imputato giustificasse tale misura; l'essersi protratto tale processo di appello per tre mesi, con venti udienze della durata media di quattro ore, può avere indotto nell'imputato un senso di umiliazione e di inferiorità che ben può configurare un trattamento degradante in contrasto con l'art. 3 della convenzione Cedu".

3.2.1. Acquisito, quindi, che la mancanza di uno spazio minimo vitale rappresenta con i limiti sopra indicati, uno, ma non l'unico, dei più importanti dati dai quali desumere la violazione dell'art. 3, che si traduce comunque in un vulnus della dignità umana, è necessario confrontarsi con le motivazioni della sentenza del 16 luglio 2009, n. 22635 (Sulejmanovic/Italia), che ha condannato l'Italia per violazione di detto articolo, ritenendo che, per il detenuto, avere a disposizione solo 2,70 metri quadrati ha inevitabilmente causato disagi e inconvenienti quotidiani, costringendolo a vivere in uno spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti). La flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, quindi, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante. La pronuncia, che ha visto la presenza di alcune condivisibili opinioni dissenzienti del giudice Zagrebelsky, alla quale aderisce la giudice Jočienė, opera importanti affermazioni di principio che nella giurisprudenza successiva, come già anticipato, sembrano però trovare un'opportuna correzione. La circostanza che la sentenza giunga ad una condanna dello Stato italiano impone però dare il giusto rilievo alle motivazioni addotte anche al fine di verificare la presenza di una situazione analoga a quella scrutinata nel caso deciso dai giudici di Strasburgo. Secondo la ricostruzione fattuale in quella fattispecie il reclamante per un periodo di oltre due mesi e mezzo, ha avuto a disposizione in media un spazio in cella di solo 2,70 mq. Una tale situazione, a giudizio

della Corte europea, ha inevitabilmente causato disagi e inconvenienti quotidiani al ricorrente, costretto a vivere in uno spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal CPT (Comitato per la Prevenzione della Tortura). Pertanto, la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante. Una simile situazione non si è più verificata quando il detenuto ha disposto ora di 3,24 mq, ora di 4,05 mq, ora di 5,40 mq. Né durante il periodo di detenzione la Corte ha rilevato la presenza di un problema di sovraffollamento tale da incidere significativamente tanto che lo stesso si è presentato in percentuali variabili tra il 14,50% e il 30%. Inoltre, la Corte apprezza che il tempo che il detenuto poteva trascorrere fuori della cella era di otto ore e cinquanta minuti. Sin qui la presa di posizione della Corte, dalla quale si discosta condivisibilmente l'opinione del giudice Zagrebelsky, alla quale aderisce la giudice Jočienė, sulla scorta della nozione di "minimo di gravità" nell'applicazione dell'articolo 3, ossia dell'impossibilità di porre a fondamento della violazione dell'art. 3, in modo automatico la disponibilità da parte del detenuto di uno spazio minimo vitale inferiore a 3 mq. Nella citata opinione dissenziente si pone, pertanto, l'accento sulla pluralità di indicatori utilizzati dalla giurisprudenza della Corte europea per ritenere integrati le condizioni di tortura o di trattamento inumano o degradante, ed in concreto si sottolinea come, nonostante la disponibilità di uno spazio minimo vitale di 2,70 mq, il detenuto durante la giornata, aveva accesso alla passeggiata dalle ore 8.30 alle ore 11 e dalle ore 13 alle ore 15. Dalle ore 16 alle ore 18.50, egli aveva accesso alle docce e alla sala da tennis tavolo e poteva dedicarsi alla preparazione della cena. Inoltre, dalle ore 18.50 alle ore 20.20, a quanto pare egli poteva trattenersi in celle diverse dalla sua per momenti di convivialità. Un simile approccio sterilizza il rischio di una "una pericolosa deriva verso la relativizzazione del divieto, dato che, quanto più si abbassa la soglia « minima di gravità », tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze (oppure ad annullare l'equa soddisfazione)".

All'indomani della sentenza Sulejmanovic, la Corte di Strasburgo sembra aver nuovamente messo al centro della valutazione in merito alla violazione dell'art. 3, un approccio multifattoriale: "54. Pour établir une violation de l'article 3, la Cour se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », qui peut cependant résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants (Ramirez Sanchez, précité, § 117.).

55. Les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation. S'il s'agit là d'un état de fait inéluctable qui, en tant que tel et à lui seul n'emporte pas violation de l'article 3, cette disposition impose néanmoins à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités de sa détention ne le soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés de manière adéquate ; en outre, les mesures prises dans le cadre de la détention doivent être nécessaires pour parvenir au but légitime poursuivi (Frérot c. France, no 70204/01, 12 juin 2007, § 37, et Renolde c. France, no 5608/05, §§ 119-120, 16 octobre 2008)" (20 aprile 2011, Payet/Francia). Tanto che in quest'ultima fattispecie la Corte europea rileva una violazione dell'art. 3, anche se il detenuto poteva fruire di uno spazio minimo vitale di 4,15 mq, considerando che "...le sentiment d'oppression était accentué par l'absence d'ouverture extérieure donnant à l'air libre et que l'éclairage électrique insuffisant ne permettait pas de compenser le manque de lumière naturelle pour lire ou écrire. Par ailleurs, le détenu ne pouvait sortir de sa cellule qu'une heure

par jour pour une promenade qui, compte tenu de la configuration des lieux, ne lui permettait pas de faire de l'exercice physique". Nello stesso senso può essere letta la pronuncia del 18 marzo 2010, Kouzmin/Russia, che rinviene una violazione dell'art. 3, per il periodo trascorso da un detenuto in una cella che pur disponendo di uno spazio minimo vitale superiore a 3mq, si caratterizzava per l'assenza di luce naturale e di un sistema igienico che offrisse al detenuto la possibilità di soddisfare i suoi bisogni naturali in delle condizioni di decenza.

3.3. L'analisi svolta della giurisprudenza della Corte europea non può dirsi conclusa senza un'ultima precisazione: la presenza di un patrimonio giuridico essenziale in capo all'essere umano ha portato le Corti competenti in materia di diritti dell'uomo a ritenere che la violazione del divieto imperativo di tortura faccia parte del cd. jus cogens. In questo senso, la sentenza della Corte europea nel caso Al-Adsani/Regno Unito, 2001, in senso ancora più ampio ha concluso la Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso Caesar/Trinidad e Tobago, 2005, che ha incluso nella nozione di jus cogens anche l'insieme dei trattamenti degradanti ed inumani, ed ancora la sentenza del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia (sentenza Furundžija). Lo jus cogens tutela valori materialmente superiori dell'ordinamento internazionale, nel senso di limitare non solo la capacità degli Stati di porre in essere accordi che si pongano in violazione dello jus cogens (in questo senso la Convenzione di Vienna del 1969, che però non perimetra lo jus cogens), ma di esporre gli Stati stessi a forme di responsabilità internazionali e nazionali come indicato da Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5044: "Le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali, e che configurano come crimini internazionali i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono parte integrante dell'ordinamento italiano e costituiscono parametro dell'ingiustizia del danno causato da un fatto doloso o colposo altrui. In particolare, la deportazione della popolazione civile, nel corso di un conflitto armato - consumatosi, nel caso di specie, in territorio italiano - e l'assoggettamento dei deportati ai lavori forzati devono essere qualificati come crimini internazionali. La commissione di tali crimini comporta la possibilità di esercitare la giurisdizione civile nei confronti dello Stato cui essi risultino attribuibili, in applicazione del principio della giurisdizione universale ed in stretta analogia con la disciplina prevista per l'immunità funzionale degli organi statali nelle medesime ipotesi. I crimini suddetti si traducono inoltre in violazione di norme inderogabili poste a protezione dei diritti fondamentali della persona umana, che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale e tendono quindi a prevalere su ogni altra norma, di carattere convenzionale o consuetudinario. Tali norme precludono allo Stato straniero, convenuto per il risarcimento dei danni derivanti dalla loro violazione, di giovare dell'immunità della giurisdizione, in ragione del carattere essenziale che i valori da esse tutelati rivestono per l'intera comunità internazionale".

4. È necessario a questo punto verificare se anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea le condizioni detentive dello (...) siano state tali da integrare una violazione dall'art. 3 CEDU. Il periodo monitorato attraverso l'istruttoria disposta va dal 25 luglio 2009 al 31 gennaio 2011, durante il quale il reclamante è stato ristretto presso la Casa circondariale di Lecce. La suddetta struttura ha una capienza di 660 posti ed una capienza tollerabile secondo le indicazioni offerte dalla stessa amministrazione penitenziaria pari a 1.100 detenuti. A fronte di questi dati, la Direzione della Casa circondariale di Lecce ha comunicato che nel 2009 il suddetto Istituto penitenziario si è caratterizzato per una presenza media giornaliera di 1278 detenuti, che è divenuta di 1377 nel 2010. All'interno della Sezione detentiva dove è stato allocato il reclamante tutte le celle, dotate di impianto di illuminazione e di ampia finestra, misurano 10,17 mq al lor-

do degli arredi ivi presenti e ad esse è annesso un vano contenente i servizi igienici (lavandino, water e bidet) fruibili in maniera riservata, ma privi di acqua calda. Le celle sono sprovviste di vano docce, ma i detenuti possono fruire di quelli, dotati di acqua calda e collocati in sezione una volta al giorno con esclusione dei giorni festivi. Tutti i detenuti possono, inoltre, trascorrere fuori dalla stanza detentiva dalle ore 8,30 alle ore 11,00 e dalle ore 15,00 alle ore 17,00. In particolare, il reclamante ha frequentato il corso di scuola elementare che si svolge dal lunedì al sabato dalle ore 8,30 alle ore 12,30. Quanto al fattore: spazio minimo vitale lo (...) è stato ristretto per lo più in una cella con altro detenuto, potendo quindi fruire di 5,08mq e solo in alcuni periodi di 3,39mq, quando è stato ristretto con altri due detenuti, i periodi più significativi al di sopra delle due settimane sono stati dal 3 settembre 2009 all'1 novembre 2009, dal 19 dicembre 2009 all'8 gennaio 2010, dal 3 febbraio 2010 al 7 marzo 2010; dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010. In questi periodi, il reclamante si duole di aver occupato il più alto letto a castello della cella posto ad appena 50 cm. dal soffitto, affermazione quest'ultima non smentita dall'amministrazione penitenziaria. La stessa amministrazione affermava che tali locali vengono riscaldati d'inverno mediamente tra le 4 e le 5 ore al giorno e che i detenuti possono esercitare il proprio credo religioso secondo le disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario ed è assicurata il rispetto delle pratiche religiose che comportano variazioni alimentari quali ad esempio il Ramadan. Infine, nessuna risultanza in merito ad atti di autolesionismo si evinceva dagli atti a disposizione dell'amministrazione penitenziaria a carico del detenuto eccezion fatta per un breve periodo dal 20 maggio 2010 al 25 maggio 2010 nel quale aveva intrapreso lo sciopero della fame. Né il reclamante a tal fine indicava ulteriori elementi fattuali, tali da circostanziare l'episodio in questione e consentire l'espletamento di un approfondimento istruttorio ulteriore. Facendo applicazione delle coordinate offerte dalla Corte europea, non può ritenersi integrato quel "minimo di gravità" necessario per integrare una violazione dell'art. 3 CEDU e ritenere che vi sia stata a danno del reclamante tortura o un trattamento inumano o degradante. Infatti, lo spazio minimo vitale anche nei periodi nei quali il detenuto è stato ristretto con altre due persone è superiore ai 3mq, le celle detentive sono dotate di adeguati servizi igienici e sono adeguatamente areate, riscaldate ed illuminate. Inoltre, l'interessato nel corso del giorno ha potuto fruire di spazi all'aperto, ha potuto fare la doccia al di fuori della propria cella ed ha potuto frequentare il corso di scuola elementare. Pertanto, l'unico periodo nel quale si è andati vicini ad integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, è stato dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, periodo nel quale la chiusura del corso scolastico e la limitazione delle ore fruibili all'esterno della cella detentiva condivisa con altri due detenuti se ulteriormente protratto nel tempo avrebbe potuto comportare una violazione del precetto contenuto nel citato art. 3. Pertanto, questo giudicante ritiene che non vi sia stata nei confronti del detenuto tortura o trattamento inumano o degradante. Questa conclusione non porta, però, al rigetto tout court del reclamo essendo necessario verificare se la dignità del detenuto sia stata lesa sotto altro profilo. È evidente, infatti, che mentre la CEDU salvaguarda la dignità del detenuto dal punto di vista meramente conservativo, la Costituzione italiana anche nella lettura correttamente operata dal legislatore ordinario si spinge oltre ed in un'ottica positiva, orienta la pena verso una finalità rieducativa, che deve concretamente apprezzarsi nel corso della detenzione alla quale è sottoposto ogni detenuto.

4.1. Il combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. impone, infatti, allo Stato italiano di attivarsi anche in fase propulsiva e non meramente conservativa rispetto al patrimonio giuridico anche dei detenuti, che devono avere la possibilità durante il periodo di detenzione di vedere rimossi quegli ostacoli all'apprezzamento dei valori costituzionali il cui travisamento ha comportato

da parte loro la commissione di illeciti penali. Quest'affermazione merita di essere giustificata attraverso una brevissima, e per evidenti esigenze di economia, sintetica disamina della nozione di dignità dell'uomo all'interno del nostro ordinamento nazionale. Lo Stato costituzionale, anche nella dimensione italiana, nato nello scorso secolo all'indomani della seconda guerra mondiale, frutto dell'incontro della tradizione liberale con quella democratica e socialista pone in modo chiaro al centro del sistema l'individuo (l'unico precedente significativo è l'esperienza della Repubblica di Weimar), innanzitutto attraverso la sua protezione dalle aggressioni della maggioranza. Autorevole dottrina con immagine fulminante ha suggerito che le norme costituzionali del dopo guerra abbiano trovato nei campi di concentramento il loro laboratorio più triste e al contempo più fecondo. Non a caso i diritti fondamentali vengono riconosciuti come preesistenti a guisa che lo Stato diviene servente rispetto alla loro realizzazione. L'individuo quale soggetto di diritto vive nelle carte costituzionali non solo attraverso l'intangibilità di alcune delle sue posizioni giuridiche definite fondamentali, ma per il tramite delle relazioni sociali attraverso le quali proietta la sua individualità che deve essere tutelata anche in quelle dinamiche. Di questa doppia valenza che assume il patrimonio giuridico dell'individuo una sintesi eccellente è rappresentata dalla dignità umana. La fortuna di questa nozione è tale da valicare i confini meramente nazionali, come rammentato supra e da ritagliare una dimensione giuridica autonoma al singolo individuo indipendentemente dal suo far parte di una collettività, tanto da poterla rivendicare autonomamente grazie al rilievo che assume nelle più importanti convenzioni internazionali, si pensi al Preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945, al Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, al Preambolo del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, al Preambolo della Dichiarazione di Vienna del 1993, anche contro lo Stato. Accanto, però, alla dimensione meramente conservativa che ben soddisfaceva le esigenze dello Stato monoclasse, le nuove carte costituzionali, ivi inclusa quella italiana, sono attente a soddisfare le esigenze del nascente Stato pluriclasse attraverso meccanismi che ruotando attorno al singolo producono l'effetto di comporre e prevenire quella conflittualità che caratterizza ogni società pluralista. Il doppio volto assunto dalla nozione di dignità umana si è cristallizzato all'interno del patrimonio costituzionale europeo come dimostrato ad esempio nell'esperienza costituzionale tedesca oltre che in quella italiana alla quale doverosamente si farà cenno in seguito. Nella prima l'esegesi dell'art. 1 comma 1 del Grundgesetz è stata fortemente influenzata dalla nozione di elaborazione dottrinale dell'"Objektformel", secondo la quale la dignità umana è lesa tutte le volte in cui l'uomo è ridotto a semplice mezzo. Riflessione quest'ultima che appare particolarmente utile nel segnare la dimensione negativa dei limiti del potere dello Stato che pure nell'applicazione della pena detentiva raggiunge una portata estrema rispetto alla capacità di limitare i diritti fondamentali dell'individuo. Pure quando agisce per applicare la pena il detenuto non può mai assumere una dimensione meramente strumentale, la sua dignità umana sarebbe lesa, se la pena si risolvesse, ad esempio, nel mero controllo dei livelli di criminalità, ossia se l'intervento statale fosse indirizzato a governare la statistica dei reati, risultando il singolo quasi un elemento fungibile all'interno di questo processo. Affianco a questa dimensione meramente negativa si genera un fattore positivo in quanto la dignità umana per essere pienamente tutelata necessita del riconoscimento della stessa da parte collettività, quindi della sua promozione attraverso azioni positive agganciate al binomio dignità – solidarietà. Questa peculiare forza propulsiva assegna alla dignità umana nella sua dimensione sintetica il ruolo di concetto chiave per la tutela costituzionale dei singoli diritti fondamentali.

Il primato della persona umana è evidente anche nella nostra Costituzione che da un lato vieta ogni strumentalizzazione dell'individuo; dall'altro ne propone la promozione in ogni formazione sociale. Sotto il primo profilo merita di essere ricordato il passo motivazionale della celebre sentenza della Corte cost. 364/1988, che quale dimostrazione ultima dell'incostituzionalità dell'art. 5 c.p., si esprime nei seguenti termini: "Far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati".

Pertanto, l'art. 2 cost. stabilisce quale valore base dello Stato la tutela della persona; l'art. 3, comma 1, immette nell'ordinamento la nozione di pari dignità sociale, mentre, l'art. 3, comma 2 cost., impegna lo Stato nello sviluppo dei valori che la Carta costituzionale riconosce ad ogni individuo. Il legame tra la dignità umana ed i singoli valori fondamentali è presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale. A titolo esemplificativo basti rammentare quanto affermato da Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366, nel chiarire il rapporto tra dignità umana e la libertà e la segretezza della corrispondenza: "Sin dalla sentenza n. 34 del 1973, questa Corte ha affermato che la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali, tanto da essere espressamente qualificato dall'art. 15 della Costituzione come diritto inviolabile.

La stretta attinenza di tale diritto al nucleo essenziale dei valori di personalità - che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana - comporta una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità. In base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente. In base all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponde ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria". Più di recente la stessa Corte (22 luglio 2010, n. 269) segnala il legame esistente tra dignità umana e diritto alla salute: "Questa Corte ha già più volte affermato che «lo straniero è [...] titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona» (sentenza n. 148 del 2008) ed in particolare, con riferimento al diritto all'assistenza sanitaria, ha precisato che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»". Lo stretto filo che

lega la dignità umana ed i singoli diritti tutelati dalla Costituzione è presente in numerosissime sentenze del Giudice delle leggi che si occupano dell'ordinamento penitenziario. In questo caso il binomio è dignità umana e finalità rieducativa della pena (art. 27 comma 3 cost.), quest'ultima specificazione del più ampio dovere gravante in capo allo Stato di rimuovere i limiti che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Anche in queste si coglie un duplice impianto; da un lato, la perentoria affermazione in merito al fatto che la restrizione della libertà personale non azzeri i diritti fondamentali della persona umana (Corte cost. 26/1999; 158/2001); dall'altro, la lesione a carico della dignità umana che si genera laddove venga inibito tout court l'accesso ad una pena che sia in grado di raggiungere quella finalità rieducativa scolpita nell'art. 27, comma 3, cost. Così Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, ha affermato che: "Il legislatore ben può, ovviamente - tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno - diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale. L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa". La centralità della funzione rieducativa della pena come appare evidente anche dall'impianto generale dell'ordinamento penitenziario non riguarda com'è ovvio solo gli strumenti alternativi alla detenzione, ma anche la conduzione della detenzione stessa, che non può essere concepita se non in funzione della progressiva rieducazione del detenuto. Intesa quest'ultima come offerta di occasioni trattamentali che devono poter liberamente essere colte dal soggetto condannato. In assenza di quest'ultime la mera detenzione vedrebbe degradare il detenuto a mero oggetto di esecuzione penale. Pertanto, la posizione giuridica che nella fattispecie sembra poter essere aggredita dal comportamento dell'amministrazione penitenziaria non è tanto la dignità umana sub specie di diritto a non subire tortura o trattamenti inumani o degradanti assunto, quanto la dignità umana del detenuto intesa come diritto a subire una pena che sia costantemente orientata verso un processo rieducativo e non si risolva in mero decorso del tempo in un regime particolarmente aspro nella misura in cui è costretto a trascorrere 19 ore e mezza al giorno nell'estate del 2010 dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, 67 giorni condividendo una cella con altri due detenuti con a disposizione un limitato spazio vitale pari a 3,39 mq al lordo degli arredi e dormendo su di un letto posto ad appena 50 cm. dal soffitto, periodo nel quale si raggiungono temperature torride (in assenza pare superfluo rammentarlo di un impianto di condizionamento dell'area come di un frigorifero in cella per la refrigerazione degli alimenti), ed avendo la sola possibilità di trascorrere fuori dalla camera detentiva dalle ore 8,30 alle ore 11,00 e dalle ore 15,00 alle ore 17,00, periodo nel quale l'ora d'aria trascorsa in un cortile di cemento di modeste dimensioni non appare come un'attività "salutare". In questo periodo l'assenza di qualsivoglia offerta trattamentale, in considerazione della chiusura del corso scolastico frequentato dal detenuto, il sovraffollamento della struttura penitenziaria occupata da 1377 a fronte di

una capienza di 660 detenuti ed una tollerabilità di 1100, esaltano il disagio rappresentato dalle condizioni detentive particolarmente severe, in modo tale da risultare lesive della dignità del detenuto, che si vede catapultato in un buco nero nel quale l'unico sollievo sembra poter essere rinvenuto nel mero decorso del tempo scandito da un'alba sempre uguale e senza fine. L'accertamento della lesione della dignità del detenuto nei termini sopra indicati non comporta però il suo automatico addebito in capo all'amministrazione penitenziaria, in quanto ciò dipende dal regime giuridico della responsabilità, che si ritenga operante nella fattispecie.

5. La lesione della dignità del detenuto e del diritto a soffrire una pena orientata alla rieducazione genera un danno non patrimoniale nell'accezione affermata dalla III Sezione della Suprema Corte nn. 8827 e 8828/2003 e n. 233/2003, della Corte costituzionale, che hanno ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. la lesione del danno esistenziale, sintagma utilizzato per descrivere il danno cagionato a diritti costituzionali inerenti la persona. Tra questi come sopra specificato rientra quale manifestazione della dignità umana anche il diritto della persona sottoposta ad esecuzione penale a subire una pena che sia costantemente orientata alla sua rieducazione. Importanti specificazioni sul tema del danno non patrimoniale sono state offerte da Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 (e più di recente da Cass., Sez. Un., 30 giugno 2011, n. 14402), che ha dettato una sorta di decalogo in materia, al quale in questa sede appare opportuno uniformarsi, partendo dal presupposto della necessità che i diritti della persona di rango costituzionale siano assistiti da una forma di tutela risarcitoria qualunque sia la natura contrattuale o aquiliana della responsabilità del danneggiante: "Nell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale; se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni". Rinviamo al punto successivo la disamina in merito alla natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria nelle articolazioni possibili in questa sede della responsabilità extracontrattuale e della responsabilità da contatto sociale qualificato, che richiama la disciplina della responsabilità da inadempimento contrattuale, appare opportuno verificare la presenza di un filtro posto dalla citata sentenza delle Sezioni Unite per evitare che il più ampio ambito di applicazione riconosciuto all'art. 2059 c.c. si risolva nella diffusione del risarcimento di danni bagatellari. Il giudice nomofilattico, infatti, afferma che: "La gravità dell'offesa costituisce requisito per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili: il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità e il pregiudizio non sia futile". Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, quindi, la lesione dell'interesse giuridico deve essere tale da superare quella soglia minima di tollerabilità che, come orienta la vita nella società libera, allo stesso modo ispira i rapporti tra detenuti ed amministrazione penitenziaria, all'insegna di un dovere di solidarietà che grava anche in capo ai primi. Ancora il danno non deve essere futile ossia non deve tradursi nell'esercizio del diritto in modo disagevole, ovvero

nella pretesa tutela di diritti del tutto immaginari. Sia il requisito della gravità della lesione che della serietà del danno si riscontrano nel periodo di detenzione che va dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010 risulta essere presente. In considerazione del fatto che in questo lasso temporale le condizioni particolarmente afflittive della detenzione sofferta: la riduzione dello spazio minimo vitale nei termini sopra indicati, l'effetto sovraffollamento, l'assenza di attività da svolgere al di fuori della cella detentiva eccezion fatta per la fruizione del cortile passeggi e della doccia, unitamente all'assenza di attività trattamentale hanno raggiunto un adeguato livello di gravità che si è tradotto in un danno serio consistito nella battuta d'arresto nel percorso rieducativo del condannato, che in ottica esponenziale ha raggiunto il suo livello massimo a ridosso degli ultimi giorni di carcerazione sofferta in simili condizioni, il cui limite temporale non era altrimenti conosciuto dal detenuto. In quei giorni la dignità del detenuto è stata lesa, perché la privazione della sua libertà personale avvenuta in condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, non si è accompagnata ad alcun processo rieducativo.

6. Quanto alla natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria le strade percorribili sono tre: quella della responsabilità aquiliana, quella della responsabilità da contatto sociale qualificato e quella della responsabilità, *latu sensu*, contrattuale. Mentre le prima riposa sul precetto generico del *neminem laedere*, la seconda trova fondamento in una lettura a compasso allargato dell'art. 1173 c.c., che valorizza l'atipicità delle fonti delle obbligazioni, che possono trovare sede non solo in sede contrattuale, ma più in generale nell'ordinamento giuridico in forza di un contatto sociale qualificato. Infatti, potrebbe riprendersi il ragionamento sviluppato da Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in tema di responsabilità medica, l'amministrazione penitenziaria ed i suoi operatori non possono essere considerati alla stregua del *quisque de populo* responsabile unicamente del dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica, nello stesso senso le sentenze 8826/2007 sempre della III Sezione, nonché le Sezioni Unite 577/2008. Questa impostazione che riesce a dare spiegazione di quelle situazioni nelle quali si valorizza la presenza di obblighi di protezione in assenza di un obbligo primario di prestazione non si attaglia all'odierna fattispecie nella quale non si discute della responsabilità del singolo appartenente all'amministrazione penitenziaria. L'intero apparato amministrativo della struttura penitenziaria, infatti, con gli apporti degli uffici esterni sovrintende all'esecuzione della pena detentiva ed è gravato da un insieme di obblighi specifici, che preesistono al comportamento dannoso, nei confronti del detenuto, alcuni dei quali rivolti alla tutela di beni costituzionali fondamentali (si pensi al diritto alla salute ed a quello alla riservatezza), altri finalizzati al soddisfacimento di quella che con una formula meramente descrittiva può essere qualificata come un'obbligazione di mezzi, ossia il dovere di offrire occasioni trattamentali al detenuto. Inoltre, sul piano più strettamente teorico appare preferibile aderire all'impostazione espressa da Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, che restringe la portata dell'art. 1173 c.c. nella parte in cui dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato gli altri atti o fatti idonei a far produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico e sottolinea come il regime generale degli obblighi *ex lege* non si discosti da quello che caratterizza gli obblighi di derivazione contrattuale. La responsabilità *latu sensu* contrattuale, anche quando l'obbligo è fissato dallo stesso legislatore poggia, infatti, sulla violazione di un obbligo assunto o imposto per la legge e sul mancato raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione. Siamo in presenza di un'ipotesi analoga a quella analizzata dalla giurisprudenza nel caso di danno da mobbing cagionato dall'amministrazione-datrice di lavoro al proprio dipendente per violazione dell'art. 2087 c.c., fattispecie che viene fatta rientrare ordinariamente nel paradigma della responsabi-

lità contrattuale, pur non escludendo la possibilità che il danneggiato in alcune ipotesi possa agire anche per via aquiliana. Nel caso in esame viene in rilievo la diretta violazione di quegli obblighi contenuti nei testi fondamentali sovranazionali come nazionali, nonché nelle norme dell'ordinamento penitenziario a guisa che si può apprezzare non soltanto la perdita derivante dalla lesione alla dignità del detenuto, ma anche il non miglioramento del suo processo di rieducazione ex art. 27 comma 3 cost. Sotto questo profilo viene in essere una responsabilità per violazione di un obbligo ex lege differente da quella scrutinata da Cass., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147 e da Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, che si sono occupate del danno dello Stato-legislatore da mancata trasposizione di direttiva comunitaria anche in quelle occasioni si è valorizzata la natura contrattuale della responsabilità del danneggiante. Nei citati precedenti giurisprudenziali si è giunti, infatti, ad una conclusione, che non può essere estesa al caso in esame, avendo la Suprema Corte concluso per la natura indennitaria della responsabilità della p.a. in quanto proveniente da atto illecito sul piano comunitario, ma non su quello nazionale. Al contrario, nella fattispecie il comportamento dell'amministrazione risulta antigiusdittorio nella misura in cui viola obblighi che operano a livello nazionale. Da ciò deriva che l'inadempimento non genera il diritto ad un indennizzo, ma ad un risarcimento da parte dell'amministrazione.

6.1. La qualificazione della natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria quale responsabilità contrattuale non incide sulla possibilità che da quest'ultima si generino danni non patrimoniali. Anche sotto questo profilo vale il richiamo alle indicazioni offerte da Cass., Sez. Un., 26972/2008: "Nell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale; se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni".

7. La qualificazione della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria in termini di responsabilità, *latu sensu*, contrattuale richiama la disciplina giuridica della responsabilità da inadempimento ex artt. 1218 e segg. c.c.. Pertanto, dal punto di vista probatorio vale il regime previsto nell'art. 1218 c.c., secondo l'esegesi offerta da Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533. In omaggio al principio di vicinanza della prova e di persistenza presuntiva del diritto, il danneggiato deve limitarsi ad allegare l'inadempimento oggettivo, ossia il fatto storico e soggettivo (l'imputabilità del fatto storico), mentre spetta al presunto danneggiante prova di aver adempiuto ovvero di non versare in colpa per non aver potuto adempiere. Nell'atto di reclamo il detenuto ha contestato la violazione di una pluralità di obblighi. Il mancato rispetto di alcuni di questi è stato accertato a seguito dell'istruttoria disposta. Oltre al più ampio richiamo agli artt. 2, 3, comma 2, 3 27 comma 3 cost., rileva il mancato rispetto di alcuni obblighi discendenti dalla l. n. 354/1975. In particolare dell'art. 1, commi 1 e 6: "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto delle dignità della persona... Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti"; dell'art. 5, comma 1: "Gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale

da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati”; dell’art. 6 comma 1: “I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente”; dell’art. 13, commi 1 e 3: “Il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto... Per ciascun condannato e internato, in base ai risultati dell’osservazione, sono formulate indicazioni di merito al trattamento rieducativo da effettuare ed è compilato il relativo programma, che è integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell’esecuzione.”; dell’art. 15, commi 1 e 2: “Il trattamento del condannato e dell’internato è svolto avvalendosi principalmente dell’istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi d’impossibilità, al condannato e all’internato è assicurato il lavoro.”. Nonché di alcuni obblighi che discendono dal d.P.R. n. 230/2000 ed in particolare dall’art. 1, comma 2: “Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale”; dall’art. 7, comma 2: “I vani in cui sono collocati i servizi igienici forniti di acqua corrente, calda e fredda, sono dotati di lavabo, di doccia e, in particolare negli istituti o sezioni femminili, anche di bidet, per le esigenze igieniche dei detenuti e internati”; dall’art. 16, comma 2 e 4: “La permanenza all’aperto, che deve avvenire, se possibile, in spazi non interclusi fra fabbricati, deve essere assicurata per periodi adeguati anche attraverso le valutazioni dei servizi sanitario e psicologico, accanto allo svolgimento delle attività trattamentali, come strumento di contenimento degli effetti negativi della privazione della libertà personale... Gli spazi destinati alla permanenza all’aperto devono offrire possibilità di protezione dagli agenti atmosferici”. Infatti, il detenuto nel periodo di reclusione sofferto dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010, è stato ristretto in un istituto sovraffollato occupato da 1377 a fronte di una capienza di 660 detenuti ed una tollerabilità di 1100, non ha fruito di alcuna attività trattamentale formulata secondo un programma individualizzato, non ha fruito di un vano igienico dotato di acqua calda, non ha fruito di spazi all’aperto dotati di protezione dagli agenti atmosferici, non ha fruito di un programma trattamentale che alternasse attività finalizzate alla rieducazione alternate ad attività all’aperto. Infine, ha trascorso 19 ore e mezzo in una cella utilizzando uno spazio vitale pari a 3,39 mq al lordo degli arredi, dormendo su di un letto a castello posto a 50 cm. dal soffitto della stanza. Quest’ultima situazione appare violare il precetto dell’art. 6, comma 1, l. 354/1975, in quanto pur se manca espressamente un’indicazione legislativa su quale sia l’ampiezza sufficiente dei locali detentivi, non può non rilevarsi come si tratti di uno spazio di poco superiore a quello di 3 mq dalla Corte europea ritenuto ex se in grado di determinare un trattamento inumano nella citata sentenza Sulejmanovic, di gran lunga inferiore all’indicazione contenuta nel 2° Rapporto Generale [CPT/Inf (92) 3] che per le celle di Polizia: “Il criterio che segue (considerato come un livello auspicabile piuttosto che uno standard minimo) è attualmente usato nel valutare celle di polizia intese per essere occupate da una sola persona che resti al massimo qualche ora: nell’ordine di 7 metri quadrati, 2 metri o più tra le pareti, 2 metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto” ed a quella prevista dall’art. 62 del regolamento edilizio del Comune di Lecce nel cui ambito territoriale ricade la Casa circondariale dove è stato ristretto il detenuto secondo il quale: “I locali di categoria A1 adibiti a letto devono avere una superficie minima di mq. 9 se per una persona e mq. 14 se per due persone”.

8. Rispetto a ciò che è emerso in sede istruttoria e che ha consentito di appurare la violazione delle norme sopra riportate la puntuale difesa da parte dell’Avvocatura dello Stato ha consenti-

to di convenire anche grazie alle indicazioni fornite dall'amministrazione penitenziaria sull'assenza di ulteriori violazioni di obblighi a partire da quanto detto in tema di mancato rispetto dell'art. 3 CEDU o di obblighi dell'ordinamento penitenziario, ma non ha portato a ritenere inesistenti le violazioni dei precetti sopra descritte.

9. Non merita, invece, di essere accolto il reclamo del detenuto in relazione alle richieste risarcitorie che riguardano un prospettato ma non provato danno biologico discendente dalle condizioni detentive alle quali il detenuto è stato sottoposto, in questo senso, va rammentato come in omaggio alle indicazioni offerte dalla già pronuncia delle Sezioni Unite n. 26972/2008: "Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato", sia pure mediante presunzioni, possibilità questa, però, che impone un'allegazione di fatti e circostanze che non è in concreto avvenuta, essendosi limitato il detenuto genericamente ad affermare di aver messo in atto gesti autolesionistici senza indicare alcuna precisa modalità di tempo e di luogo.

Allo stesso modo non merita di essere accolto il reclamo del detenuto nella parte in cui avanza richiesta di risarcimento del danno per lesione della dignità umana anche nelle forme, sopra meglio esplicate, del diritto ad una pena orientata ad una finalità rieducativa, in quanto in ragione delle modalità detentive meno estreme alle quali risulta essere stato sottoposto e della fruizione da parte del detenuto di un sia pur minimo trattamento penitenziario quel danno non ha superato un livello di tollerabilità tale da dovere essere risarcito, tanto in omaggio al dovere di solidarietà sociale che grave anche in capo a chi sia detenuto.

10. In merito alla quantificazione del danno, pur essendo l'odierno giudicante a conoscenza della pronuncia della Cassazione n. 12408/2011, che ha di recente sottolineato come i valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona adottati dal Tribunale di Milano devono essere applicati su tutto il territorio nazionale, rappresentando essi un valore da ritenersi equo, ovvero in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare, come tali, in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità in funzione della cd. personalizzazione del danno, ritiene di non dovere fare applicazione di quelle tabelle, essendo opportuno in assenza di un danno biologico subito dal reclamante fare applicazione di un criterio equitativo che tenga in considerazione anche le determinazioni assunte in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle pronunce sopra citate nelle quali ha ritenuto sussistente la presenza della violazione dell'art. 3 CEDU.

La Corte europea nella già citata sentenza 16 luglio 2009, Sulejmanovic/Italia ha concesso al detenuto un equo indennizzo pari a 1.000,00 euro per il danno morale sofferto per periodo di due mesi e mezzo nel quale poteva fruire di uno spazio minimo vitale di 2,70 mq. Rispetto a quella situazione la lesione cagionata all'odierno reclamante è di poco più contenuta sotto il punto di vista temporale e manifesta un'aggressione meno intensa al comune bene giuridico della dignità umana. In presenza di una situazione tale da integrare la tortura o il trattamento inumano o degradante si genera, in assenza di conseguenze fisiche, una sofferenza psichica di elevata intensità. Nella presente fattispecie, pertanto, il danno può essere commisurato in misura proporzionalmente inferiore e va stimato in complessivi in 220,00 (duecentoventi/00) euro. Su quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno spettano la rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat a partire dal 6 settembre 2010 (data nella quale è cessato l'illecito dell'amministrazione penitenziaria) ad oggi e gli interessi compensativi calcolati nella misura legale separatamente sul capitale via via rivalutato dalla data della domanda sino al soddisfo (Cass. civ., Sez. III, 9338/2009).

11. Sulla richiesta di condanna alle spese va rilevata preliminarmente l'assenza di una disciplina direttamente applicabile al giudizio dinanzi al Magistrato di Sorveglianza. La lacuna deve essere colmata facendo applicazione delle norme contenute nel codice del processo civile, la cui natura di principi generali che informano l'ordinamento processuale nazionale è stata di recente ribadita dall'art. 44, comma 1, l. 69/2009. Nella fattispecie appare opportuno addivenire ex art. 92, comma 3, c.p.c. ad una compensazione delle spese sopportate dalle parti sia in ragione del solo parziale accoglimento del reclamo, vuoi a causa della condotta collaborativa prestata anche dalla parte sia pure parzialmente soccombente, infine per l'assoluta novità delle questioni il cui esame è stato affrontato nella presente controversia.

P.Q.M.

Accoglie parzialmente il reclamo nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto condanna il Ministero della Giustizia in favore di (...) a titolo di risarcimento del danno del complessivo importo di 220,00 (duecentoventi/00) euro, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali secondo i criteri di cui in parte motiva.

Compensa le spese di cui al presente giudizio.

ROSA MARIA GERACI

Ricercatore di Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

Lesione dei diritti dei detenuti e poteri del magistrato di sorveglianza

Prisoners' rights injury and Surveillance Judge powers

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Giuseppe Di Chiara)

Lo scritto analizza l'evoluzione della tutela dei diritti dei detenuti alla luce dei più significativi arresti della Corte costituzionale e della Corte di legittimità, soffermandosi in particolare sull'ambito delle posizioni soggettive tutelabili in sede di reclamo ex art. 35 ord. pen. e sull'effettiva sussistenza in materia di una giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di sorveglianza.

The writing focuses on the development of prisoners' rights protection in the Italian Criminal Procedure System, through the analysis of the most important decisions of the Corte costituzionale and the Supreme Court. It identifies the rights protected by the "reclamo ex art. 35 ord. pen.", inquiring the actual existence of a full jurisdiction of the Magistrate of surveillance.

Una pronuncia dirompente. L'iter argomentativo

Cercando di colmare in via interpretativa i persistenti vuoti normativi in tema di tutela dei diritti del detenuto e portando a ulteriori conseguenze quel processo di "giurisdizionalizzazione" già avviato in materia dal Giudice delle leggi e dalla Corte di legittimità,¹ il prov-

vedimento in commento compie affermazioni autenticamente dirompenti in ordine alle posizioni soggettive tutelabili, alla giurisdizione del Magistrato di sorveglianza ed ai poteri allo stesso spettanti.

Chiamato a pronunciarsi sul reclamo di un detenuto che lamentava di aver subito

¹ C. cost., sent. 11 febbraio 1999 n. 26, *Giur. cost.*, 1999, 176, con note di Fazzioli, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, e *Diritti dei detenuti e tutela giurisdiziona-*

le; di Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; di Santoriello, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*. Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, Cass. pen., 2003, 2961.

una detenzione inumana e degradante, di cui chiedeva la riparazione, il magistrato di sorveglianza di Lecce ha non solo riconosciuto il *vulnus* inflitto alle sue posizioni soggettive, ma - dato quanto mai significativo - ha altresì condannato l'Amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno arrecato, ritenendo sussistente in materia una sua giurisdizione esclusiva piena.

L'articolato *iter* motivazionale seguito dall'organo giudiziario muove dalla preliminare risoluzione di un triplice ordine di questioni: la natura della *causa petendi* posta a fondamento del reclamo; l'effettiva sussistenza della giurisdizione del Magistrato di sorveglianza; la consonanza del procedimento innanzi a questo rispetto ai canoni del giusto processo *ex art. 111 Cost.*

Sotto il primo profilo, l'ordinanza richiama innanzitutto l'autorevole insegnamento della Consulta, secondo cui il detenuto, per quanto ristretto nella sua libertà, mantiene nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria un proprio patrimonio di situazioni giuridiche meritevoli di tutela, intatto restando il «bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo» che anch'egli «porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale». Nessuna «*capitis deminutio*» di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta all'esecuzione della pena, dunque, anzi: dalla peculiare relazione che si innesta tra l'amministrazione e il detenuto scaturisce la nascita di nuove posizioni giuridiche, che possono variamente atteggiarsi come diritti soggettivi o interessi legittimi. E ciò conformemente all'assetto del vigente ordinamento costituzionale, improntato «sul primato della persona umana e dei suoi diritti».² Dalla prospettazione offerta dal reclamante nel caso in questione, l'organo giudiziario desume l'inerenza della richiesta di tutela a posizioni giuridiche soggettive rico-

nosciute dall'ordinamento, e non a meri interessi di fatto, ciò che assume rilievo decisivo quanto a forme di tutela praticabili: il giudice di sorveglianza è infatti investito in via giurisdizionale, e non *lato sensu* amministrativa, con conseguente efficacia vincolante delle sue decisioni e potere di condanna alla rifusione del danno arrecato.

Sotto il secondo aspetto, la verifica dell'insussistenza di un difetto di giurisdizione del Magistrato di sorveglianza nella materia *de qua* è condotta attraverso un duplice percorso argomentativo che, muovendo dall'esatta ricostruzione della natura e della disciplina della giurisdizione esercitata da tale organo in sede di reclamo, da un lato esclude l'obbligo di rimessione delle sollevate questioni al giudice amministrativo o al giudice civile e, dall'altro, afferma la competenza del Magistrato di sorveglianza a condannare l'amministrazione al risarcimento del danno a favore del detenuto.

A tal fine, si ricorda come sulla fisionomia tradizionale del reclamo generico ai sensi dell'art. 35 l. n. 354 del 1975 abbia inciso in maniera determinante l'opera del Giudice delle leggi, che ne ha sancito il carattere giurisdizionale ove lo stesso sia attivato a tutela di posizioni giuridiche soggettive del detenuto, senza distinzione tra diritti aventi fondamento costituzionale e non.³

Non solo.

L'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104 del 2010) – sostiene l'ordinanza – offre più di un appiglio ai fini dell'insussistenza in materia della giurisdizione del giudice amministrativo. L'art. 133, comma 1, lett. c) elenca, infatti, le controverse rimesse alla giurisdizione esclusiva di tale organo, annoverandovi anche quelle «in materia di pubblici servizi». Ora, sebbene non sia dubitabile che «il trattamento penitenziario posto in essere dall'amministrazione sia

² C. cost., sent. 11 febbraio 1999 n. 26, *cit*; C. cost., sent. 6 agosto 1979 n. 114, *Cass. pen.*, 1980, 616.

³ C. cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 26, *cit*. In argomento, v. più diffusamente *infra*.

riconducibile nella categoria dei servizi pubblici», trattandosi di «un'attività materiale posta in essere dall'amministrazione penitenziaria, rivolta a favore della collettività, ed organizzata attraverso atti amministrativi», va tuttavia rilevato come «nei rapporti tra amministrazione e detenuto, la prima non sempre agisce in veste di autorità e comunque quando anche adotta atti amministrativi che modificano le modalità concrete del trattamento o incidono sulla gestione ordinaria della vita del carcere, questi non sono mai espressione di discrezionalità amministrativa quante volte si riverberano direttamente o indirettamente sul trattamento penitenziario con esclusiva finalità rieducativa».

D'altro canto, il predetto codice non manca di offrire ulteriori elementi da cui desumere in negativo la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo: manca, infatti, in esso il riferimento a simili controversie, pur esistendo nella legge-delega n. 69 del 2009 una specifica direttiva [n. 44, comma 2, lett. b), punto 1], secondo cui il legislatore delegato era vincolato a «disciplinare le azioni e le funzioni del giudice [...] riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni».

Ciò che conferma come la fattispecie in esame non rientri tra le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Né, per altro verso, può sostenersi l'incompetenza della Magistratura di sorveglianza a provvedere sulle pretese risarcitorie avanzate dal detenuto per la lesione di sue posizioni soggettive da parte dell'amministrazione penitenziaria.

A tal riguardo, oltre a sottolinearsi come la stessa Consulta, pur intervenendo con dichiarazioni di illegittimità su talune precise tipologie di reclami,⁴ mai ha messo in discussio-

ne la competenza generale della magistratura di sorveglianza, che ha di fatto confermato, si evidenzia come non persuasiva apparirebbe «una ricostruzione secondo la quale il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe limitarsi ad accertare la lesione del diritto del detenuto, assicurandone eventualmente una tutela in forma diretta, salva la possibilità per il detenuto stesso di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'accertata lesione».

Tale impostazione, invero, apparirebbe inficiata da profili di incongruenza sistematica, sia per il misconoscimento del principio di «concentrazione delle forme di tutela» dinanzi ad un unico giudice riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale come di diretta derivazione degli artt. 24 e 111 Cost.⁵, che per l'aggravio imposto al detenuto, costretto a dover instaurare due diversi giudizi, col rischio di violare il principio di ragionevole durata e di favorire la formazione di giudicati contraddittori.

Più coerente quindi - conclude l'ordinanza - ritenere che sussista una giurisdizione esclusiva piena del magistrato di sorveglianza, che può non solo accertare la lesione dei diritti del detenuto, ma assicurare direttamente anche una tutela risarcitoria degli stessi.

Del resto, tale conclusione è - nella riferita impostazione - sintonica sia con il dato normativo particolare che con l'assetto sistematico generale.

troverse di lavoro tra detenuto e amministrazione penitenziaria, v. C. cost., sent. 27 ottobre 2006 n. 341, *Cass. pen.*, 2007, 30, con nota di Centofanti, *Lavoro penitenziario e giusto processo*, che aveva ricondotto la giurisdizione in tema di controversie lavoristiche tra detenuto e amministrazione penitenziaria alla competenza del giudice del lavoro, ma non per la scelta in sé di assegnare tali controversie alla cognizione del magistrato di sorveglianza, bensì per l'inadeguatezza del procedimento *ex art.* 69, comma 6, lett. a) ord. pen., ad assicurare piena tutela giurisdizionale al detenuto.

⁵ C. cost., sent. 11 maggio 2006 n. 191, *Giur. it.*, 2006, 1729.

⁴ Specificamente, in materia di cognizione delle con-

Non può, infatti sottacersi come il tenore letterale dell'art. 35 ord. pen., nella genericità della sua dicitura, «non determina in senso tassativo il contenuto del reclamo, portando a ritenere che ne siano esclusi i reclami risarcitori»; dall'altro lato, poi, appare indubitabile come i rapporti tra amministrazione e detenuto siano assolutamente «dominati dalla presenza della giurisdizione principale del Tribunale e del Magistrato di Sorveglianza che appare il referente giurisdizionale in relazione agli istituti che concretamente incidono sulla misura e sulla qualità della pena». E «proprio la centralità che assume a livello sistemico il Magistrato di Sorveglianza consente di concludere per la sussistenza di una giurisdizione esclusiva di quest'ultimo su tutte le controversie aventi ad oggetto la violazione di diritti come potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale, recata da atti dell'amministrazione ad esso preposta».

Soluzione, questa, che a ben vedere è perfettamente aderente all'orientamento del Giudice di Strasburgo,⁶ volto a incoraggiare gli Stati membri a valorizzare il ruolo della magistratura di sorveglianza, come appunto avviene ove la stessa non si limiti a rimuovere la lesione in atto, ma ristori anche i danni per le lesioni patite, «risultando così dotat[a] di reali poteri di enforcement sull'amministrazione penitenziaria a tutela del detenuto».

Infine, sotto il terzo profilo, secondo il Giudice pugliese appare «tutta da dimostrare» «l'eventuale minore adeguatezza del sistema giurisdizionale governato dal Magistrato di Sorveglianza», che invero, ad un'analisi più approfondita, appare rispettoso dei canoni consacrati all'art. 111 Cost.

Per quanto, infatti, si sia dubitato di ciò - *in primis* e soprattutto sotto il profilo dell'effettiva attuazione del contraddittorio tra parti

poste in posizione di parità, non potendo nel procedimento ex artt. 14-ter, 35 e 69 ord. pen., l'amministrazione intervenire personalmente tramite un suo rappresentante in udienza, ma avendo solo facoltà di presentare memorie - facendo tesoro dell'insegnamento della Consulta⁷, secondo cui parità tra le parti non vuol dire «identità dei rispettivi poteri processuali», essendo legittime talune «dissimmetrie», purché sorrette da razionale giustificazione, si evidenzia la «asimmetrica» «posizione di supremazia sostanziale assunta dall'amministrazione penitenziaria nei confronti del detenuto», posizione che, a ben vedere, «si riequilibra in sede processuale».

Peraltro, una lettura costituzionalmente orientata dell'articolato normativo induce l'organo di sorveglianza a non aderire a quell'esegesi incline a ritenere che l'amministrazione sia durante il processo sprovvista di difesa tecnica: l'art. 14-ter, comma 3 ord. pen., laddove afferma che «il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore», deve essere letto nel senso che per «difensore» deve intendersi il difensore delle parti, ivi inclusa l'amministrazione penitenziaria, che a tal fine sarà rappresentata dal Ministro della Giustizia e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato. Con ciò pienamente garantendosi il diritto al contraddittorio dell'amministrazione penitenziaria.

Affermata, dunque, la sussistenza nel caso sottoposto ad esame della giurisdizione esclusiva piena del Magistrato di sorveglianza, l'ordinanza passa all'analisi del merito della questione.

⁶ Corte e.d.u., sez. IV, 22 ottobre 2009, n. 17885, *Orchowski – Sikorski c. Polonia*.

⁷ C. cost., sent. 9 aprile 2009 n. 108, *Foro it.*, 2009, I, 1649; C. cost., sent. 4 aprile 2008 n. 85, *Giur. cost.*, 2008, 1032, con nota di Bargis, *L'imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*; C. cost., sent. 6 febbraio 2007 n. 26, *Cass. pen.*, 2007, 1883, con nota di Ceresa Gastaldo, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*.

Il reclamante si doleva di esser stato sottoposto ad una detenzione lesiva della dignità umana, lamentando un'aggressione talmente intensa alla stessa da integrare una violazione del divieto di tortura o di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti sancito dagli artt. 3 Cedu e 27, comma 3 Cost.

La doglianza è solo parzialmente accolta dal magistrato di sorveglianza.

Richiamandosi a quell' "approccio multifattoriale" fatto proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo per valutare la violazione dell'art. 3 Cedu – volto a considerare l'insieme di tutte le condizioni in cui nel caso concreto si è svolta la detenzione (durata del trattamento, modalità dello stesso, sovraffollamento, effetti fisici e psichici in relazione al sesso, all'età, alle condizioni di salute del soggetto ristretto) – l'ordinanza conclude nel senso che «non può ritenersi integrato quel "minimo di gravità" necessario per integrare una violazione dell'art. 3 CEDU e ritenere che vi sia stata a danno del reclamante tortura o un trattamento inumano o degradante».

«Questa conclusione» - si precisa - «non porta, però, al rigetto tout court del reclamo essendo necessario verificare se la dignità del detenuto sia stata lesa sotto altro profilo». Lesione che, invero, il giudice di sorveglianza ravvisa durante parte del periodo detentivo espiato - quello estivo - in cui il reclamante ha dovuto subire condizioni detentive particolarmente severe ed afflittive (sovraffollamento, riduzione dello spazio minimo vitale, assenza di attività da svolgere al di fuori della cella detentiva), risultando privato di un'effettiva offerta trattamentale orientata alla sua progressiva rieducazione.

E poiché la dignità umana compone insieme alla finalità rieducativa della pena ex art. 27, comma 3 Cost., un binomio inscindibile - costituendo la seconda una specificazione del più ampio dovere gravante in capo allo Stato di rimuovere i limiti che impediscono il pieno sviluppo della persona umana - conforme-

mente all'insegnamento del Giudice delle leggi, è da ritenere che, laddove si inibisca *tout court* l'accesso a una pena che sia in grado di raggiungere la menzionata finalità rieducativa, si generi una lesione della dignità umana, con conseguente danno non patrimoniale del detenuto, che l'amministrazione penitenziaria è tenuta a risarcire.

Il reclamo generico al Magistrato di sorveglianza ex art. 35 ord. pen.: cos'era e cos'è

La pronuncia in commento è espressione di una piena consapevolezza circa l'inadeguatezza dello strumento del reclamo generico ex art. 35 ord. pen. ad assicurare un'efficace tutela ai diritti dei detenuti e circa lo stallo verificatosi in seguito alla perdurante inerzia del legislatore, sordo alle sollecitazioni di riforma dell'istituto rivoltegli dal Giudice delle leggi.⁸

Consapevolezza espressamente dichiarata, che induce il giudicante a sforzarsi di cercare di colmare in via interpretativa il «deficit strutturale di tutela» esistente, tentando «di tracciare una rotta a legislazione invariata che, valorizzando il ruolo dei principi generali, assicuri standard adeguati di tutela giurisdizionale ai diritti del detenuto».

Nel far ciò, la pronuncia si spinge però oltre gli sforzi a tal fine già compiuti dalla Consulta e dalla Corte di legittimità,⁹ arrivando a compiere affermazioni sulla cui totale condivisibilità appare legittimo avanzare qualche riserva.

La complessità della tematica impone di procedere con ordine, delineando innanzitutto la significativa evoluzione che ha interessato il reclamo generico al magistrato di sorveglianza ex art. 35 ord. pen. quale strumento di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei detenuti incise durante il trattamento da atti o provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria.¹⁰

⁸ C. cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 26, *cit.*

⁹ C. cost., sent. 17 febbraio 1999, n. 26, *cit.*; Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *cit.*

¹⁰ L'art. 35 ord. pen., oltre al reclamo al magistrato

Come è noto, l'istituto è stato tradizionalmente concepito come rimedio generico previsto nei confronti delle determinazioni dell'amministrazione penitenziaria, innescante una procedura decisionale «totalmente priva di connotati di giurisdizionalità»: infatti, «oltre a decidere de plano, cioè in assenza di ogni formalità processuale e di ogni contraddittorio, il magistrato di sorveglianza emanava una decisione priva di efficacia vincolante per la stessa amministrazione penitenziaria e insuscettibile di ulteriori reclami al tribunale di sorveglianza o di ricorso per cassazione».¹¹

L'autorità di sorveglianza operava, in sostanza, nei casi previsti dalla norma *de qua* «in ambito amministrativo, al di fuori cioè delle fattispecie giurisdizionalizzate disciplinate dall'Ordinamento penitenziario»,¹² ciò che

di sorveglianza, attribuisce ai detenuti e agli internati il potere di rivolgersi ad autorità interne od esterne al sistema penitenziario, aventi natura politica, amministrativa o giudiziaria (prive in tal caso del potere di inchiesta o di decisione), tutte interessate all'esecuzione della pena sotto il profilo della legalità e della tutela della salute (Varraso, *Art. 35 L. 26 luglio 1975, n. 354*, in Giarda – Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2010, 10411). L'eterogeneità dei destinatari si riflette sulla natura dell'atto proposto e sulle scelte del decidente: l'atto, infatti, assume di volta in volta il carattere di reclamo, istanza, esposto o petizione (Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, cit.), sollecitando determinazioni che se a volte non esorbitano dall'ambito amministrativo, altre involgono la concreta tutela di un diritto del detenuto (C. cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266, *Giur. cost.*, 2009, 3766, con nota di Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*).

¹¹ Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 24. Analogamente, Filippi – Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007, 426 e 440; Coppetta, Art. 35, in Grevi – Giostra – Della Casa, *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2006, 392-393. Conclusioni, queste, fondate sul tenore generico della disposizione in esame, che nulla prevede circa le modalità di svolgimento della procedura e l'efficacia della decisione conclusiva. Né al riguardo pare poter esser d'ausilio l'art. 75 reg. penit. che, integrando tale disciplina, si limita a stabilire che il reclamante sia nel più breve tempo possibile informato dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato l'eventuale mancato accoglimento.

¹² Fiorentin – Marcheselli, *Il giudice di sorveglianza. La*

giustificava in letteratura un diffuso scetticismo circa la concreta efficacia dell'istituto.¹³

Su tale assetto ha tuttavia inciso profondamente l'opera del Giudice delle leggi, che con la sentenza n. 26 del 1999 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, *ex artt.* 24 comma 1 e 113 comma 1 Cost., degli artt. 35 e 69 l. n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale.¹⁴

Il fulcro di tale decisione - sotto diversi profili "storica" - consisteva nella «individuazione dello status di detenuto quale momento genetico di posizioni soggettive connesse al trattamento ed il riconoscimento della necessaria giurisdizionalità del procedimento destinato a tutelare quelle posizioni, cui seguiva l'indicazione della magistratura di sorveglianza quale giudice dei diritti dei detenuti».¹⁵

Più in particolare, dopo avere ribadito che i diritti inviolabili dell'uomo trovano nella condizione di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati dalla stessa, essendo anche in tale eventualità la dignità della persona protetta dalla Costituzione, la Corte affermava che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di

giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza, Milano, 2008, 5.

¹³ Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 83.

¹⁴ In argomento, cfr. Marafioti, *Il procedimento per reclamo*, Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 322 ss.

¹⁵ R. Mura, *Le Sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, Cass. pen., 2004, 1364. In argomento, v. pure D'Agnolo, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, Scalfati (a cura di) *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 142, e Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 241.

farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»: «l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost. e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost.». ¹⁶

Alla dichiarazione di principio, non si accompagnava tuttavia l'indicazione della disciplina normativa applicabile onde garantire effettivamente il crisma della giurisdizionalità, compito questo ritenuto di esclusiva spettanza della discrezionalità del legislatore, cui si indirizzava il relativo monito a provvedere. ¹⁷

Nella perdurante inerzia di questo, ¹⁸ si ge-

¹⁶ La Corte, precisando l'ambito della questione oggetto di scrutinio, sottolineava come la stessa inerisse precipuamente alla «tutela dei diritti suscettibili di essere lesi per effetto a) del potere dell'amministrazione di disporre, in presenza di particolari presupposti indicati dalla legge, misure speciali che modificano le modalità concrete del "trattamento" di ciascun detenuto; ovvero per effetto b) di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita del carcere». Restavano, invece, esclusi sia i diritti che sorgevano nell'ambito di rapporti estranei all'amministrazione penale (protetti secondo le regole generali poste dall'ordinamento per l'azione in giudizio), che le posizioni soggettive che potevano venire in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale, incidendo concretamente sulla misura e sulla qualità della pena (valendo pienamente in tal caso la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13, comma 2 Cost. in tema di libertà personale, con conseguente configurazione del relativo procedimento applicativo in termini sicuramente giurisdizionali). In dottrina, in argomento cfr. Fiorio, *Ancora verso la "giurisdizionalizzazione" del procedimento per reclamo*, *Giur. di Merito*, 2006, 524 ss.

¹⁷ La Corte riteneva di non poter estendere all'ipotesi de qua la disciplina del reclamo ex art. 69, comma 6 ord. pen., come pure aveva chiesto il giudice rimettente, non trattandosi di una soluzione costituzionalmente obbligata.

¹⁸ Secondo la dottrina prevalente, la pronuncia della Consulta appartiene al novero delle sentenze additive di principio: conseguentemente, nella perdurante inerzia del legislatore, sussiste l'obbligo dell'interprete di individuare in via provvisoria e con specifico riguardo al caso di reclamo in concreto di volta in volta avanzato, la disciplina applicabile (Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, *Giur. cost.*, 1999, 199; Della Casa, *Art. 69, Ordinamento penitenziario*, cit., 833; Pulvirenti, *Il controllo*

nerava quindi una situazione di grave disorientamento applicativo, non essendo chiaro quale procedura attivare in caso di reclamo al magistrato di sorveglianza volto a far valere i diritti in questione: ad un primo indirizzo, incline a ritenere praticabili le scadenze procedurali pienamente giurisdizionalizzate del procedimento di sorveglianza ex artt. 666 e 678 c.p.p., ¹⁹ si contrapponeva l'orientamento persistente nell'applicazione del procedimento *de plano* ai sensi dell'art. 35 ord. pen. ²⁰

A comporre il contrasto sono, quindi, intervenute le Sezioni unite della Corte di legittimità che hanno individuato nel procedimento disciplinato dagli artt. 14-ter e 69 ord. pen. lo strumento idoneo – in quanto connotato dal carattere della giurisdizionalità – ad assicurare la tutela delle posizioni soggettive del detenuto, siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi (sempre che, naturalmente, questi ultimi possano configurarsi nell'ambito del regime trattamentale). ²¹

Per effetto di tale pronuncia, dunque, i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria incidenti su dette posizioni sono sindacabili in sede giurisdizionale mediante reclamo al magistrato di sorveglianza che decide con ordinanza ricorribile per cassazione secondo la procedura indicata nell'art. 14-ter della legge 26 luglio 1975 n. 354. ²² Tale ordinanza, nell'impostazione condivisa successivamente anche dalla Consulta, è dotata di

giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI, a cura di Kalb, 2009, 337). L'impostazione è stata in seguito confermata dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza 22 novembre 2000 n. 526, (Cass. pen., 2001, 823).

¹⁹ Cass., sez. I, 28 maggio 2003, n. 27344, C.E.D. Cass. 225011; Cass., sez. I, 15 maggio 2002, n. 22573, *ivi* 221623.

²⁰ Cass., sez. I, 18 aprile 2002, n. 20240, C.E.D. Cass. 221446; nel senso dell'esclusione della ricorribilità per cassazione, Cass., sez. I, 7 marzo 2002, *Giur. it.*, 2002, II, 2121.

²¹ Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *cit.*

²² Cfr. Cass., sez. I, 24 ottobre 2007, n. 46269, C.E.D. Cass. 238841.

carattere cogente, avendo efficacia vincolante nei confronti dell'amministrazione penitenziaria.²³

Le posizioni soggettive tutelabili

La descritta evoluzione dell'istituto del "reclamo generico" ha dischiuso prospettive fino a tempi non troppo lontani inedite, delineando la possibilità di un articolato sistema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Ciò sollecita l'interprete ad interrogarsi sulla concreta articolazione di tale tutela, e sotto il profilo dell'ambito oggettivo delle posizioni protette, che dei poteri di cui l'organo giudiziario è investito.

Dal primo punto di vista, sebbene ampia parte della giurisprudenza di legittimità, pur dopo le menzionate decisioni della Consulta e delle Sezioni unite, sia rimasta ancorata ad una impostazione "tradizionalista", che si traduce in una lettura restrittiva delle stesse, riconoscendo l'operatività del procedimento giurisdizionale *ex artt. 14-ter, 35 e 69 ord. pen.* solo in caso di violazioni di diritti soggettivi del detenuto,²⁴ la via praticabile sembra essere un'altra.

Coerentemente ai *dicta* di quelle decisioni ed in linea con una concezione moderna della giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza in materia di trattamento penitenziario, che ne valorizzi il ruolo (come sollecita-

to dal Giudice di Strasburgo), è da ritenere che tutte le lesioni delle posizioni soggettive giuridicamente rilevanti dei detenuti verificatesi per effetto del trattamento penitenziario siano suscettibili di tutela giurisdizionale innanzi all'autorità di sorveglianza, senza distinzione tra diritti soggettivi (di rilievo costituzionale o meno) e interessi legittimi, restando escluse solo le aspettative di mero fatto, oltre che quelle particolari posizioni attive per l'accertamento della cui lesione la legge prevede una apposita procedura.

In sostanza, è da ritenere che il procedimento giurisdizionale *ex artt. 14-ter, 35 e 69 ord. pen.* non si configuri come un meccanismo "onnicomprensivo", connotato da un'indiscriminata valenza sostitutiva nei confronti del "vecchio" reclamo generico, ma costituisca, al contrario, uno strumento di controllo riservato alle posizioni giuridiche soggettive oggetto - secondo l'insegnamento delle Supreme magistrature - di riserva giurisdizionale, restando salve le altre specifiche procedure particolari vigenti e lo stesso reclamo generico *ex art. 35* che, lungi dallo scomparire, esplica una sua funzione lato sensu di garanzia proprio al di fuori delle materie oggetto della citata riserva giurisdizionale.²⁵

Ne risulta confermata, insomma, la pluralità di moduli attraverso cui garantire all'interno del sistema penitenziario la tutela delle posizioni soggettive di chi si trova ristretto nella sua libertà.²⁶

Ciò pone, naturalmente, il problema dell'identificazione del criterio discrezionale alla luce del quale selezionare le posizioni giuridiche soggettive tutelabili nell'ambito della procedura giurisdizionale, distinguendole dalle situazioni di interesse che non appaiono beneficiarie da tale protezione.

²³ C. cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266, *cit.*, che ha sottolineato come la previsione di cui al comma 5 dell'art. 69 ord. pen., secondo cui il magistrato di sorveglianza impartisce nel corso del trattamento «disposizioni» dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei detenuti, significa non mere «segnalazioni» (oggetto, peraltro, della specifica previsione di cui al comma 1 dell'art. 69 *cit.*), bensì «prescrizioni» od «ordini» «il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue».

²⁴ Sul punto si rinvia all'approfondita rassegna di Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, *Giur. di Merito*, 2010, 2810 ss.

²⁵ Mag. sorv. Varese, 24 febbraio 2005, in *www.diritto.it*

²⁶ Conti, *Il reclamo sulle restrizioni della corrispondenza in carcere nel quadro della tutela dei diritti del detenuto*, *Cass. pen.*, 2006, 283; Fiorio, *Ancora verso la "giurisdizionalizzazione"*, *cit.*, 404.

Al riguardo, in letteratura si è individuato un criterio fondamentale che fa riferimento ad un duplice parametro orientativo: la “differenziazione” della situazione di interesse e la sua “qualificazione” ad opera di una norma giuridica.²⁷

In virtù di esso risultano innanzitutto giustiziabili i diritti soggettivi, sia consacrati dalla Carta fondamentale e dalle fonti sovranazionali, che privi di tale “copertura”, essendo previsti da norme legislative o di rango sottordinato.²⁸

Più nel dettaglio, detti diritti possono in concreto essere identificati alla luce di un triplice ordine di fattori: l’espressa qualificazione normativa,²⁹ una formula di attribuzione implicita,³⁰ la tipizzazione di un modulo di tutela giudiziale.³¹

²⁷ Cfr. per tutti, Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3781.

²⁸ Così Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782.

²⁹ È il caso, ad esempio, degli artt. 26, comma 3 ord. pen. e 94, comma 1-*quater* d. lgs. n. 271 del 1989, che sanciscono, rispettivamente, il diritto al culto dei detenuti appartenenti a religione diversa dalla cattolica e il diritto dei detenuti a poter sempre consultare la propria cartella personale e di ottenere copia dei provvedimenti dell’autorità giurisdizionale in essa contenuti (Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782).

³⁰ Tale eventualità ricorre «quando le norme dell’ordinamento penitenziario utilizzano espressioni assertive cui non corrisponde alcuna discrezionalità dell’amministrazione penitenziaria (si pensi all’art. 8, comma 1 ord. pen., secondo cui “sono assicurati” a tutti i detenuti “l’uso adeguato e sufficiente di lavabi e di bagni o docce, nonché degli altri oggetti necessari alla cura e alla pulizia della persona) o che attribuiscono all’amministrazione una sorta di discrezionalità tecnica, vincolata nei presupposti e nei fini (è il caso della corrispondenza telefonica, secondo quanto ritenuto “malgrado il lessico talora utilizzato sia dalla legge sia dal regolamento” nella fondamentale sentenza Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079)» (Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782).

³¹ In tutti i casi in cui, infatti, l’ordinamento prevede una procedura giurisdizionalizzata diretta a vagliare una determinata situazione di interesse (ad esempio, il reclamo avverso il provvedimento disciplinare ex art. 69, comma 6, lett. b), ovvero, il reclamo sul provvedimento di sospensione delle ordinarie regole del trattamento ai sensi dell’art. 41-*bis*, comma 2-*quinq*ues), deve ritenersi

L’utilizzazione del menzionato criterio discrezionale, imperniato sull’esistenza di una situazione di interesse “differenziata” e “qualificata”, consente di ritenere avvinte dalla protezione giudiziale anche le posizioni di interesse legittimo riferibili ai detenuti, incise dalla potestà dell’amministrazione penitenziaria (sia essa di tipo organizzatorio, decisorio o di altra natura).

Tali situazioni giuridiche soggettive possono venire in rilievo sotto una duplice forma: come interessi cd. “oppositivi”, nascenti da «diritti soggettivi “degradati” dall’adozione di un provvedimento amministrativo», ove «la relativa potestà si sia estrinsecata al di fuori delle norme che ne regolano l’esercizio», ovvero, quali interessi “pretensivi”, ove il detenuto si sia visto negare con un provvedimento amministrativo emanato nell’esercizio illegittimo della relativa potestà un interesse materiale di cui è portatore.³²

Diversamente è a dirsi, invece, per i cd. “interessi di mero fatto” o “aspettative di fatto”, che restano fuori dall’area di operatività della tutela giurisdizionale ex artt. 14-*ter*, 35 e 69 ord. pen., non sussistendo una situazione di interesse “differenziata”, ovvero, pur ravvisandosi questa, mancando comunque l’elemento della sua “qualificazione” ad opera di una norma giuridica.

Si tratta di situazioni che possono per lo più venire in rilievo in relazione alla potestà organizzatoria dell’amministrazione penitenziaria, relativamente alla quale sussiste un’ampia discrezionalità valutativa della stessa.³³

che al detenuto sia attribuita una situazione giuridica soggettiva attiva (Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782).

³² Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3782-3783.

³³ Si pensi all’ora d’aria: il detenuto non può pretendere di trascorrerla con altri soggetti ristretti con cui ha affinità ed ha instaurato un rapporto di simpatia, così come, secondo l’esempio fatto da Renoldi, *Una nuova tappa nella «lunga marcia»*, cit., 3781, non può pretendere di essere assegnato ad un determinato operatore che ritenga più empatico o professionale di altri.

In tali eventualità, a fronte di ritenute lesioni, l'unico rimedio attivabile sarebbe il reclamo generico *ex art. 35 ord. pen.* alle autorità non giurisdizionali, ovvero al magistrato di sorveglianza nell'esercizio di funzioni amministrative.³⁴

I poteri del Magistrato di sorveglianza

Il profilo più significativo dell'ordinanza in commento è senza dubbio costituito dall'interpretazione "lata" dei poteri spettanti al magistrato di sorveglianza in sede di reclamo giurisdizionale: si ritiene, infatti, che questo possa non solo, come è ovvio, accertare la lesione della situazione giuridica protetta, ma anche pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria avanzata dal reclamante, condannando l'amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno.

È un assunto, questo, di difficile condivisibilità, sia per considerazioni di ordine sistematico, che per la non completa persuasività degli argomenti addotti a sostegno dello stesso.

Nessun indice in tal senso si ricava invero dagli artt. 35 e 14-ter *ord. pen.*, che nulla dispongono al riguardo, limitandosi a delineare le (scarne) cadenze procedurali dei reclami ivi previsti; né può a tal fine essere d'aiuto l'art. 69 *ord. pen.* che, scolpendo senza possibilità di fraintendimenti le funzioni e i provvedimenti tipici del magistrato di sorveglianza, non contempla la competenza a decidere sulle istanze risarcitorie.

Ciò, del resto, è pienamente conforme alla specifica fisionomia dell'organo giurisdizionale *de quo*, giudice specializzato cui è affidato il controllo costante sulla concreta esecuzione del trattamento penitenziario in funzione della finalità rieducativa e cui sono perciò devolute – come efficacemente messo in rilievo dalla Relazione al progetto preliminare del codice

di procedura penale – «quelle materie, facenti parte del diritto penale sostanziale e non di quello processuale, in cui prevalente appare il giudizio sulla funzionalità ed efficienza della pena in relazione al fine specifico della rieducazione del condannato e quelle dove appare essenziale l'accertamento della pericolosità del soggetto».

Ciò spiega le attività allo stesso spettanti: ispettive (vigila sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena, sullo svolgimento dei vari servizi all'interno di essi e sul trattamento dei detenuti); consultive (esprime pareri motivati sulle domande e sulle proposte di grazia); deliberative (ad esempio, in materia di riesame della pericolosità sociale della persona sottoposta a misura di sicurezza o di revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale o per tendenza).³⁵

All'interno di questo contesto, lo strumento del "reclamo generico" *ex art. 35 ord. pen.* assolve alla specifica funzione di consentire un contatto immediato del detenuto con l'organo di sorveglianza – da realizzare anche tramite periodici colloqui individuali o accessi ispettivi – finalizzato unicamente ad un'eventuale riparazione in forma specifica, in linea con le attribuzioni conferite al giudice *de quo* dall'art. 69 *ord. pen.*, tra cui è da annoverare il potere di impartire «nel corso del trattamento, disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati» (art. 69, comma 5, ult. parte, *ord. pen.*).

Il magistrato di sorveglianza è, insomma, per così dire il giudice dell' "attualità" e del "futuro" della detenzione, su cui deve vigilare costantemente, attivandosi immediatamente in caso di violazione delle posizioni soggettive del detenuto, ripristinando la situazione di fatto conforme al diritto.

³⁴ Renoldi, *Una nuova tappa*, cit., 3781.

³⁵ Tranchina, *La magistratura di sorveglianza*, Siracusa – Galati – Tranchina – Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011, 679.

Per il danno già patito dal soggetto ristretto, non può provvedere lui, bensì il giudice civile, secondo le regole ordinarie in tema di riparto di giurisdizione, che non possono essere aggirate in via interpretativa, come appunto fa l'ordinanza in commento.

Allo stato, dunque – finché, perlomeno, non intervenga una modifica legislativa che alteri l'assetto delle menzionate regole – è da ritenere che viga un sistema improntato su un concorso cumulativo di rimedi: in sede civile, per ciò che concerne i profili risarcitori; innanzi al magistrato di sorveglianza, per quanto riguarda la riparazione in forma specifica.

Né, invero, pare potersi obiettare alla delineata impostazione che, posta la non rara impossibilità di attuare concretamente l'obbligo di ripristino (basti pensare alle ipotesi di sovraffollamento delle carceri), la condanna risarcitoria ad opera del giudice di sorveglianza assumerebbe una valenza per così dire "sostitutiva-suppletiva": è questa, infatti, una soluzione che a ben vedere si risolverebbe in un (quantomeno parziale) diniego di tutela, lasciando di fatto irripulito il danno già patito in passato dal detenuto. Piuttosto, in presenza di situazioni di questo genere, connotate da un obiettivo livello di insostenibilità della situazione lesiva, che danneggia il percorso ri-educativo del condannato, e si traduce in una forma di detenzione inumana e degradante, ci si può forse interrogare sulla possibilità che trovino esplicazione istituti clemenziali, in primis la grazia, sulla cui proposta o istanza – è bene ricordarlo – il magistrato di sorveglianza è legittimato ad esprimere un parere motivato (art. 69, comma 9 ord. pen.).

A favore dell'esegesi contraria a quella qui sostenuta non sembrano, invero, potersi invocare con valenza dimostrativa insuperabile gli argomenti addotti dall'ordinanza in esame.

Quanto alla pretesa rispondenza ai canoni del giusto processo del reclamo al magistrato di sorveglianza – nell'ambito del quale dunque, ben potrebbero essere prese in considera-

zione le pretese risarcitorie, con conseguente possibile condanna dell'Amministrazione – basti ricordare che proprio la riscontrata inadeguatezza del procedimento *ex art. 14-ter* ord. pen. ad assicurare un adeguato livello di contraddittorio, ha indotto la Corte costituzionale a riconoscere in capo al giudice del lavoro la giurisdizione in materia di lavoro prestato dai detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.³⁶

E il sempre il Giudice delle leggi ha, invero, smentito con forza l'esistenza di un principio generale di "concentrazione delle forme di tutela", affermando che «non esiste sul piano costituzionale una esigenza inderogabile che, una volta iniziato un giudizio tra due soggetti, tutti i rapporti e le pretese successive debbano subire una concentrazione (non prevista dalla procedura) avanti ad un unico giudice, in deroga ad ogni diversa previsione di riparto di giurisdizione ed al principio di precostituzione del giudice».³⁷

Conseguentemente, alla luce di tutto quanto esposto, pare potersi affermare che il detenuto, al pari di qualsiasi altro soggetto, gode nel nostro ordinamento di una tutela "articolata", ripartita innanzi alle varie giurisdizioni, secondo le previsioni legislative ordinarie.

Egli, quindi, può innanzitutto rivolgersi al magistrato di sorveglianza, cui è specificamente devoluta la cognizione del *vulnus* arrecato alle sue posizioni soggettive in conseguenza del trattamento penitenziario; può rivolgersi al giudice penale, ove ritenga di esser stato vittima di un reato; può agire innanzi al giudice civile per il riconoscimento della re-

³⁶ C. cost., sent. 27 ottobre 2006 n. 341, *cit.*

³⁷ C. cost., ord. 18 dicembre 2001, n. 414, *Foro it.*, 2002, II, 1291. La Corte ha altresì precisato che «non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali [...] secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria».

sponsabilità aquiliana dell'Amministrazione; può adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo.³⁸

Di tal ch , in conclusione, l'alterazione in via interpretativa del delineato assetto di ri-

parto di giurisdizione realizzato dall'ordinanza in commento finisce col risolversi in un difetto relativo di giurisdizione, censurabile innanzi alla Corte di cassazione, con conseguente annullamento senza rinvio dell'atto.³⁹

³⁸ L'impostazione   condivisa da Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, cit., 2833-2834 ss.

³⁹ Mambriani, voce *Giurisdizione penale*, Spangher (a cura di) *Procedura penale. Dizionari sistematici*, Milano, 2009, 164-165; cfr. pure Satta, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss.

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

Professore associato di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Bergamo

I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata

Safeguards to time limits for filing complaints. A missed opportunity for case-law formation

Le prese di posizione giurisprudenziali in ordine ai poteri di controllo sui tempi dell'iscrizione della notizia di reato suscitano più di qualche perplessità non solo in quanto si pongono in contrasto con la ragione giuridica delle relative regole normative ma anche perché risultano in contraddizione con altre decisioni della Corte di cassazione, nonché con pronunciati "diffida" della Corte costituzionale. Emerge, quindi, un'anarchia interpretativa che pone in discussione l'effettiva funzionalità del potere-dovere nomofilattico.

The juridical opinions regarding the power to place safeguards on time limits for filing complaints in the judicial process raise significant concerns. They run counter to the letter of the law and contradict jurisprudence of the Court of Appeal as well as the compulsory warnings of the Constitutional Court. The result is sort of interpretative "anarchy" which threatens the effective functioning of case-law making powers and the judiciary's primary responsibility of ensuring the law is interpreted and applied correctly and consistently.

L'obbligo di iscrizione tra potere e limiti

La finalità primigenia della previsione di un obbligo di iscrizione della notizia di rea-

to nell'apposito registro *ex art. 335 c.p.p.* era quella di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo circoscritto la condizione di chi a tali indagini è

assoggettato¹ in linea, del resto, con l'esigenza di una ragionevole durata del processo.

In tale contesto, l'obbligo di iscrizione assume l'indiscutibile ruolo di consentire il controllo sul legittimo operato del pubblico ministero in ordine al suo potere-dovere di investigazione. E l'indicata finalità non si limita a rendere possibile un controllo sul rispetto dei tempi di indagine, ma anche sui temi. In sostanza, la disciplina dell'art. 335 c.p.p., nel pretendere la descrizione di un addebito a cui si impongono immediati aggiornamenti a seconda degli esiti delle investigazioni in corso, mostra di costituire un'attuazione del più generale principio di pertinenza di cui all'art. 187 c.p.p. Di qui la constatazione che il sapere investigativo incontra i suoi limiti nel perimetro dell'addebito individuato nel registro delle notizie di reato². Emerge, quindi, come la relativa iscrizione costituisca, nel contempo, il limite ed il momento attributivo del potere di investigazione del pubblico ministero.

Se si ha la consapevolezza di tale realtà il tema non può essere affrontato in maniera "disinvoltata", in quanto l'osservanza dell'obbligo di iscrizione, rappresentando momento attributivo di un potere, non può risultare "svincolato" da forme di controllo che, a ben vedere, costituiscono il limite al potere stesso.

¹ Cfr. C. cost., sent. 15 aprile 1992, n. 174. Negli stessi termini v. Id., ord. 10 febbraio 1993, n. 48; Id., ord. 10 giugno 1994, n. 233, ove si precisa che non sussiste contraddizione logica tra la previsione di un termine entro il quale deve essere portata a compimento l'attività di indagine e l'obbligo costituzionalmente stabilito di esercitare l'azione penale, considerato che la necessità di sviluppare ulteriori investigazioni può trovare soddisfacimento nell'art. 414 c.p.p. relativo alla riapertura delle indagini e nell'art. 430 c.p.p. relativo alla attività integrativa. Sul tema, in genere, cfr. Spangher, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, *Giur. cost.*, 1992, 1286.

² Sul tema, sia consentito il rinvio a Dinacci, *Sempre incerti ruolo e limiti dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato*, *Giur. cost.*, 2005, 4, 3007.

Il cortocircuito giurisprudenziale

Tale realtà, nel diritto vivente, sempre più allergico ad ogni forma di controllo all'esercizio del potere, non sembra sia stata colta.

Infatti, per la terza volta coloro a cui è affidata "l'esatta e uniforme interpretazione del diritto oggettivo nazionale" hanno confermato che "la disciplina processuale non consente di ritenere conferito al giudice un potere di «retrodatazione» della iscrizione del nominativo cui la notizia di reato deve essere attribuita a far tempo dalla data della effettiva emersione, con la conseguenza di rendere inutilizzabili gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine così come rideterminato dal giudice"³.

Già la circostanza che le Sezioni Unite siano costrette a reiterare i propri interventi sul punto è indicativa di come, in sede operativa, si avverta un indiscutibile disagio che, evidentemente, trova origine in "prassi operative" elusive degli obblighi imposti dall'organo dell'accusa in ordine al dovere di immediata iscrizione. La conclusione trova conferma nei perduranti fermenti giurisprudenziali sfociati in decisioni che si pongono in consapevole contrasto con le indicazioni delle Sezioni Unite. Si è infatti rilevato che "nonostante le contrarie indicazioni della giurisprudenza (Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, 216248) si può plausibilmente sostenere solo che il termine decorra dal momento in cui si sarebbe dovuto iscrivere la notizia così come accertato *ex post* dal giudice: con la conseguenza che la tardiva iscrizione può incidere sull'utilizzabilità delle indagini finali *ex art.* 407 c.p.p. ma non sull'utilizzabilità delle indagini iniziali"⁴.

³ Cfr. Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, *CED Cass.*, 244378; Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, *CED Cass.*, 216248; Cass., sez. un., 23 aprile 2009, n. 23868, *CED Cass.*, 243416, le quali, pur dichiarando l'inammissibilità del ricorso, hanno trattato incidentalmente la questione escludendo un potere di retrodatazione.

⁴ Cass., sez. V, 8 ottobre 2003, n. 41131, *Cass. pen.*,

Ancor più di recente, in tempi quasi coevi all'ultimo intervento del massimo organo nomofilattico, si è ribadito come l'eventuale arresto da parte del giudice al solo dato formale si risolverebbe in "una non risposta, giacché presume l'assenza – funzionale ad una soluzione interpretativa sicuramente più comoda del problema processuale sollevato – di un dato che si chiedeva di verificare, quello della tempestiva iscrizione, ma non indica la base di tale presunzione e non dimostra che poteva escludersi l'opposta situazione sottesa al quesito, l'eventualità cioè di una iscrizione tempestiva e di indagini protratte per oltre 6 mesi dalla data iniziale: non consentendo perciò a questa Corte di valutare, assodata l'esattezza delle premesse, la correttezza delle conclusioni raggiunte. Al contrario, come questa Corte ha già ripetutamente ricordato (cfr. Sez. 1, n. 5181 del 24.9.1999), a fronte di specifica contestazione della difesa, il pubblico ministero ha l'onere di esibire gli atti che costituiscono presupposto di utilizzabilità degli elementi su cui si fonda l'istanza di coercizione; e fra essi rientra la documentazione relativa alla data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato e alle proroghe delle indagini, in quanto necessaria a stabilire se l'attività investigativa, le cui risultanze sono poste a fondamento della richiesta, è stata espletata nei termini di legge (Sez. 3, 17.9.1997, Zagaria)"⁵.

Appare indubitabile che la deriva innescata dalle decisioni delle Sezioni Unite produce l'inversione dei rapporti tra "controllore" e "controllato". In sostanza, l'organo di accusa, che nella sistematica del codice è colui la cui attività è sottoposta al controllo dell'organo giurisdizionale, con riferimento al tempo di iscrizione del soggetto nel registro delle notizie di reato, verrebbe affrancato da tale

controllo nonostante la disciplina preveda, nell'ipotesi di indagini oltre i termini previsti dalla legge, l'inutilizzabilità dei dati acquisiti. L'operatività del vizio sarebbe quindi rimessa al pubblico ministero e cioè proprio a colui che ha determinato la situazione produttiva della sanzione processuale. Si genera, così, un cortocircuito che trova origine nel dato di partenza costituito dall'affermazione che il giudice non ha potere di sindacato in ordine al rispetto dei tempi di iscrizione del soggetto "incriminato" nel registro delle notizie di reato.

Di tale realtà sembrano essere consapevoli le stesse Sezioni Unite, costrette a riconoscere come il sistema, proprio in materia di iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., prevede che, nel caso di archiviazione nei procedimenti a carico di ignoti, il giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 415, comma 2, c.p.p., se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata, ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato. Certo, potrebbe obiettarsi che in quel caso il legislatore ha previsto espressamente tale potere di intervento laddove simile potere non sarebbe contemplato con riferimento al controllo sui tempi nominativi di iscrizione *ex art.* 335 c.p.p. L'argomento, al di là delle ulteriori considerazioni che si formuleranno in seguito, è sconfessato dalle stesse Sezioni Unite nella misura in cui rilevano che la disciplina del regime delle proroghe di cui all'art. 406 c.p.p. rappresenti un "tassello normativo" idoneo a configurare un potere di apprezzamento da parte del giudice circa la tempestività delle iscrizioni, non apparendo estranea al sistema "l'idea di un giudice che in presenza di iscrizioni tardive calibri la concessione o il diniego della proroga in funzione, anche, della durata delle indagini eventualmente espletate prima della tardiva iscrizione"⁶.

In tal modo, però, l'organo nomofilattico mostra il fianco ad una contraddizione. Da

2005, 1327; negli stessi termini cfr. Cass., sez. I, 27 marzo 1998, n. 1840, *CED Cass.*, 1998.

⁵ Così Cass., sez. I, 2 aprile 2009, n. 14512, *Guida dir.*, 2009, 23, 84.

⁶ In tal senso, Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.

un lato, si nega la possibilità al giudice di rideterminare il termine iniziale delle indagini in presenza di elementi idonei ad individuare un *dies a quo* anteriore rispetto a quello individuato dal pubblico ministero e, dall'altro lato, si riconosce come il sistema autorizzi il giudice ad intervenire sul detto termine iniziale delle indagini preliminari.

Ed allora, se si riconosce l'esistenza nel sistema di un tale potere, non si comprende perché lo stesso debba o possa essere esercitato a corrente alternata in mancanza di esplicite previsioni normative che facoltizzino una tale soluzione.

Né pare a tal fine di alcun ausilio il richiamo ad un'iniziativa legislativa tendente ad introdurre espressamente il potere del giudice di "controllare" la correttezza dei tempi di iscrizione⁷. Basti pensare che la necessità di una modifica normativa, peraltro non ancora introdotta, non necessariamente trova la sua origine in carenza di disciplina, potendo rinvenirsi la ragione nel tentativo di incanalare soluzioni giurisprudenziali ritenute non

aderenti alla effettiva ragion d'essere della norma.

L'oggettività normativa dell'obbligo di iscrizione

E proprio partendo dalla *ratio* della disciplina, la stessa Corte di cassazione si dimostra d'accordo sul fatto che si è in presenza di un dovere di iscrizione della *notitia criminis* in termini di immediatezza al punto tale da evocare "la configurazione di un siffatto incombente in termini di rigorosa «doverosità», nel senso di riconnettere in capo all'organo titolare dell'azione penale uno specifico - e indilazionabile - obbligo giuridico, che deve essere adempiuto senza alcuna soluzione di continuità rispetto al momento in cui sorgono i relativi presupposti"⁸.

E se tale situazione si pone "al di fuori di qualsiasi possibilità di scelta non solo rispetto all'*an* ma anche rispetto al *quid* ... ed al quando"⁹ appare davvero difficile sostenere che tale obbligo giuridico, in mancanza di previsioni espresse o in carenza dell'indicazione di un termine perentorio, non consenta quei controlli diretti a rendere operativa la sanzione dell'inutilizzabilità¹⁰.

Basti pensare che il dato normativo fa riferimento a un obbligo di immediata iscrizione. L'immediatezza che caratterizza l'obbligo non consente di ritenere rilevante la pretesa insussistenza di un termine perentorio.

Anche sul piano etimologico nessuno può dubitare che l'adempimento di un obbligo immediato è certamente più perentorio rispetto a quello che prevede l'adempimento "senza ritardo" oppure entro le "quarantotto ore".

⁷ Cfr. Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, cit. laddove si precisa che "l'esigenza di un innesto normativo per portare a soluzione i problemi, da tempo avvertiti, che scaturiscono dalla assenza di effettivi rimedi per le ipotesi di ritardi nella iscrizione nel registro delle notizie di reato, è, d'altra parte, chiaramente testimoniata dal recente disegno di legge n. 1440, presentato dal Ministro della giustizia al Senato della Repubblica il 10 marzo 2009 e recante, fra l'altro, varie disposizioni in tema di procedimento penale. In esso, infatti, si prevede una specifica disciplina che attribuisce al giudice, all'atto della richiesta di rinvio a giudizio, il compito di verificare l'iscrizione operata dal pubblico ministero nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., e determinare, se del caso, la data nella quale essa doveva essere effettuata, "anche agli effetti dell'art. 407, comma 3". In modo tale, puntualizza la relazione che accompagna l'iniziativa legislativa, da porre rimedio ad un meccanismo "che rischia di rimettere alle scelte discrezionali del pubblico ministero la concreta determinazione dei tempi processuali. Con le nuove norme - osserva ancora la relazione - non potranno più riverberarsi sull'imputato gli effetti della iscrizione tardiva, a lui non imputabili, con la conseguenza di rendere più certi i termini delle indagini preliminari, a fini sia acceleratori che di garanzia".

⁸ In questi termini, Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.

⁹ Così, ancora, Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.

¹⁰ Nella prospettiva criticata v. Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, cit.; Id., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.

Per convincersene è sufficiente porre mente all'art. 347 c.p.p. In quella sede, nel disciplinare i tempi di informativa al pubblico ministero della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria, si utilizzano nei vari commi dei limiti temporali diversificati¹¹, risultando non controvertibile che si sia assegnata la locuzione "immediatamente" a quella situazione che il legislatore ha ritenuto di dovere maggiormente tutelare. Del resto, l'immediatezza elimina ogni spazio di discrezionalità cronologica e costituisce un non senso ricavare dall'assenza di un termine definito una mancanza di tutela processuale. La realtà è che non si sono colti, non solo il dato letterale, ma nemmeno la *ratio* della disciplina normativa. Consapevoli dell'importanza di introdurre nell'ordinamento un limite alle indagini¹², si

è istituito un obbligo formale su cui radicare il controllo, ed in relazione a tale obbligo si è

¹¹ In quella sede si ricorre, a seconda delle diverse situazioni disciplinate, alla locuzione "senza ritardo" (comma 1); "quando è possibile" (comma 2); "entro quarantotto ore" (comma 3); "immediatamente" (comma 4).

¹² Tale consapevolezza era stata avvertita anche nella vigenza del codice Rocco. Con l. 12 agosto 1982, n. 532 è stato introdotto l'art. 392 bis c.p.p. il quale, pur prevedendo il termine massimo di un anno per il completamento della istruzione sommaria del pubblico ministero, non contemplava, almeno espressamente, nessuna sanzione alle inosservanze di questo termine. Per tale ragione si era sviluppata in dottrina l'opinione secondo la quale gli atti tardivamente compiuti erano ritenuti pienamente validi ed utilizzabili. Sul punto v. Adami, *Limiti dell'attività del pubblico ministero*, *Giust. pen.*, 1985, 254, il quale afferma: "l'omessa formalizzazione trascorso il termine di un anno, non evidenzia affatto, neppure lontanamente, un errore nell'uso delle forme di promovimento ed esercizio dell'azione penale (ed è questo il nucleo della teoria qui contrastata), giacché l'azione penale era stata ritualmente promossa ed esercitata o non era stata affatto promossa" ... "ecco allora, che -scartata l'idea del vizio (da sanzionare con la nullità assoluta) degli atti compiuti dopo aver errato nella «scelta» del rito, o compiuto dopo il decorso del termine (ordinatorio non perentorio) di un anno - si profila l'idea di un comportamento del magistrato squalificato da negligenza (o dalla ... virtù opposta), meritevole di essere vagliato, sotto il profilo disciplinare"; vi è stato poi chi (Orlandi, *Errore nella scelta del rito e conseguente invalidità dell'istruzione sommaria*, *Cass. pen.*, 1984, 616) sembra ritenere il carattere ordinatorio del termine in virtù del tenore letterale della norma "la quale appare formulata con riguardo al comportamento del pubblico ministero, più che al risultato della (in)attività di quest'ultimo". Nel senso della natura perentoria del termine entro il quale il

pubblico ministero era tenuto a determinarsi a pena di nullità insanabile ex art. 185, comma 2, c.p.p. U. Dinacci, *L'art. 392 bis c.p.p.: sintomi di erosione nell'investigazione istruttoria del pubblico ministero?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 1062; Scolozzi, *Alcune considerazioni sulla legge 12 agosto 1982, n. 532*, *Giust. pen.*, 1983, III, 117. Una posizione particolare è assunta, invece, da Salidu, *Commento all'art. 24 l. 12 agosto 1982, n. 532*, *Legislazione pen.*, 1983, 136, che individua nella vana decorrenza del termine una sorta di "incompetenza funzionale del pubblico ministero", pur aggiungendo poi come essa possa venire in rilievo anche sotto il profilo dell'art. 185, comma 1, n. 2 c.p.p. Questa tesi sembrava sostenuta da una parte della giurisprudenza: fra le molte, Cass., sez. I, 9 giugno 1983, *Giur. it.*, 1984, II, 49, la quale statuisce che "gli atti compiuti dal pubblico ministero dopo il decorso del termine previsto dall'art. 392 bis c.p.p. sono colpiti da nullità insanabile ex art. 185 comma 2 c.p.p. violando i criteri oggettivi fissati per l'esercizio dell'azione penale"; Id., sez. I, 9 giugno 1982, *Riv. pen.*, 1983, 431, nella quale si afferma che, nel caso di "violazione dei criteri oggettivi fissati dalla legge per la individuazione del rito con cui iniziare l'azione penale dà luogo a nullità insanabile e rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento". Occorre tuttavia rilevare come il legislatore con l'at. 23 l. 28 luglio 1984, n. 398 abbia interpretato la disposizione prevedendosi che l'inosservanza del termine annuale comportasse l'obbligo per il procuratore generale presso la Corte d'appello di informare il Ministro di giustizia dei motivi del ritardo nella chiusura dell'istruzione sommaria. Sul punto è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite, precisando che "l'inosservanza del termine stabilito dall'art. 392 bis c.p.p. nella prima formulazione di cui alla l. 12 agosto 1982, n. 532 non dava luogo per gli atti post-annuali compiuti dal p.m. a nullità insanabile ex art. 185, comma 1, n. 2 e comma 2 c.p.p. perché tali disposizioni sono volte a tutelare l'esclusività della funzione del pubblico ministero e, quindi, a sanzionare la carenza e non l'eccesso della sua attività. Con la modifica apportata all'art. 392 bis c.p.p. dalla data l. 28 luglio 1984, n. 398, che non ha natura interpretativa e che prevede, per l'inosservanza del termine annuale ivi stabilito, l'informativa del procuratore generale al Ministro della giustizia, non è più neppure formulabile l'ipotesi della nullità (assoluta o relativa) degli atti compiuti dal pubblico ministero dopo la scadenza del termine annuale di cui sopra, restando l'inosservanza stessa, anche in base all'art. 154 c.p.p., sanzionabile disciplinarmente (se i motivi del ritardo non sono validi)"; così Cass., sez. un., 24 novembre 1984, *Giur. it.*, 1986, II, 11. Per alcune riflessioni critiche v. Sau, *un'importante pronuncia delle sezioni unite fra vecchia e nuova disciplina dell'art. 392 bis c.p.p.*, *Giust. pen.*, 1987, III, 308, secondo il quale la violazione della norma integrerebbe, ancora una volta, una nullità assoluta ed insanabile. Sull'argomento, cfr. le puntuali argomentazioni di Marandola, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, *Cass. pen.*, 2001, 412.

voluti escludere ogni elemento di discrezionalità da parte del pubblico ministero proprio attraverso la previsione dell'immediatezza dell'iscrizione. In tale contesto, quest'ultima si erige, da un lato, a limite del potere investigativo del pubblico ministero e, dall'altro lato, a strumento di controllo della legittimità del suo operato.

Diventa, allora, davvero incomprensibile l'affermazione secondo cui l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione "rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratta" al controllo del giudice¹³. Tale interpretazione finisce infatti col rimettere il termine di durata delle indagini preliminari al pubblico ministero, cioè a quello stesso organo la cui funzione investigativa è sottoposta dal legislatore al termine in questione, con totale vanificazione della valenza garantistica sottesa alla disciplina dei tempi massimi d'indagine preliminare¹⁴.

Deve peraltro rimarcarsi come il corretto adempimento all'obbligo di iscrizione nel registro ex art. 335 c.p.p. assume ulteriore valenza solo laddove si consideri che solo con l'adempimento dello stesso l'ordinamento riconosce l'effettività di certi diritti.

Basti pensare a quanto riconosciuto dall'art. 335, comma 3, c.p.p. all'indagato, alla persona offesa ed ai loro difensori, relativamente alle comunicazioni delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato, laddove risulta evidente che, in mancanza di una formale iscrizione, tale diritto non risulta esercitabile.

Pur essendosi, pertanto, in presenza di una sostanziale situazione di indagato, il mancato adempimento dell'obbligo di immediata iscrizione rende impossibile, sul piano pratico, il riconoscimento di quei diritti che la posizione sostanziale riconosce. E non si è in presenza di un diritto secondario o marginale, avendo esso ad oggetto la conoscenza del procedimento, in mancanza della quale non può esercitarsi concretamente nemmeno il diritto di difesa¹⁵. In tale contesto, anche se l'art. 335, comma 3, c.p.p. non prevede un "diretto obbligo informativo"¹⁶, è indiscutibile che l'esistenza di un diritto, pur condizionato nei tempi e nei modi¹⁷, alla conoscenza di un'iscrizione non può venire limitato, senza previsioni di sanzioni processuali, dalla violazione dell'obbligo di iscrizione immediata.

rio o marginale, avendo esso ad oggetto la conoscenza del procedimento, in mancanza della quale non può esercitarsi concretamente nemmeno il diritto di difesa¹⁵. In tale contesto, anche se l'art. 335, comma 3, c.p.p. non prevede un "diretto obbligo informativo"¹⁶, è indiscutibile che l'esistenza di un diritto, pur condizionato nei tempi e nei modi¹⁷, alla conoscenza di un'iscrizione non può venire limitato, senza previsioni di sanzioni processuali, dalla violazione dell'obbligo di iscrizione immediata.

¹⁵ E' singolare che in un sistema caratterizzato da moduli procedurali sempre più ricchi di "avvisi" ed informazioni (sul punto cfr. le acute osservazioni di Spangher, *Tra crisi ordinamentali e nuovi modelli*, AA.VV., *Sanzioni e protagonisti del sistema penale*, Cerquetti e Fiorio, (a cura di), Padova, 2004, 129) il diritto alla conoscenza del procedimento sia affidato ad istituti assolutamente inadeguati. Per convincersene basti pensare all'art. 369 c.p.p. che prevede un obbligo informativo "solo quando si deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere". Le perplessità sulla tenuta costituzionale dell'istituto appaiono evidenti sol che si consideri l'obbligo recepito nell'art. 111, comma 3, Cost. di essere nel più breve tempo possibile informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa. Quel che non deve sfuggire è che il diritto ad essere informati costituisce la chiave di accesso a tutto quel sistema di garanzie che certamente non possono essere approntate se non si è avvisati ovvero se si è avvisati tardivamente della pendenza del procedimento. Tale è, del resto, anche l'insegnamento della Corte costituzionale la quale, con riferimento all'allora comunicazione giudiziaria, ha ritenuto che la stessa deve intendersi come atto "teleologicamente preordinato a rendere possibile un pronto ed efficace esercizio del diritto di difesa" (così, C. cost., sent. 21 novembre 1973, n. 155). In dottrina, sul tema, cfr. Confalonieri, *Diritto di essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, *Dir. pen. proc.*, 2000, 1007; Giostra, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, *Cass. pen.*, 1995, 3597; Nappi, *Comunicazione giudiziaria*, *Dig. pen.*, Torino, II, 1998, 396.

¹⁶ In questi termini, cfr. C. cost., ord. 22 luglio 2005, n. 307.

¹⁷ Si pensi all'obbligo dell'interessato di farsi parte attiva per richiedere notizie in ordine alla pendenza di un procedimento, ovvero al potere di segretezza delle notizie da parte del pubblico ministero per un massimo di tre mesi subordinato all'adozione di un decreto motivato.

¹³ Così, Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, cit.

¹⁴ Sul punto, v. Gironi, *I tempi di durata massima delle indagini preliminari tra disciplina legale ed esigenze della pratica*, *Foro it.*, 1994, II, 701.

I contrasti nomofilattici

Emerge quindi come, al di là del dato normativo, obblighi di “sintonie” del sistema non consentono di condividere una lettura dell’art. 335 c.p.p. nel senso della sottrazione ad ogni controllo giurisdizionale sulle scelte del pubblico ministero in ordine alle iscrizioni nominative nel registro delle notizie di reato.

Quel che sorprende è che tale conclusione risulta condivisa da quell’orientamento della Corte di cassazione la quale, chiamata a pronunciarsi in tema di qualifica soggettiva da attribuire al dichiarante, ha rilevato come spetti “al giudice il potere di verificare nella sostanza - al di là del riscontro di indici formali, quali la già intervenuta o meno iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato - l’attribuibilità, al dichiarante, della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese. Ove si subordinasse, infatti, l’applicazione della disposizione di cui all’art. 63 c.p.p., comma 2, alla iniziativa del pubblico ministero di iscrizione del dichiarante nel registro *ex art.* 335 c.p.p., si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest’ultimo ad essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità”¹⁸.

Quel che interessa richiamare è il fatto che le Sezioni Unite, pur in mancanza di previsione espressa, riconoscono all’organo giurisdizionale un potere di sindacato sulla mancata iscrizione di un soggetto nel registro delle notizie di reato; e tale momento nomofilatti-

co è perseguito attraverso la dichiarazione di prevalenza del dato sostanziale su quello formale ed in ragione di ciò si consente al giudice, nelle sue funzioni di controllo sull’organo dell’azione, di trarre tutte quelle diverse conseguenze giuridiche anche in assenza del dato formale.

In sostanza, si riconosce un potere di “disapplicazione” delle scelte operate dal pubblico ministero in ordine all’iscrizione di un nominativo nel registro delle notizie di reato.

Ma se ciò è possibile con riferimento alla decisione sulla qualifica da attribuire ad un soggetto dichiarante, non si comprende perché tale potere debba essere sconosciuto, in mancanza di dati normativi, nell’ipotesi di “tardiva iscrizione”.

Anche in tale evenienza, per dirla con le parole delle Sezioni Unite, “si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest’ultimo ad essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità”¹⁹.

Identità di situazioni ed identità di *ratio*, dunque, difficilmente possono giustificare sul piano della ragionevolezza una diversità di soluzioni.

Non si è, quindi, in presenza solo di un contrasto tra decisioni dell’organo nomofilattico, bensì di un contrasto che attiene a profili giuridici assolutamente omogenei cui, però, vengono fornite soluzioni inspiegabilmente differenti.

Non resta, allora, che procedere ad interpretazioni razionalizzanti riconoscendo al giudice, in presenza di elementi sintomatici di reità e non di mere congetture postume, il potere di rideterminare il termine iniziale delle indagini preliminari.

¹⁸ In tal senso, Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, *CED Cass.*, 246589. Negli stessi termini, in modo costante, Id., sez. VI, 22 aprile 2009, n. 23776, *CED Cass.*, 244361; Id., sez. II, 24 aprile 2007, n. 26258, *CED Cass.*, 237264; Id., sez. VI, 20 maggio 1998, n. 7181, *Giust. pen.*, 1999, III, 435; Id., sez. VI, 11 maggio 2000, n. 6605, *Cass. pen.*, 2002, 3094; Id., sez. I, 6 febbraio 2001, n. 16146, *CED Cass.*, 218550; Id., sez. IV, 4 dicembre 2003, n. 4867, *Cass. pen.*, 2005, 3028.

¹⁹ Così, Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, cit.

Le prese di posizione del Giudice delle leggi e l'obbligo di "interpretazione conforme"

Diversamente opinando, non resterebbe che investire della questione la Corte costituzionale, gli insegnamenti della quale sono stati troppo frettolosamente liquidati dalla sentenza delle Sezioni Unite del 24 settembre 2009.

Sul punto, infatti, la pronuncia afferma: "l'altro versante sul quale la Corte costituzionale è stata reiteratamente investita, è rappresentato proprio dallo specifico problema ora devoluto a queste Sezioni Unite. In più occasioni, infatti, diverse autorità giudiziarie hanno sospettato di illegittimità costituzionale la disciplina dei termini delle indagini, nella parte in cui non è prevista la possibilità di far retroagire la decorrenza degli stessi nei casi in cui sia stata indebitamente ritardata la iscrizione del nominativo dell'indagato nell'apposito registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p. Sul punto, peraltro, la Corte, malgrado talune puntualizzazioni circa la utilizzabilità degli atti compiuti prima della formale iscrizione (v. ordinanza n. 307 del 2005), non ha offerto risposta nel merito, avendo nelle varie occasioni reputato inammissibili i quesiti formulati (v. le ordinanze n. 337 del 1996, n. 94 del 1998, n. 306 del 2005, n. 400 del 2006). Sul versante costituzionale, dunque, la problematica connessa alla mancata previsione di specifici rimedi processuali atti a "correggere" l'eventuale ritardo nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., agli effetti della individuazione del *dies a quo*, dal quale far decorrere i termini di durata delle indagini preliminari, resta ancora questione «aperta»"²⁰.

E' davvero singolare che la Cassazione, nella sua più alta composizione, dimostri di non sapere cogliere i chiari messaggi che, a più riprese, la Corte costituzionale ha avuto modo di inviare.

²⁰ Così, Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.

E' sufficiente rilevare come l'ordinanza della Consulta n. 307 del 2005, lungi dal poter essere annoverata tra quelle che non hanno offerto alcun contributo sul tema, ha affermato due principi su cui sarebbe stato bene soffermarsi.

Il primo è quello secondo cui "l'iscrizione nel registro ha una valenza meramente «ricognitiva», e non già costitutiva dello *status* di persona sottoposta alle indagini".

Tale affermazione non è di poco momento posto che, proprio l'affermata natura ricognitiva dell'iscrizione, consente l'intervento del Giudice in ordine alla rideterminazione dei tempi delle indagini preliminari.

Infatti, il richiamo al valore ricognitivo dell'atto formale di iscrizione significa attribuire alla situazione sostanziale i diritti ed i doveri connessi al riconoscimento della stessa.

Soluzione questa, come si è visto, condivisa dall'organo nomofilattico laddove si è pronunciato sui criteri da seguire in relazione alle forme con cui assumere le dichiarazioni di un soggetto²¹.

Il secondo principio è quello ricavabile dall'affermazione secondo cui la ritardata artificiosa iscrizione influisce sul termine massimo di durata delle indagini preliminari con conseguente "inutilizzabilità che colpirebbe, ai sensi dell'art. 407, comma 3, cod. proc. pen., gli atti di indagine collocati temporalmente "a valle" della scadenza del predetto termine, computato a partire dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata".

In sostanza, la Corte costituzionale conferma che l'eventuale omessa annotazione del nominativo dell'indagato sul relativo registro, pur in presenza di elementi di reità tem-

²¹ In tal senso, Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, cit. Negli stessi termini, in modo costante, Id., sez. VI, 22 aprile 2009, n. 23776, cit.; Id., sez. II, 24 aprile 2007, n. 26258, cit.; Id., sez. VI, 20 maggio 1998, n. 7181, cit.; Id., sez. VI, 11 maggio 2000, n. 6605, cit.; Id., sez. I, 6 febbraio 2001, n. 16146, cit.; Id., sez. IV, 4 dicembre 2003, n. 4867, cit.

pestivamente conosciuti, spiega i suoi effetti, in termini di inutilizzabilità, relativamente a tutti gli atti investigativi compiuti successivamente alla scadenza del nuovo termine così come rideterminato dal giudice.

Ora, dal momento in cui l'orientamento delle Sezioni Unite neutralizza il contenuto del pronunciato della Corte costituzionale, approda ad una soluzione che si discosta da quei principi che il Giudice delle leggi aveva posto a fondamento della sua decisione. L'opzione interpretativa risulta ancor più rimarchevole nella misura in cui si prende coscienza che l'ordinanza n. 307 del 2005 della Corte costituzionale di fatto abbia "salvato" la norma da una declaratoria di illegittimità nei limiti in cui si dividevano i profili argomentativi sviluppati in quella sede.

Si è in sostanza in presenza di un pronunciamento "diffida", che fa salva la norma da censure di legittimità nei limiti in cui l'interpretazione fornita dalla Corte viene rispettata.

Né varrebbe obiettare la non invocabilità dello schema della pronuncia interpretativa di rigetto in quanto riferito ad un'ordinanza.

Sul tema, infatti, occorre in primo luogo precisare come dal punto di vista contenutistico l'ordinanza in esame "proponga" una lettura della norma impugnata diversa da quella scelta dal giudice *a quo*, pervenendo, così, ad una "indicazione" di quale criterio esegetico occorre seguire per una conformità a Costituzione.

Non è, quindi, controvertibile che lo schema è quello classico della sentenza interpretativa di rigetto.

E sul punto è utile ricordare come la Corte costituzionale, nell'ultimo quindicennio, si sia orientata, anche con pronunce di inammissibilità, a contestare al giudice la violazione del suo dovere di tentare ogni strada per ricondurre la legge al dettato costituzionale.

In particolare, con la pronuncia che inaugura tale orientamento si è affermato che "in

linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"²².

La sola "possibilità" di dare "interpretazioni costituzionali" della legge suggerisce alla Corte costituzionale l'adozione non di una sentenza interpretativa di rigetto, e cioè di una decisione che invita i giudici a procedere all'interpretazione adeguatrice insieme alla Corte, bensì di una pronuncia "interpretativa di inammissibilità" e cioè di una decisione che chiede ai giudici di procedere ad un'interpretazione adeguatrice prima e, preferibilmente, al posto della Corte stessa²³.

Ed è proprio il richiamo alla previa ricerca di un'interpretazione conforme che ha condotto la Corte reiteratamente ad inserire nello schema delle ordinanze, anche di manifesta inammissibilità, i contenuti interpretativi da seguire per una doverosa armonia costituzionale²⁴.

In particolare, studi di natura statistica hanno rilevato come nel periodo 2000-2005 "il 68% delle decisioni interpretative sono ordinanze di cui circa tre quarti di manifesta infondatezza ed un quarto di manifesta inammissibilità; mentre solo il 32 % sono sentenze"²⁵.

Emerge, quindi, come, al di là di problematiche di "segnalatica costituzionale"²⁶, il Giudice delle leggi utilizzi ormai in modo in-

²² Così, C. cost., sent. 22 ottobre 1996, n. 356.

²³ Sul tema, in genere, si rimanda alle puntuali argomentazioni di Celotto, *Il (pericoloso) consolidarsi delle "ordinanze interpretative"*, *Giur. cost.*, 2003, 1462.

²⁴ Sul tema, v. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte Costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 1 e ss.; Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 232.

²⁵ Così ancora Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte Costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, cit., 19.

²⁶ Sull'argomento cfr. Elia, *Modeste proposte di segnalatica giurisprudenziale*, *Giur. cost.*, 2033, 3688.

discusso lo strumento dell'ordinanza anche di inammissibilità o di infondatezza, indicando al remittente la soluzione interpretativa conforme a Costituzione.

Le conclusioni qui prospettate trovano diretta conferma nel testo della *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2010*, presentata, come di consuetudine, dal Presidente della Corte costituzionale laddove al paragrafo 8, dal titolo "Le questioni di legittimità costituzionale ed i poteri interpretativi dei giudici comuni", si rileva espressamente come "in numerosi casi lo scrutinio del merito delle questioni è risultato così precluso dall'omessa o inadeguata sperimentazione da parte del giudice *a quo* della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di legittimità costituzionale ipotizzati e tali da determinare il possibile superamento di detti dubbi, o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie". In particolare, per quel che qui interessa, nei casi elencati dalla Relazione si richiamano, senza pretesa di completezza, le ordinanze n. 5, 6, 84, 85, 110, 154, 192, 322, 339 a conferma della capacità del provvedimento ordinatorio di indicare l'interpretazione conforme a Costituzione in grado di salvare le norme da censure di illegittimità²⁷.

Pertanto, anche il provvedimento ordinatorio può assumere lo schema di un'interpretativa di rigetto con conseguente obbligo di rispettare l'interpretazione fornita dal Giudice delle leggi. E ciò in linea con l'insegnamento impartito dalle stesse Sezioni Unite, secondo cui "pur accogliendosi la tesi, sostenuta in dottrina ed in giurisprudenza, che le sentenze interpretative della Corte costituzionale non siano munite di efficacia *erga omnes*, facendo sorgere un vincolo solo nel giudizio *a quo*, non si può mai giungere a sostenere che per gli "altri" giudici la decisione della Corte

costituzionale sia da ritenersi *inutiliter data*. Sicché tali giudici, ove intendano discostarsi dall'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale, non hanno altra alternativa che sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale (in tal senso: Cass. sez. un. 29 gennaio 1996), non potendo mai assegnare alla formula normativa un significato ritenuto incompatibile con la Costituzione"²⁸.

L'insubordinazione della Corte di cassazione e ricadute in tema di inutilizzabilità

Dal momento in cui con l'ordinanza n. 307 del 2005 la Corte costituzionale ha, nella sostanza, riconosciuto come il tardivo espletamento delle formalità di iscrizione nel registro delle notizie di reato sia in grado di influire sulla inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti a valle della scadenza di tale termine, computato a partire dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata, consegna al diritto vivente l'interpretazione compatibile sul piano costituzionale, che è per l'appunto quella della possibilità di sindacare la tempestività dell'adempimento dell'obbligo di immediata iscrizione.

Quel che sfugge e che risulta difficilmente spiegabile è il perdurante contrario orientamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che risultano ignorare le "diffide" ad un'interpretazione conforme del dato normativo e, come se non bastasse, le stesse decisioni adottate su temi assolutamente omogenei dall'organo nomofilattico.

In altre parole, non si comprende perché il sindacato sull'obbligo di iscrizione, pur in assenza di espresse previsioni normative, risulti

²⁷ Cfr. Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2010, § 8, 38, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it.

²⁸ Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, *Cass. pen.*, 1999, 465; negli stessi termini, Id., sez. un., 16 dicembre 1998, n. 25, *Cass. pen.*, 1999, 1405, in cui, altresì, si ammonisce il giudice ordinario nel senso che non può "sbrigativamente andare in contrario avviso, ma ha l'obbligo anche giuridico di spiegare adeguatamente le ragioni per le quali dissente da quella soluzione".

riconosciuto solo allorché si debba decidere sulla qualità del soggetto dichiarante²⁹ o, ancora peggio, non si comprende perché, pur a fronte di “un’interpretativa di rigetto” si sia preferito sfidare le diffide di incostituzionalità anziché sollevare, come più volte indicato dalle Sezioni Unite, un incidente *de legittimitate legum*.

I rilievi, nello specifico, assumono ulteriore valore ove si consideri che il tema del controllo sulla tempestiva iscrizione nel registro delle notizie di reato da parte del pubblico ministero si risolve, in ultima analisi, nella valutazione circa la sussistenza o meno, con riferimento a determinate indagini, del vizio dell’inutilizzabilità. In questa ottica ricostruttiva, limitare al giudice un potere di controllo sulla tempestiva immediata iscrizione significherebbe precludergli il potere-dovere di applicare la sanzione. Anche in questa prospettiva non sono mancate le prese di posizione della Corte costituzionale la quale, nel verificare la legittimità dell’art. 403 c.p.p., dopo aver ribadito che prima che esista una notizia di reato e che la stessa si soggettivizzi non può esservi un problema di diritto di difesa, ha affermato che “è rimessa all’apprezzamento dell’autorità giudiziaria l’individuazione di quali persone ... debbano essere considerati indagati in quanto raggiunti da elementi indiziari ... ai fini dell’eventuale applicazione del divieto di utilizzazione probatoria dell’art. 403 c.p.p.”³⁰.

Come correttamente rilevato, la decisione sta a significare che al giudice “non può non essere riconosciuto il potere di valutare la qualità del soggetto coinvolto nel procedimento al fine di verificare vizi e applicare sanzioni, a prescindere da quelli che possono essere i limiti funzionali previsti per esempio per il Gip”³¹. In tale contesto, anche la pre-

tesa insussistenza di un potere giudiziale di controllo sul dovere d’iscrizione del pubblico ministero implica, come sostenuto ancora una volta dalla Corte costituzionale, il dovere di sindacare l’utilizzabilità della prova assunta quale conseguenza di un comportamento omissivo imputabile al pubblico ministero “quanto al momento della individuazione della qualità di indagato”³². In caso contrario si verterebbe nell’assurda situazione in cui si rimette al pubblico ministero la scelta se riconoscere l’integrarsi di una sanzione processuale o viceversa determinarne un abnorme superamento³³.

Conclusioni

L’opzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite finisce col rimettere insindacabilmente al pubblico ministero la decisione in ordine alla rilevanza di una sanzione generata dallo stesso organo di accusa. In sostanza, il ricorso ad un’iscrizione tardiva verrebbe a generare una sorta di sanatoria postuma inammissibile in quanto non codificata e, per di più, riferentesi ad un vizio che, per definizione, non è sanabile. Ma, quel che più genera disagio, è il ricorso ad artifici interpretativi in forza dei quali si arriva a negare, su temi del tutto sovrapponibili, le differenti prese di posizione delle Sezioni Unite, ignorando il reale significato di alcune pronunce della Corte costituzionale le quali, se correttamente prese in considerazione, non avrebbero potuto consentire soluzioni elusive dell’obbligo di controllo sull’adempimento del dovere del pubblico ministero di procedere ad immediata iscrizione.

Tutto ciò appare divergere da un esercizio ortodosso del dovere di nomofilachia.

fase antecedente l’iscrizione della notizia di reato, in questa *Rivista*, 2011, n. 3, 129.

²⁹ Cfr. Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, cit.

³⁰ Così, C. cost., sent. 16 maggio 1994, n. 181.

³¹ In questi termini, con la consueta puntualità, Galantini, *Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella*

³² In tal senso C. cost., sent. 12 maggio 1994, n. 198.

³³ In tal senso, v. ancora, Galantini, *Diritto di difesa e difetto di potere*, cit., 130.

EMANUELE DI SALVO

Magistrato, Procura della Repubblica di Roma

Prova scientifica e sapere extragiuridico

Scientific evidence and extralegal knowledge

Il contributo analizza importanti problematiche in tema di prova scientifica, muovendo dall'analisi dei requisiti delle leggi scientifiche utilizzabili dal giudice ed esaminando, poi, alcuni profili inerenti alle garanzie difensive, sia nella fase dell'acquisizione dei reperti, sia nella fase della vera e propria formazione della prova, in particolare, attraverso l'espletamento di atti irripetibili.

This article deals with important issues regarding scientific evidence. It starts with the analysis of the requirements of scientific laws applicable by the judge and then examines some profiles concerning the defense guarantees, both in the phase of admission of exhibits and in the phase of real formation of the evidence through the accomplishment of unrepeatable acts.

La prova scientifica

L'espressione "prova scientifica" designa un fenomeno complesso, che si estrinseca in una molteplicità di forme e si articola in una serie di operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti dalla scienza e dalla tecnica¹. Scienza e processo si trovano dunque in un rapporto di reciproca integrazione sempre più feconda: da un lato, con l'evoluzione tecnologica il rito penale si apre sempre di più all'ingresso della scienza; dall'altro, si assiste ad una sorta di "processualizzazione del metodo scientifico", che passa attraverso il con-

traddittorio tra gli esperti² e il vaglio giudiziale delle prospettazioni scientifiche introdotte nel processo. Anche se occorre sottolineare come sia tramontata la concezione giustificazionista, che fondava la scienza come verità assoluta, come episteme, e si sia posto in rilievo come l'incertezza scientifica costituisca il paradigma con il quale i giudici devono costantemente misurarsi per risolvere le controversie giudiziarie³.

Nella più moderna epistemologia - che si ispira, in larga misura, al pensiero di Popper - vi è infatti ampia convergenza sull'asserto che le leggi scientifiche non perdano mai la loro

¹ Dominioni, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 12.

² Tonini, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, De Cataldo - Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Milano, 2007, 69.

³ Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 431.

natura di ipotesi, di cui è sempre possibile dimostrare la falsità. Nessuna legge universale è mai certa giacché, per quante conferme essa abbia ottenuto, i casi non ancora osservati sono infiniti e, in qualunque momento, può accadere che venga in osservazione un caso che smentisca la più venerabile delle teorie. Si consideri, al riguardo, come la meccanica di Newton, per citare l'esempio più eclatante, sia stata generalmente considerata nel XIX secolo episteme, sapere certo, costituito da proposizioni vere, indubitabili, definitive finché Einstein mise in discussione lo stesso nucleo fondamentale della rappresentazione classica del mondo fisico ed elaborò una nuova teoria - la teoria della relatività - che modificò le leggi della meccanica newtoniana e ne indicò i limiti di validità⁴.

Per Popper, dunque, occorre riconoscere che non vi è alcun metodo per scoprire o accertare la verità o la probabilità di una teoria⁵. L'esito dell'analisi di Popper è quindi il fallibilismo e cioè il riconoscimento che il vecchio ideale dell'episteme è crollato e l'accettazione del principio che la conoscenza umana è di natura congetturale. L'uomo non può sapere con certezza se quanto ha trovato è vero anche se può talora stabilire con ragionevole certezza che quanto ha creduto di trovare è falso.

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità⁶ ha posto in rilievo come, sul terreno della colpa, la soglia oltre la quale si impone l'adozione delle regole cautelari non sia quella della certezza scientifica ma quella della probabilità o anche solo della possibilità, purché fondata su elementi concreti e non semplicemente congetturali. E correttamente la Corte di cassazione ha rilevato come l'opinione secondo cui occorrerebbe fare riferimento al patrimonio

scientifico consolidato, quale criterio per imporre l'adozione della regola cautelare, appaia frutto di indebite trasposizioni sul terreno dell'elemento psicologico di concettualizzazioni afferenti al tema della causalità. Mentre, infatti, nell'ottica del nesso causale occorre accertare che l'evento non si sarebbe verificato, con elevato grado di credibilità razionale, ove fosse stata posta in essere la condotta doverosa (c.d. giudizio contro-fattuale), nella prospettiva della colpa occorre porre mente alla natura delle regole che disciplinano l'elemento soggettivo, che non sono preordinate a verificare a posteriori la riconducibilità di un evento alla condotta di un soggetto, ma hanno una funzione precauzionale. E la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la loro mancata adozione provochi effetti dannosi, purché si sia in presenza di un concreto rischio. Ed opportunamente la Corte precisa che il rischio diviene concreto allorché, sia pure in base a ricerche non ancora complete o prive di requisiti di generale applicabilità o anche soltanto in base a serie generalizzazioni empiriche, venga individuata la possibilità dell'idoneità lesiva di una condotta commissiva od omissiva. Dunque, una soglia molto inferiore a quella necessaria per affermare la sussistenza del nesso eziologico.

Leggi scientifiche utilizzabili dal giudice

Occorre adesso porsi una domanda cruciale: sino a che punto il fatto reato può essere provato oltre il ragionevole dubbio con l'ausilio della scienza e della tecnica? Sulla base di quali parametri il giudice deve valutare l'affidabilità e la valenza epistemica di una prova scientifica?

Come è noto, il codice non indica al giudice il criterio per valutare in positivo o in negativo la scientificità di un metodo o di una teoria che vengano presentati come scientifici. E condivisibilmente è stato, in quest'ottica, rilevato come, nell'ordinamento italiano,

⁴ Lentini, *Popper. Fallibilismo e razionalismo critico*, Abbagnano, *Storia della filosofia*, IV, Utet, 596.

⁵ Lentini, *Popper. Fallibilismo*, cit., 607.

⁶ Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, C.E.D. Cass. 235657, relativa al caso del Petrolchimico di Porto Marghera.

il problema risieda nella mancanza di una disciplina che fissi i parametri in base ai quali valutare la scientificità di un contributo cognitivo, imponendo, conseguentemente, al giudice di escludere quei metodi e quelle teorie che non rispettino tali parametri⁷. Spetta dunque all'interprete tentare di enucleare dal panorama giuridico ed epistemologico sulla materia indicazioni utili al riguardo. Una prova scientifica si basa sempre su una legge scientifica. Una legge è un enunciato generalizzante, asserente una successione regolare di eventi e perciò idoneo a rendere intelligibile un accadimento del passato ed a consentire previsioni su accadimenti del futuro. Ma quali requisiti una legge deve possedere perché possa assurgere al rango di legge scientifica utilizzabile dal giudice?

Su questo tema si registra una sostanziale convergenza del pensiero filosofico e di quello scientifico nell'enucleazione dei seguenti requisiti: la generalità; la controllabilità, il grado di conferma; la diffusa accettazione in seno alla comunità scientifica internazionale.

A)La generalità. È, in primo luogo, necessario che la legge soddisfi il requisito della generalità: occorre infatti che i casi osservati non coincidano con il campo di applicazione della legge. Ad esempio, l'asserto secondo il quale se si conficca un pugnale nel cuore di un essere umano questi muore, ha una portata generale perché, pur essendo vero che il numero di esempi finora osservati di pugnali conficcati in cuori umani è finito, esiste un'infinità di esempi possibili. Se un'asserzione non affermasse nulla di più di quanto venga affermato dalle sue prove, sarebbe assurdo adoperarla per spiegare o per predire qualcosa che non sia già contenuto nelle prove medesime⁸.

B)La controllabilità. Nella moderna teoretica epistemologica, si è ritenuto che il conno-

tato della controllabilità segni il discrimine tra teorie scientifiche e non scientifiche. Tutte le teorie, scientifiche o no, costituendo un tentativo di risolvere determinati problemi, possono essere discusse criticamente e sono perciò razionali. Le teorie scientifiche però, a differenza di quelle non scientifiche, possono essere assoggettate a controllo empirico e possono pertanto essere discusse e criticate alla luce dei controlli osservativi e sperimentali⁹. Una teoria risulta soddisfacente di fatto (e non solo potenzialmente) se supera i controlli più severi: specialmente quelli che possono essere ritenuti cruciali ancor prima che vengano intrapresi.

In questa prospettiva, i neopositivisti affermarono che gli unici enunciati dotati di significanza cognitiva sono quelli suscettibili di verifica empirica. Su queste basi essi formularono il principio di verifica, secondo cui una questione è di principio risolvibile se possiamo immaginare le esperienze che dovremmo avere per darle una risposta.

In quest'ottica, dunque, un enunciato risulta dotato di senso soltanto quando esistano procedure empiriche atte a constatare l'effettiva esistenza degli stati di cose che esso asserisce; altrimenti esso è detto metafisico e, di conseguenza, privo di significato¹⁰.

Un'ulteriore evoluzione del pensiero epistemologico (Popper) ha però messo in luce come i controlli non trovino mai, in una prospettiva logica, un punto definitivo di arresto, giacché, per quante conferme una teoria possa avere avuto, essa non è mai certa, in quanto il controllo successivo può smentirla. Miliardi e miliardi di conferme non rendono certa una teoria (ad esempio, tutti i pezzi di legno galleggiano in acqua) mentre un solo fatto negativo (questo pezzo di ebano non galleggia), dal punto di vista logico, la falsifica¹¹. Esiste

⁹ Lentini, *Popper. Fallibilismo*, cit., 622.

¹⁰ Fornero-Tassinari, *Le filosofie del Novecento*, Milano, 2002, 816.

¹¹ Reale-Antiseri, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, Brescia, 1996, III, 772.

⁷ Tonini, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, cit., 70.

⁸ Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 125.

inoltre un'asimmetria logica tra conferma e smentita di una teoria poiché, come ha evidenziato Tarsky¹², il ritenere vera una teoria implicherebbe la dimostrazione che sono vere tutte le conseguenze di quella teoria ma poiché queste sono di numero infinito, dimostrare ciò è impossibile. Dunque un'asserzione di carattere universale non può mai essere inferita da asserzioni singolari, ma può esser contraddetta da asserzioni singolari. Di qui il celebre criterio della falsificabilità elaborato da Popper, secondo cui un sistema teorico è scientifico solo se può risultare in conflitto con certi dati dell'esperienza. La controllabilità coincide con la falsificabilità e cioè con la smentibilità. Le teorie non possono essere mai verificate ma soltanto falsificate.

Il metodo consiste dunque nel sottoporre le teorie a controlli critici e nello scegliere secondo i risultati dei controlli. Per primo viene il confronto logico delle conclusioni derivabili da una teoria, mediante comparazione tra loro: confronto per mezzo del quale si controlla la coerenza interna del sistema. In secondo luogo viene l'analisi della forma logica della teoria, il cui scopo è di determinare se la teoria abbia carattere di teoria empirica o di teoria scientifica o se sia, ad esempio, tautologica. In terzo luogo viene il confronto con altre teorie, il cui scopo principale è quello di determinare se la teoria costituisca un progresso scientifico, nel caso che sopravviva ai vari controlli a cui l'abbiamo sottoposta. Infine c'è il controllo della teoria condotto mediante le applicazioni empiriche delle conclusioni che possono essere derivate da essa. Anche qui la procedura dei controlli rivela il proprio carattere deduttivo. Con l'aiuto di altre asserzioni già accettate in precedenza si deducono dalla teoria certe asserzioni singolari che possiamo chiamare "predizioni": in particolar modo, predizioni che possano essere controllate con facilità. Si

confrontano queste ultime con i risultati delle applicazioni pratiche e degli esperimenti e se le singole predizioni risultano confermate, la teoria ha temporaneamente superato il controllo; se le conclusioni sono state falsificate, allora la loro falsificazione falsifica anche la teoria da cui le conclusioni sono state dedotte logicamente¹³.

C) Grado di conferma di una teoria scientifica. Strettamente connesso alla nozione di controllabilità è il concetto di grado di conferma o di corroborazione di una teoria. Anche sotto questo profilo, il pensiero di Popper rappresenta un essenziale punto di riferimento. Per grado di corroborazione di una teoria è da intendersi, in quest'ottica, un resoconto valutativo dello stato – ad un determinato momento storico – della discussione critica di una teoria, relativamente al suo grado di controllabilità, alla severità dei controlli cui è stata sottoposta e al modo in cui li ha superati. In una parola, una valutazione globale del modo in cui una teoria ha retto, fino ad un certo momento della sua discussione critica, ai controlli empirici cui è stata sottoposta; e una valutazione dei risultati dei detti controlli empirici. È pertanto possibile parlare esclusivamente di grado di corroborazione di una teoria ad un determinato momento della sua discussione critica e non in assoluto¹⁴.

In questa prospettiva, si è evidenziato in giurisprudenza¹⁵ che la legge scientifica può considerarsi tale soltanto dopo essere stata sottoposta a ripetuti, superati tentativi di falsificazione e dopo avere avuto reiterate conferme, donde, appunto, l'"alto grado di conferma" che la contraddistingue e donde la "fiducia" che non può non esserle riservata. La certezza che essa esprime viene connota-

¹² Tarsky, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, 1934. Linsky, *Semantica e filosofia del linguaggio*, 1953, trad. it., Il Saggiatore, 1969, 60.

¹³ Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, 1959, trad. it. Trinchero (a cura di), Torino, 1970. Ora, consultabile in AA.VV., *Filosofia della scienza*, Milano, 2002, 248-250.

¹⁴ Lentini, *Popper. Fallibilismo*, cit., 601.

¹⁵ Cass., sez. IV, 25 novembre 2004, n. 11977, *Cass. pen.*, 2006, 2131.

ta con le formule "alto grado di probabilità", "alto grado di credibilità razionale", "alto grado di conferma", proprio perché non è un valore assoluto, non è un'acquisizione irreversibile, poiché è certezza allo stato. Ma - va aggiunto - allo stato è certezza e non probabilità.

D) Un altro indefettibile requisito è quello della diffusa accettazione in seno alla comunità scientifica internazionale. La mancanza di accettazione da parte della generalità della comunità scientifica della validazione di un'ipotesi significa infatti incertezza scientifica. E da tale incertezza non può che conseguire l'assoluzione dell'imputato.

Si noti come, del resto, il criterio in disamina era stato accolto dalla giurisprudenza nordamericana fin dal 1923, con la sentenza *Frye*, secondo la quale una prova scientifica può essere ammessa soltanto in quanto fondata su un principio o una scoperta sufficientemente stabile, sì da aver ricevuto generale accettazione nell'ambito di ricerca al quale attiene¹⁶.

Una importante elaborazione giurisprudenziale della tematica, inerente all'individuazione dei criteri sulla base dei quali valutare l'affidabilità del sapere scientifico che viene introdotto nel processo, proviene da un'altra sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (sentenza 28 giugno 1993, pronunciata nel caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*), che costituisce, nella giurisprudenza d'oltre oceano, una pietra angolare nel dibattito in materia¹⁷. Pur essendo stata emessa in un giudizio civile e nel contesto di un sistema di *common law*, dalle caratteristiche notevolmente diverse da quelle del nostro ordinamento, dall'iter argomentativo e dalle conclusioni cui è pervenuta la pronuncia è possibile trarre alcune preziose indicazioni di portata generale e perciò valide anche per il nostro sistema giuridico.

Orbene, la sentenza *Daubert*, emessa in relazione ad una problematica inerente agli effetti teratogeni di un farmaco antinausea (il *Bendectin*), indica i seguenti criteri di affidabilità delle teorie scientifiche:

1) Verificabilità. Il primo carattere che la conoscenza scientifica deve possedere è quello della verificabilità: una teoria è scientifica se può essere controllata mediante esperimenti.

2) Falsificabilità. Il secondo criterio richiede che la teoria scientifica sia sottoposta a tentativi di falsificazione, i quali, se hanno esito negativo, la confermano nella sua credibilità.

3) Conoscenza del tasso di errore. Occorre che al giudice sia resa nota, per ogni metodo proposto, la percentuale di errore accertato o potenziale che questo comporta¹⁸.

Riassumendo: sulla base delle considerazioni dianzi esposte, appare condivisibile l'orientamento dottrinario¹⁹ secondo cui le leggi scientifiche utilizzabili dal giudice sono esclusivamente quelle connotate da un elevato grado di conferma empirica (concezione induttivistica) e di corroborazione, per il superamento dei tentativi di falsificazione (concezione falsificazionistica di Popper), e che godano inoltre del consenso della comunità scientifica.

In quest'ordine di idee si è affermato nella giurisprudenza di merito²⁰ che il rigore dell'accertamento del nesso eziologico può essere garantito osservando i seguenti criteri: 1) le inferenze causali si devono fondare sulla scienza ed essere accertate con metodo scientifico; 2) l'affidabilità delle conoscenze è determinata dall'accettazione generale o preponderante della comunità scientifica e dalla verifica empirica delle spiegazioni; 3) le conclusioni vanno verificate nel loro evolversi e confrontate con quelle di altre discipline per accertarne la coerenza complessiva; 4) l'incertezza scientifica che ne residui va risolta a favore dell'imputato.

¹⁶ Tonini, *Progresso tecnologico*, cit., 70-71.

¹⁷ Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 436-442.

¹⁸ Tonini, *Progresso tecnologico*, cit., 71.

¹⁹ Stella, *Giustizia e modernità*, cit., 441.

²⁰ Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, *Cass. pen.*, 2003, 267.

Problemi applicativi: a) l'esposizione ad amianto; b) il caso del Petrolchimico di Porto Marghera; c) la Bloodstain Pattern Analysis

Abbiamo appena visto come la generale accettazione nella comunità scientifica internazionale costituisca fondamentale requisito di utilizzabilità di una legge scientifica nel processo penale. Il trascurare questo requisito e quindi il porre a fondamento di una decisione una teoria che ne era priva ha generato talora delle antinomie nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

Si consideri la problematica relativa alla valenza lesiva dell'esposizione a sostanze nocive in relazione alle patologie neoplastiche. Si è talora ritenuto²¹, segnatamente in relazione ad un caso di mesotelioma pleurico contratto da un lavoratore esposto per anni a polveri di amianto, che tale esposizione avesse la caratteristica di accelerare sia i tempi dell'innescò del processo di alterazione cellulare alla base del fenomeno neoplastico sia il successivo sviluppo, riducendo i tempi di latenza²² e anticipando così la morte del soggetto passivo. Questo processo patologico inerisce sia al tumore polmonare o broncogeno che al mesotelioma. Ne deriva, in relazione ai casi di successione nella titolarità della posizione di garanzia, che, secondo questa impostazione, occorre dare risposta affermativa al quesito inerente alla sussistenza del nesso eziologico tanto nel caso in cui il tumore insorga durante il periodo in cui il soggetto imputato riveste la posizione di garanzia quanto nel caso in cui la neoplasia fosse già insorta all'epoca in cui egli la assunse e addirittura nel caso in cui l'iniziazione del processo patologico sia avvenuta in

epoca successiva alla dismissione della posizione di garanzia da parte dell'imputato. La conclusione è che, quale che sia il momento di innescò dell'iter patologico, il nesso di condizionamento è sempre da ravvisare. Ed infatti, in questa prospettiva, la giurisprudenza²³, nell'affrontare una problematica afferente ad alcuni casi di adenocarcinomi al naso di alcuni dipendenti, a seguito della loro esposizione a polveri di legno, in relazione ai quali la difesa, considerato che la latenza di tale tumore è di circa 40-45 anni, sosteneva che l'insorgenza dei tumori risalisse al periodo in cui la gestione dell'industria era affidata al padre e non già al periodo in cui essa aveva fatto capo all'imputato, ha ritenuto che la condotta omissiva di quest'ultimo, seppur connessa ad un periodo successivo all'insorgenza dell'adenocarcinoma, ne avesse "di certo" accelerato lo sviluppo. In altra pronuncia, per contro, la Corte suprema è pervenuta, sempre in relazione a casi di decesso di lavoratori per mesotelioma pleurico, a seguito di esposizione ad amianto²⁴, all'esclusione del nesso causale, rilevando, sulla scorta delle risultanze peritali, che, dopo l'innescò biologico della patologia è da ravvisare un semplice aumento della probabilità che il protrarsi dell'esposizione faccia progredire la patologia. E questa semplice probabilità è molto lontana dall'elevato grado di credibilità razionale che il giudice di merito aveva ravvisato nel momento in cui aveva collegato gli eventi-morte alla persistente esposizione delle vittime alle polveri di asbesto.

Orbene, il contrasto fra queste pronunce è derivato non da una differente prospettazione giuridica, ma da una diversità degli orientamenti espressi dai periti e cioè dall'adozione di teorie controverse nell'ambito della comunità scientifica internazionale e dunque prive del requisito della generale accettazione in

²¹ Cass., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 953, *Cass. pen.*, 2003, 3383.

²² Blaiotta, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, *Cass. pen.*, 2003, 1193.

²³ Cass., sez. IV, 19 giugno 2003, n. 862, *Foro it.*, 2004, II, 71.

²⁴ Cass., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 1024, *Foro it.*, 2002, II, 289.

seno ad essa. E infatti la Corte di cassazione ha, di recente, richiamato l'attenzione sulla necessità di accertare se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione, dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico e, per quanto attiene alle condotte anteriori all'iniziazione, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'insorgere del processo carcinogenetico²⁵.

La necessità del requisito del diffuso consenso nella comunità scientifica internazionale è stata sottolineata in un'altra recente pronuncia (relativa alla nota problematica del Petrolchimico di Porto Marghera), con la quale è stata ritenuta corretta la motivazione della sentenza di merito che aveva escluso la possibilità di affermare il nesso di causalità generale tra l'esposizione a cloruro di vinile e talune malattie, sottolineando la contraddittorietà dei dati e l'inesistenza di un riconoscimento condiviso, se non generalizzato, nella comunità scientifica sull'argomento²⁶. Di qui l'asserto secondo cui, per quanto attiene agli epatocarcinomi diversi dagli angiosarcomi, così come ai melanomi, ai tumori alla laringe, al cervello e al sistema emolinfopoietico, l'inesistenza di un riconoscimento generalizzato, da parte della comunità scientifica, sull'efficienza causale dell'esposizione a cloruro di vinile monomero su queste patologie, non consente di pervenire ad un giudizio che varchi la soglia del ragionevole dubbio. Non diverse sono le conclusioni sulle questioni riguardanti la lesività del cvm a basse dosi; l'efficacia promovente - e non solo iniziante - della detta sostanza; l'efficacia concausale, per azione sinergica, del cloruro di vinile con altri riconosciuti fattori eziologici. E la Corte

di cassazione ha, nella specie, sottolineato le divergenze tra le conclusioni delle agenzie internazionali; le contraddizioni esistenti addirittura all'interno degli studi effettuati dalla medesima agenzia (IARC); le differenti conclusioni cui erano pervenuti gli stessi consulenti tecnici del pubblico ministero.

Si è invece ritenuto, in giurisprudenza²⁷, che risposta positiva debba darsi al quesito se sussista un diffuso consenso nella comunità scientifica internazionale in relazione alla Bloodstain Pattern Analysis (BPA), che, come è noto, è una tecnica di indagine e di ricostruzione del fatto basata sull'analisi delle macchie ematiche. Essa non si fonda infatti su leggi scientifiche nuove bensì sull'applicazione di quelle, ampiamente collaudate, della matematica - e in particolare della geometria -, della fisica, della biologia e della chimica. Peraltro, il metodo, essenzialmente combinatorio, in base ad esse costruito, risulta relativamente innovativo soltanto per il nostro paese poiché esso costituisce oggetto di sperimentata ed abituale prassi giudiziaria nei paesi anglosassoni ed in Germania.

Prova scientifica e contraddittorio

L'impostazione poc'anzi delineata conduce ad un ampliamento dell'area del contraddittorio. Si pensi alla molteplicità di questioni che possono sorgere in sede processuale in ordine all'analisi della natura della legge scientifica alla base di una prova introdotta nel processo: se sussistano i requisiti in precedenza indicati che ne legittimano l'utilizzabilità a fini decisori; se si tratti di legge universale o di legge statistica; in quest'ultima ipotesi, quale ne sia il coefficiente probabilistico; quale sia stato l'iter logico seguito dal consulente o dal perito per dare risposta a questi quesiti e via discorrendo. L'idea stessa che la scienza non offra veri-

²⁵ Cass., sez. IV, 17 settembre 2003, n. 43786, *CED Cass.*, 248943.

²⁶ Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, *CED Cass.*, 235657.

²⁷ Cass, sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, *Cass. pen.*, 2009, 1840.

tà certe e definitive ma soltanto “congetture e confutazioni”, secondo quanto evidenziato da Popper, implica un allargamento del perimetro del contraddittorio ed un arricchimento degli strumenti a disposizione delle parti per interloquire nella dialettica processuale. Questa è la prospettiva in cui si colloca il disposto dell’art. 111, comma 4, Cost., secondo cui il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. Se la scienza è limitata, incompleta e fallibile, ciascuna parte deve essere posta in condizione di mettere in dubbio l’ipotesi che è stata formulata dal consulente della controparte e dal perito nominato dal giudice. Viceversa, nella giurisprudenza di legittimità, è dato cogliere un diffuso orientamento che comporta una notevole contrazione dell’area del contraddittorio. Costituisce infatti *ius receptum* in giurisprudenza che la nozione di accertamento tecnico *ex* art. 360 c.p.p. riguardi non l’attività di raccolta o di prelievo dei dati pertinenti al reato, come, ad esempio, un campione di sostanza biologica, bensì soltanto il loro studio e la loro valutazione critica²⁸. Il che traspone l’attività di prelievo dei reperti, anche laddove si tratti di atti irripetibili, dall’ambito di applicabilità dell’art. 360 c.p.p. a quello del combinato disposto degli artt. 354-356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. Si afferma infatti che rientrano nella categoria degli atti disciplinati dall’art. 354 c.p.p. quelli mediante i quali la polizia giudiziaria prende diretta cognizione di fatti e situazioni di rilevanza penale, suscettibili, per loro natura, di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi più o meno brevi²⁹.

Di qui gli asserti relativi alla natura e ai limiti delle garanzie difensive in relazione alle varie tipologie di atti. Si è, ad esempio, ritenuto

to che gli accertamenti dattiloscopici compiuti dalla polizia giudiziaria, pur potendo costituire fonte di prova nel giudizio, s’inquadrano nell’attività preliminare di assicurazione delle prove, per l’espletamento della quale non è necessario che venga garantito l’intervento del difensore³⁰. Così ancora, è stato ritenuto che non costituisca attività di accertamento tecnico e perciò non comporti la necessità di intervento della difesa, il prelievo, pur irripetibile, di frammenti di polvere da sparo, prodromico all’effettuazione di accertamenti tecnici, mentre il successivo esame spettroscopico sulle particelle estratte e fissate dal processo di metallizzazione (cosiddetto “stub”) è suscettibile di ripetizione senza pregiudizio per la sua attendibilità³¹. Dunque, nel corso della procedura, l’intervento della difesa è garantito soltanto nei limiti di cui agli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. nel primo segmento, afferente al prelievo di quelli che si assumono essere residui di sparo; mentre non è affatto garantito nella successiva fase di analisi del materiale, stante la ripetibilità della stessa.

In quest’ottica, la Corte di cassazione³² ha stabilito che i rilievi fonometrici sono tipici accertamenti “a sorpresa”, da inquadrare fra le attività svolte dalla polizia giudiziaria ai sensi degli artt. 348 e 354, comma 2, c.p.p. e non tra gli accertamenti tecnici irripetibili per i quali l’art. 360 c.p.p. richiede il previo avviso all’indagato.

In questa prospettiva va segnalato anche un orientamento³³ secondo il quale il prelievo del DNA della persona indagata attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, non essendo qualificabile come atto invasivo o costrittivo

²⁸ Cass., sez. I, 13 novembre 2007, n. 2443 CED Cass., 239101.

²⁹ Cass., sez. I, 8 ottobre 1997, n. 6054, CED Cass., 208736 in tema di rilievi fotografici di un blocco stradale.

³⁰ Cass., sez. IV, 25 giugno 2008, n. 38544 CED Cass., 241022.

³¹ Cass., sez. I, 14 marzo 2008, n. 15679, CED Cass., 239616.

³² Cass., sez. I, 7 dicembre 2006, n. 632, CED Cass., 236561.

³³ Cass., sez. I, 2 febbraio 2005, n. 8393, Cass. pen., 2007, 2108.

ed essendo soltanto prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive. Queste ultime sono, per contro, richieste in relazione alle successive operazioni di comparazione espletate dal consulente tecnico. In quest'ordine di idee, la giurisprudenza si è espressa nel senso che il prelievo di saliva avvenuto ad insaputa dell'indagato, mediante il sequestro di un bicchierino di caffè offerto dalla polizia giudiziaria, può essere effettuato a norma dell'art. 348 c.p.p., in quanto l'attività non ha alcuna incidenza sulla sfera della libertà personale dell'interessato, riguardando materiale biologico fisicamente separato dalla persona³⁴.

In questa prospettiva la linea di pensiero³⁵ secondo cui, allorché la polizia giudiziaria effettui il cosiddetto "alcohol-test", ha solo l'obbligo, a norma dell'art. 114 disp. att. c.p.p., di avvertire la persona sottoposta alle indagini della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia ma non è tenuta né a prendere notizia dell'eventuale nomina né a nominare un difensore d'ufficio.

A questo proposito occorre evidenziare come in giurisprudenza si sia ritenuto che l'avviso del diritto all'assistenza del difensore possa essere dato senza necessità di formule sacramentali, purché esso sia idoneo al raggiungimento dello scopo. E' stato conseguentemente ritenuto idoneo, ai fini di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p., il chiedere semplicemente all'indagato "se voleva l'avvocato"³⁶.

In quest'ordine di idee, la Corte di cassazione ha stabilito, a proposito delle perquisizioni ad iniziativa della polizia giudiziaria, sottoposte ad identico regime, che non costituisce violazione dei diritti della difesa né il

mancato avviso al difensore né l'aver proceduto, da parte della polizia giudiziaria, senza attendere l'arrivo del difensore, qualora questi abbia comunque avuto notizia dell'inizio delle operazioni³⁷. Nondimeno, i verbali degli atti espletati ex art. 354, comma 2, c.p.p. possono essere acquisiti a fascicolo dibattimentale ex art. 431 lett. b) c.p.p. ed essere utilizzati per la decisione³⁸.

È poi coerente a tale impostazione l'asserto secondo il quale la violazione dell'obbligo di avvisare l'indagato, se presente, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, previsto dall'art. 114 c.p.p., dia luogo ad una nullità di ordine generale, a regime intermedio, che deve pertanto essere eccepita, allorché la parte assista all'atto, ex art. 182, comma 2, c.p.p., prima del compimento dell'atto stesso o, quando ciò non sia possibile, immediatamente dopo³⁹.

Non è chi non veda come tale orientamento comporti una considerevole restrizione dell'area del contraddittorio in relazione ad una fase fondamentale del procedimento di formazione della prova scientifica: quella dell'acquisizione dei materiali che costituiscono, per così dire, la materia prima dell'accertamento giudiziale. Questa opzione ermeneutica si basa sull'assunto che l'art. 97, comma 3, c.p.p. si applichi esclusivamente ai casi in cui il difensore debba essere avvisato del compimento dell'atto, con esclusione dunque dell'operatività della disposizione nelle ipotesi in cui il difensore abbia diritto di assistere all'atto senza preventivo avviso: al novero di tali ipotesi è senz'altro da ascrivere quella contemplata dall'art. 356 c.p.p. che esclude testualmente il previo avviso al difensore⁴⁰.

³⁴ Cass., sez. I, 2 novembre 2005, n. 1028, *Cass. pen.*, 2007, 1709.

³⁵ Cass., sez. IV, 17 dicembre 2003, n.18610, *CED Cass.*, 228339.

³⁶ Cass., sez. VI, 23 ottobre 1992, n. 11908, *Cass. pen.*, 1994, 676.

³⁷ Cass., sez. VI, 23 ottobre 1992, n. 11908, *CED Cass.*, 192917.

³⁸ Cass., sez. I, 13 dicembre 1993, n.1343, *CED Cass.*,197468.

³⁹ Cass., sez. I, 30 giugno 1992, n. 3124, *CED Cass.*, 191920.

⁴⁰ Sechi, *Convalidare il sequestro probatorio da parte del p.m. non è esercizio di funzione giudicante*, *Giur. cost.*, 2002, 791.

E' però indiscutibile che il regime delineato dal combinato disposto degli artt. 354-356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p. comporti un notevole affievolimento delle garanzie difensive: non si procede infatti a nomina di difensore d'ufficio; non è previsto un avviso al difensore di fiducia; l'indagato viene avvertito della facoltà di nominare un difensore di fiducia soltanto se è presente; non è previsto che la polizia giudiziaria attenda, entro un ragionevole limite, l'intervento del difensore per dare inizio alle operazioni. Ciò comporta una notevole restrizione del perimetro di esplicazione del diritto di difesa e del contraddittorio, essendo evidente come lo spessore e la stessa significazione dimostrativa di una prova scientifica mutino notevolmente a seconda del contesto in cui i materiali che ne costituiscono la base, sono stati prelevati. Si pensi, ad esempio, ad un'impronta dattiloscopica rilevata nei locali di una banca in cui sia stata appena perpetrata una rapina, la quale, attraverso la procedura di comparazione, consenta di pervenire all'individuazione di un soggetto⁴¹. Orbene, non sembra controvertibile che la valenza probatoria di tale risultanza sia profondamente diversa a seconda che l'impronta sia stata rinvenuta su uno dei cassetti da cui il rapinatore, secondo quanto riferito dagli astanti, ebbe a prelevare il danaro oppure altrove, ad esempio sulla superficie di un mobile sito nelle immediate vicinanze, non potendosi escludere, in quest'ultima ipotesi, che l'indagato si fosse, in precedenza, recato all'interno della banca in qualità di cliente o di conoscente di qualcuno degli impiegati e avesse occasionalmente appoggiato la mano sul mobile in questione. Dunque è primario interesse dell'indagato e del difensore instare affinché nel verbale la polizia giudiziaria in-

dichi il punto preciso in cui l'impronta è stata rilevata. Di qui la necessità di assicurare all'indagato nella maniera più pregnante l'esplicazione del diritto di difesa.

Le argomentazioni appena svolte ineriscono peraltro esclusivamente all'attività svolta dalla p.g. di iniziativa poiché, per quanto attiene all'attività che la polizia giudiziaria svolge non di iniziativa ma su delega del pubblico ministero, si è precisato in giurisprudenza⁴² che la disciplina del titolo IV del libro V del codice di procedura penale (artt. 347-357) afferisce soltanto ai compiti ivi previsti e non può riguardare quelle altre attività che si distinguono sotto il profilo funzionale e che lo stesso organo è chiamato ad esperire in luogo e per conto, oltre che per delega, del pubblico ministero. Per queste ultime il regime è diversamente e separatamente strutturato (titolo V del libro V), anche per quanto riguarda gli adempimenti previsti a tutela dei diritti della difesa, la cui disciplina non può pertanto essere mutuata, estensivamente, dalla disposizione di cui all'art. 356 c.p.p. - che si applica nei soli casi di attività svolta di iniziativa - ma discende dal disposto dell'art. 370, comma 2, c.p.p., che impone l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 364, 365 e 373 c.p.p. La conclusione è però peggiorativa per la posizione dell'indagato, in quanto, secondo la Corte, da ciò deriva che nessuna forma di assistenza è prevista per i semplici rilievi tecnici compiuti per delega del p.m., mentre se essi vengono espletati dalla polizia giudiziaria *motu proprio* ricadono sotto la regola del citato art. 356 c.p.p., con la connessa tutela, ancorché affievolita, del diritto di difesa. In riferimento a tale ultimo aspetto, la Corte ha però escluso che la diversità di disciplina concretizzi un'inammissibile disparità di trattamento, rilevando, da un lato, che la diversità dei regimi si fonda su quella dei momenti acquisitivi

⁴¹ Come è noto, la giurisprudenza ritiene che l'impronta papillare assuma valore probatorio a condizione che presenti almeno sedici punti di corrispondenza: Cass., sez. V, 26 maggio 2005, n. 24341, *Cass. pen.*, 2006, 2009.

⁴² Cass., sez. I, 9 febbraio 1990, n. 301, *CED Cass.*, 183647.

nonché sulle differenze funzionali caratterizzanti ciascun organo preposto al compimento degli atti di indagine; e, dall'altro, che non è vietato al legislatore disciplinare con modalità diverse il diritto di difesa in rapporto alle singole fasi, ai singoli atti ed alle funzioni e qualificazioni dell'organo procedente.

Accertamenti tecnici irripetibili del pubblico ministero e contraddittorio

Le considerazioni poc'anzi formulate inducono a ritenere preferibile il contrario orientamento emerso nella giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo il quale trova applicazione agli atti in disamina il disposto dell'art. 360 c.p.p. In quest'ordine di idee, è stato, ad esempio, affermato che rientra fra gli accertamenti tecnici irripetibili, sottoposti, come tali, alla disciplina dell'art. 360 c.p.p., quello costituito dal c.d. "stub", finalizzato alla ricerca di eventuali tracce di sparo sulla persona dell'indagato⁴³. E, in questa prospettiva, appare condivisibile l'asserto secondo il quale il pubblico ministero che procede ad un accertamento tecnico non ripetibile debba darne avviso non solo alla persona il cui nominativo sia già iscritto sul registro notizie di reato ma anche a quella che risulti, nel momento in cui si procede al detto accertamento, attinta da elementi di reità, alla quale, in mancanza della nomina di un difensore di fiducia, deve essere nominato un difensore d'ufficio⁴⁴. Tale obbligo non ricorre invece nel caso in cui la persona indagata sia stata individuata successivamente, nel corso delle operazioni peritali⁴⁵.

In ordine alle modalità dell'avviso, si è precisato in giurisprudenza che l'art. 360 c.p.p., in

ragione delle esigenze di speditezza connesse all'improrogabilità dell'accertamento, prevede un meccanismo di comunicazione semplificato ed informale, di guisa che può essere impiegato qualsiasi mezzo purché idoneo a garantire l'effettiva conoscenza. Ne consegue che è sufficiente la comunicazione dell'avviso per telefono mentre il telegramma di conferma previsto dall'art. 149 c.p.p. deve ritenersi obbligatorio come requisito di validità soltanto nei casi in cui la legge stabilisce, con una significativa differenziazione lessicale, che sia "notificato" avviso⁴⁶.

Qualora il pubblico ministero disponga una consulenza ai sensi dell'art. 360 c.p.p. senza dare avviso all'indagato e al difensore del conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare un consulente tecnico di parte sussiste una nullità di ordine generale da qualificarsi a regime intermedio *ex art. 180 c.p.p.*, che va dedotta nel corso del giudizio di primo grado⁴⁷. Tuttavia la sanzione dell'inutilizzabilità non è prescritta dall'art. 360, comma 5, c.p.p. per il caso in cui non siano stati avvisati la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e i difensori ma per la sola ipotesi in cui il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva di promuovere incidente probatorio formulata dall'indagato e pur potendo gli accertamenti tecnici, anche se differiti, essere utilmente compiuti, abbia ugualmente disposto di procedere agli accertamenti stessi. Trattasi quindi semplicemente di una nullità di ordine generale *ex art. 178, lett. c), c.p.p.*⁴⁸.

Non dà invece luogo a nullità l'omessa indicazione nell'avviso di cui all'art. 360 c.p.p. della natura degli accertamenti tecnici disposti, della possibilità di nominare un difensore di fiducia e dell'identità del difensore di uffi-

⁴³ Cass., sez. I, 6 ottobre 1998 n. 4821, *CED Cass.*, 211497.

⁴⁴ Cass., sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33404, *CED Cass.*, 240903.

⁴⁵ Cass., sez. IV, 21 novembre 2003, n. 7202, *Cass. pen.*, 2005, 520.

⁴⁶ Cass., sez. I, 11 febbraio 2000, n. 4453, *CED Cass.*, 215805.

⁴⁷ Cass., sez. IV, 6 dicembre 1996, n. 54, *CED Cass.*, 207408.

⁴⁸ Cass., sez. I, 22 gennaio 1996, n. 780, *Cass. pen.*, 1997, 2503.

cio designato, trattandosi di informazioni non espressamente richieste dalla legge⁴⁹.

In via generale, la relazione del consulente incaricato dal pubblico ministero *ex art.* 360 c.p.p. è legittimamente inserita nel fascicolo come atto irripetibile *ex art.* 431 lett. c) c.p.p. ed è onere della parte eccepire che si tratti, in realtà, di accertamento ripetibile, proponendo la relativa eccezione nel termine di cui all'art. 491 c.p.p. In mancanza, resta fermo l'inserimento nel fascicolo e l'atto è valutabile ed utilizzabile *ex artt.* 511 e 526 c.p.p.⁵⁰. Ed anzi la Suprema Corte ha affermato, anche in fattispecie in cui il requisito dell'irripetibilità non era ravvisabile, che la consulenza tecnica disposta dal p.m. *ex art.* 360 c.p.p. senza che l'indagato si sia avvalso della facoltà di formulare riserva di incidente probatorio *ex art.* 360, comma 5, c.p.p., è senz'altro inseribile a fascicolo dibattimentale. Dunque, secondo questo indirizzo giurisprudenziale, formatosi prevalentemente in relazione a contesti come quello degli accertamenti balistici o medico-legali o di natura tossicologica su stupefacenti, l'inserimento a fascicolo dibattimentale è connesso non tanto all'effettiva irripetibilità dell'indagine quanto all'assenza di riserva di incidente probatorio formulata dall'indagato⁵¹. È invece irrilevante, come è stato correttamente rilevato nella giurisprudenza di merito, la riserva d'incidente probatorio formulata dalla persona offesa, poiché, a norma dell'art. 360, comma 4, c.p.p., solo l'indagato può legittimamente formulare la relativa istanza⁵².

Il contrario orientamento ritiene che, allorché il p.m. abbia erroneamente ravvisato un caso di irripetibilità - non rinviabilità dell'ac-

certamento -, pur in assenza di espressa riserva di promuovere incidente probatorio, i risultati delle indagini peritali non possano approdare a fascicolo dibattimentale *ex art.* 431 c.p.p. Essi verranno però acquisiti in dibattimento attraverso il meccanismo della lettura, dopo l'esame del consulente⁵³.

In merito al quesito se, in via generale, l'utilizzabilità probatoria dibattimentale degli accertamenti tecnici *ex art.* 360 c.p.p. presupponga necessariamente o meno l'esame in giudizio del consulente, si è ritenuto, sulla base dell'estensione analogica del disposto dell'art. 511, comma 3, c.p.p., che i risultati dell'accertamento e il relativo elaborato peritale possano diventare prova *tout court* solo dopo l'esame del consulente⁵⁴.

Entro tre giorni dal compimento dell'atto, il relativo verbale deve essere depositato nella segreteria del p.m., preordinatamente all'esercizio delle facoltà difensive *ex art.* 366 c.p.p. In ordine alle conseguenze processuali dell'omissione dell'avviso di deposito non vi è però, in giurisprudenza, identità di vedute. Secondo un orientamento, infatti, l'omesso avviso di deposito, previsto dall'art. 366 c.p.p., costituisce mera irregolarità che rileva solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle facoltà difensive (esame dell'atto e richiesta di copia). Tale omissione, invero, non può essere inclusa tra le nullità previste dall'art. 178 lett. c) c.p.p., poiché queste ultime riguardano l'intervento e la presenza del difensore "al momento" del compimento dell'atto processuale⁵⁵. In senso contrario, si è ritenuto, in tema di omesso avviso di deposito del verbale relativo ai risultati dell'alcool-test, che esso integri gli estremi

⁴⁹ Cass., sez I, 28 gennaio 2005, n. 11708, *CED Cass.*, 231037.

⁵⁰ Cass., sez IV, 12 aprile 2000, n. 5863, *Cass. pen.*, 2001, 2420.

⁵¹ Blaiotta, *Accertamenti tecnici non ripetibili*, Lattanzi -Lupo (a cura di) *Codice di procedura penale -Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Aggiornamento*, Milano, 2008, 720.

⁵² Pret. Venezia, 5 febbraio 91, *Difesa pen.*, 199, 32, 92.

⁵³ Lo Vecchio, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione dibattimentale di una specie di consulenza pre-processuale del magistrato requirente*, *Cass. pen.*, 1995, 325.

⁵⁴ Lo Vecchio, *L'accertamento tecnico*, cit., 327.

⁵⁵ Cass., sez IV, 22 ottobre 2003, n. 43376, *Cass. pen.*, 2004, 3301; Cass., sez IV, 4 maggio 2004, n. 39057, *Cass. pen.*, 2006, 1006.

della nullità relativa, la quale, se ritualmente eccepita, comporta l'inutilizzabilità di questo accertamento⁵⁶. Quest'ultimo orientamento risulta apprezzabile poiché si iscrive nell'ottica dell'ampliamento del contraddittorio e della salvaguardia dei diritti della difesa. Tuttavia, non appare condivisibile l'inquadramento del vizio nella categoria della nullità relativa. Correttamente, infatti, si è, al riguardo, rilevato in dottrina⁵⁷ che in tal caso è da ravvisarsi

⁵⁶ Cass., sez IV, 16 settembre 2003, n. 42020, *Cass. pen.*, 2005, 1675.

⁵⁷ Bordieri, *Sull'omesso avviso al difensore del deposito del verbale dell'alcooltest compiuto dalla polizia giudiziaria su un conducente di autoveicolo*, *Cass. pen.*, 2006, 1010.

una nullità a regime intermedio, che, peraltro, rimane sanata *ex art.* 183 lett. b) allorché il difensore, nonostante il mancato avviso, prenda comunque visione del verbale depositato presso la segreteria del p.m.

L'avviso di deposito degli atti, notificato al difensore in concomitanza con la notifica del decreto di citazione diretta, vale comunque a sanare le nullità pregresse derivanti dall'omesso deposito dei verbali degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria *ex art.* 354, comma 2, c.p.p.⁵⁸.

⁵⁸ Cass., sez IV, 11 aprile 2006, n. 18351, *CED Cass.*, 234110.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Gastone Andreazza

Novità legislative interne / *National Legislative News* 11

Il ricorso ai mezzi tecnici per le notifiche all'imputato per il tramite del difensore / *The use of technical means for notifications to the accused through lawyer* 73

Daiana Bedeschi

Corti europee / *European Courts* 24

Orietta Bruno

De jure condendo 18

Marilena Colamussi

La contumacia dell'imputato è idonea ad integrare l'accettazione tacita della remissione di querela? / *Is the "in absentia" status of the accused sufficient to assimilate a silent acceptance of the remission of the legal action?* 85

Filippo Raffaele Dinacci

I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata / *Safeguards to time limits for filing complaints. A missed opportunity for case-law formation* 153

Emanuele Di Salvo

Prova scientifica e sapere extragiuridico / *Scientific evidence and extralegal knowledge* 167

Rosa Maria Geraci

Lesione dei diritti dei detenuti e poteri del magistrato di sorveglianza / *Prisoners' rights injury and Surveillance Judge powers* 138

Luigi Kalb

Crisi della giustizia penale e contributo del giurista / *The crisis of criminal justice and the contribution of jurists* 1

Antonio Pagliano

Sezioni Unite 34

Alessia Ester Ricci

Corte costituzionale 31

Francesco Trapella

Teste d'accusa non reperibile, letture e diritto al confronto / *Unavailability of the prosecution's witness and right of confrontation* 97

Cristiana Valentini

Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova / *The United Sections and witness living abroad: a precious time to define the borders of the contradictory in the formation of test*58

Elena Zanetti

Novità sovranazionali / *Supranational News*14

PROVVEDIMENTI / MEASURES*Corte costituzionale*

ordinanza 18 ottobre 2011, n. 28931

ordinanza 4 novembre 2011, n. 29031

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali

sentenza 13 luglio 2011, n. 2761081

sentenza 14 luglio 2011, n. 2791839

sentenza 19 luglio 2011, n. 2845167

sentenza 7 novembre 2011, n. 4028834

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione VI, sentenza 15 giugno 2011, n. 2403992

Giudici di merito

Magistrato di sorveglianza di Lecce, ordinanza 9 giugno 2011105

Corte europea dei diritti dell'uomo

18 ottobre 2011, *Pavalache c. Romania*24

3 novembre 2011, *M.B. c. Romania*25

Corte di giustizia dell'Unione Europea

15 settembre 2011, C-483/09 e C-1/1026

24 novembre 2011, n. 379/1029

Atti sovranazionali

Risoluzione del Consiglio dell'Unione del 10 giugno 2010 (2011/C 187/1)14

Norme interne

Legge 2 agosto 2011, n. 129 «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»11

Legge 31 ottobre 2011, n. 187 «Disposizioni in materia di attribuzione delle funzioni ai magistrati ordinari al termine del tirocinio»11

De jure condendo

Disegno di legge C. 4616 «Modifiche agli articoli 274, 275, 284 e 308 del codice di procedura penale, in materia di misure cautelari personali»18

Disegno di legge C. 4498 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di proroga del termine per l'esercizio dell'azione penale e di giudizio abbreviato relativamente ai soggetti sottoposti a misure cautelari personali»	20
Disegno di legge C. 4665 «Modifiche agli articoli 154, 337 e 497 del codice di procedura penale, in materia di tutela della riservatezza delle persone offese dal reato»	22

MATERIE / TOPICS

Condizioni di procedibilità

- *querela*
Il querelato che, avvertito, non compare non respinge per *facta concludentia* la remissione di querela (Cass., sez. un., 13 luglio 2011, n. 27610), con nota di Marilena Colamussi81

Dibattimento

- *letture*
- dichiarazioni rese da persona residente all'estero
Rigidi e chiari i criteri per ammettere la lettura di dichiarazioni rese dal testimone residente all'estero (Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918), con nota di Cristiana Valentini39
- sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto
Più rigore nell'applicazione dell'art. 512 c.p.p. (Cass., sez. VI, 15 giugno 2011, n. 24039), con nota di Francesco Trapella92

Immigrazione

- *competenza del Giudice di pace*
Legge 2 agosto 2011, n. 129 «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»11

Imputato

- *partecipazione al procedimento*
C. cost., ord. 18 ottobre 2011, n. 28931

Indagini preliminari

- *proroga del termine*
Disegno di legge C. 4498 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di proroga del termine per l'esercizio dell'azione penale e di giudizio abbreviato relativamente ai soggetti sottoposti a misure cautelari personali»20

Misure cautelari personali

- Disegno di legge C. 4616 «Modifiche agli articoli 274, 275, 284 e 308 del codice di procedura penale, in materia di misure cautelari personali»18
- Disegno di legge C. 4498 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di proroga del termine per l'esercizio dell'azione penale e di giudizio abbreviato relativamente ai soggetti sottoposti a misure cautelari personali»20

Notificazioni

- “Vie brevi” per le notifiche all'imputato effettuate presso il difensore (Cass., sez. un., 19 luglio 2011, n. 28451), con nota di Gastone Andreazza67

Notizia di reato

- I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata / *Safeguards to time limits for filing complaints. A missed opportunity for case-law formation*, di Filippo Raffaele Dinacci153

Ordinamento penitenziario

- *trattamento del detenuto*
Il magistrato di sorveglianza condanna l'amministrazione a risarcire i danni al detenuto (*mag. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011*), con nota di Rosa Maria Geraci105

Persona offesa

- Risoluzione del Consiglio dell'Unione del 10 giugno 2010 (2011/C 187/1)14
- Disegno di legge C. 4665 «*Modifiche agli articoli 154, 337 e 497 del codice di procedura penale, in materia di tutela della riservatezza delle persone offese dal reato*»22
- Corte e.d.u., 3 novembre 2011, *M.B. c. Romania*25
- Corte di giustizia UE, C-483/09 e C-1/10, 15 settembre 201126

Procedimenti speciali

- *applicazione della pena su richiesta delle parti*
Cass., sez. un., 7 novembre 2011, n. 4028834
- *giudizio abbreviato*
Disegno di legge C. 4498 «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di proroga del termine per l'esercizio dell'azione penale e di giudizio abbreviato relativamente ai soggetti sottoposti a misure cautelari personali*»20
- C. cost., ord. 4 novembre 2011, n. 29031

Processo penale

- Crisi della giustizia penale e contributo del giurista / *The crisis of criminal justice and the contribution of jurists*, di Luigi Kalb1
- *funzioni dei magistrati*
Legge 31 ottobre 2011, n. 187 «*Disposizioni in materia di attribuzione delle funzioni ai magistrati ordinari al termine del tirocinio*»11
 - *libertà di espressione (e presunzione di innocenza)*
Corte e.d.u., 18 ottobre 2011, *Pavalache c. Romania*24
 - *violazione del diritto comunitario (e responsabilità dello Stato)*
Corte di giustizia UE, n. 379/10, 24 novembre 201129

Prova

- *prova scientifica*
Prova scientifica e sapere extragiuridico / *Scientific evidence and extralegal knowledge*, di Emanuele di Salvo167

LUIGI KALB

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli studi di Salerno

Crisi della giustizia penale e contributo del giurista

The crisis of criminal justice and the contribution of jurists

L'attuale stato della giustizia penale evidenzia plurimi segnali di allarme che non si esauriscono nella notoria difficoltà di assicurare la conclusione del processo entro una «durata ragionevole» - con il conseguente pericolo di ulteriori condanne dello Stato dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo - ma riguardano anche un *deficit* di diritti originato da prassi giurisprudenziali. In tale contesto, una particolare attenzione va riconosciuta agli effetti distorsivi provocati dal circuito mediatico-giudiziario, relativi, tra gli altri, alla pubblicazione di atti coperti dal segreto e alle interferenze nella valutazione giudiziale. L'emergenza causata dall'evidenziato stato di crisi va affrontata con l'indispensabile contributo del mondo accademico, al quale spetta riaffermare un ruolo centrale e di guida.

The present state of criminal justice highlights multiple warning signs which do not concern solely the well-known difficulty of guaranteeing the closure of judicial proceedings within a «reasonable time» – with the ensuing risk that Italy may further be condemned by the European Court of Human Rights – but also relate to a deficit of rights stemming from jurisprudential practices. In such a context, special attention must be paid to the distortive effects caused by the media-judiciary circuit, which relate, inter alia, to the disclosure and publication of confidential documents as well as to interferences in the judicial assessment. The emergency caused by the present crisis of criminal justice must be faced with the crucial contribution of the academia, whose central and guiding role needs to be reaffirmed.

Crisi, deficit di diritti e giustizia-spettacolo

La crisi della giustizia italiana, e di quella penale in particolare, è tema che da molto tempo è al centro del dibattito politico, dell'attenzione del mondo forense e degli approfondimenti degli studiosi della materia, senza che, purtroppo, gli esiti di questi costanti confronti siano riusciti a determinare risultati davvero

incisivi sul piano applicativo¹. Piuttosto, la sensibile riduzione delle risorse economiche destinate al settore ha ulteriormente aumen-

¹ Per un'attenta valutazione delle cause che hanno compromesso il pieno successo della riforma codicistica e per l'individuazione degli strumenti volti al recupero degli originari principi ispiratori, si rinvia ad A. A. Dalia, *Le ragioni della crisi della giustizia penale*, Studi di diritto processuale penale, Torino, 2005, 1.

tato il divario tra quanto auspicato e quanto, poi, realizzato.

Né la constatazione che alcuni mali della giustizia risultano datati nella stessa letteratura giuridica è argomento in grado di attenuare l'inevitabile scoramento. Particolarmente significative risultano, ad esempio, le denunce formulate nei confronti del potere legislativo per quanto concerne la moltiplicazione delle leggi, determinante effetti disastrosi quali la loro svalutazione, l'abuso nel modificarle e sostituirle con soverchia facilità e, ancora, l'inevitabile confusione tra gli utenti. Le considerazioni critiche sono talmente attuali che stupisce non poco l'epoca della loro formulazione².

Le analisi condotte sulla credibilità del sistema convergono nell'evidenziare una sostanziale sfiducia, da parte degli utenti, verso un apparato incapace di assicurare la definizione dell'accertamento giudiziale entro tempi ragionevoli e nel rispetto delle garanzie connotanti il «giusto processo». Da qui l'auspicio, indifferibile, di programmare interventi – piuttosto che sul codice di rito - sulle strutture giudiziarie, favorendo prassi virtuose³, nonché nuove soluzioni che assicurino tanto la qualità dei protagonisti, quanto quella delle regole processuali⁴.

Sono purtroppo numerosi i casi che consentono di evidenziare uno scollamento del singolo istituto processuale, nella sua quoti-

diana applicazione, dalla *ratio* ispiratrice che ne aveva generato la sua collocazione all'interno del nuovo sistema processuale. Sebbene sia difficile operare una graduatoria in ragione del tipo di degenerazione evidenziato, non può mettersi in dubbio che le alterazioni ed i guasti provocati dalla c.d. «giustizia-spettacolo» abbiano raggiunto proporzioni tali da rendere insopportabile lo *status quo*.

L'anticipazione del giudizio secondo modalità funzionali ad appagare la curiosità del pubblico e ad assicurare quote di *audience* rilevanti per il mercato televisivo e, in generale, mediatico ha determinato una vera e propria «alternativa» al giudizio dibattimentale, adottato nella sede «naturale» e nel rispetto delle regole disciplinanti il legale procedimento probatorio. I *media* mettono, per così dire, in scena la realtà sulla base di criteri loro propri, che non sempre e non necessariamente coincidono con quelli del sistema penale⁵.

I tempi consoni all'accertamento mediatico del fatto garantiscono un giudizio pubblico che inevitabilmente precede quello adottato all'esito del procedimento giurisdizionale, con il duplice rischio di interferire sulla valutazione probatoria dell'organo chiamato a giudicare e addirittura di sostituire il «vero» giudizio all'interno della comunità sociale, attesa l'irragionevole durata dei tempi occorrenti per l'accertamento giudiziale. Il parallelismo tra i due tipi di accertamento produce inevitabilmente momenti di conoscenza per il giudice al di fuori delle regole previste per la formazione del sapere giudiziale, determinando anticipazioni che, proprio perché acquisite fuori degli schemi legali, non possono ritenersi neutre ai fini delle determinazioni giudiziali⁶.

² Cfr. Carnelutti, *La crisi della legge, Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, 178-181. Di recente, lo stesso Presidente della Repubblica ha osservato come «per quanto antico o permanente sia il rischio del legiferare confusamente, in modo contraddittorio e tecnicamente difettoso, non c'è dubbio che in tempi recenti vi sia stato un sensibile scadimento del processo di formazione delle leggi» (saluto alla cerimonia del 180° anniversario del Consiglio di Stato, tenutasi a Roma il 31 ottobre scorso).

³ Così Scalfati, *A proposito di riforme sul giusto processo*, questa *Rivista*, 2011, n. 2, 2-3.

⁴ Spigarelli, *Per una giustizia credibile è necessario sbloccare la riforma costituzionale e l'ordinamento forense*, Guida dir., 2011, n. 40, 7.

⁵ Così Padovani, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, *Dir. pen. e proc.*, 2008, 689, secondo il quale le critiche che il sistema penale rivolge ai media possono sintetizzarsi nella denuncia di divergenze o distorsioni informative sotto il profilo quantitativo, qualitativo e contenutistico.

⁶ Sul punto, da ultimo, v. Dinacci, *Segreto, informazione e processo equo*, *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1257.

Né sembra del tutto risolutiva l'obiezione secondo la quale pericoli di «interferenze» nei meccanismi di decisione sono automaticamente neutralizzati dalla regola che vuole il provvedimento giurisdizionale sia condizionato al rispetto del legale procedimento di formazione della prova. E' altresì notorio che la decisione, nella sua componente emozionale, può risultare alterata da altri elementi conoscitivi, incompatibili con il predetto modello legale di formazione⁷. Ed è altresì già stato rilevato come non esista una sfera conoscitiva separata da quella emozionale, bensì come i due momenti rientrano in un'operazione caratterizzata da rapporti scambievoli⁸.

E' tale la quantità di elementi conoscitivi, derivanti dai commenti di esperti del settore ripetutamente ascoltati e da ricostruzioni della vicenda più volte effettuate su stampa e trasmissioni televisive, da apparire più che fondato il pericolo di interferire nelle valutazioni dei componenti l'organo giurisdizionale, soprattutto se si tratta di giudici popolari. Il lasso di tempo che contrassegna la definizione del processo, poi, finisce per porre in secondo piano la «verità processuale» rispetto a quella, più celere, conseguita all'esito della ricostruzione proposta dagli organi di informazione e di intrattenimento.

Si tratta di quel nuovo fenomeno sociale che Daniel Soulez Larivière ha efficacemente designato come «circo mediatico-giudiziario», nel quale «la giustizia si rappresenta su una doppia scena, mediatica e giudiziaria, con una forte interattività tra le due».

Sono moltissimi gli esempi, offerti negli ultimi anni, che dimostrano la reale dimensione del fenomeno, giustificato, nella maggior parte dei casi, dalla piena attuazione del diritto all'informazione.

Questa prospettazione teleologica fa nascere qualche perplessità ove diventi l'unico valore da garantire, evitando qualsiasi operazione di equilibrio con altri diritti di pari tutela costituzionale. E' ciò che si è verificato, con sempre maggiore frequenza, negli ultimi anni, ove in ragione di un supposto esercizio del diritto di informazione – ed in specie di cronaca – si è diffuso qualsiasi documento riguardante la vicenda oggetto di accertamento.

A prescindere dalla pur non irrilevante ricerca delle modalità che alimentano il circuito mediatico, da più parti si è sollevata l'osservazione critica secondo la quale una mistificata interpretazione del diritto costituzionale all'informazione sul procedimento penale finisce per assottigliare, progressivamente, i margini di salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone coinvolte⁹.

Non c'è fatto di cronaca giudiziaria che non scateni la corsa alla diffusione del verbale o di qualsiasi altro atto relativo al procedimento in corso, in modo da offrire al pubblico un panorama informativo sempre più ampio e dettagliato. Paradossalmente, la pluralità di voci sulla vicenda, se ha il merito di escludere monopoli quanto ad esercizio del diritto di informazione, determina anche una sovrapposizione di giudizi nello stesso arco temporale, improponibile in sede giurisdizionale. Un pluralismo sicuramente efficace sul piano dell'informazione in generale, mentre per quanto concerne la sua attendibilità è inevitabile interrogarsi sullo spazio di autonomia di cui gode il soggetto informatore nell'esercizio della sua funzione.

In questa corsa alla divulgazione del risultato investigativo o di quello dotato di attitudine probatoria, un ruolo privilegiato è sicuramente ricoperto dalle intercettazioni telefoniche. Per la loro caratteristica di atto a sorpresa, il risultato della captazione clande-

⁷ Cfr. Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 673.

⁸ Memorabili le riflessioni di M. Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 259.

⁹ V. Insolera, *Il diritto di critica giudiziaria e i suoi limiti*, Criminalia, 2009, 373.

stina è destinato a ricevere un'attenzione del tutto particolare da parte del pubblico anche se i contenuti della conversazione non sono pertinenti al fatto oggetto di accertamento penale. Sulle proporzioni assunte da questo fenomeno occorre che i giuristi intervengano con chiarezza, evitando giustificazioni di stile in omaggio al solo diritto all'informazione.

Non c'è che l'imbarazzo della scelta in ordine agli atti del procedimento penale, in corso di svolgimento, suscettibili di essere approfonditi in dettaglio attraverso gli organi di informazione, nonostante quanto previsto dal nostro sistema processuale. Tra i prodotti dell'informazione usufruibili rientra tutta la possibile gamma della documentazione correlata allo svolgimento di un'intercettazione telefonica: dalle trascrizioni informali costituite dai c.d. brogliacci, ai *files* audio delle conversazioni captate e registrate.

Risultano molteplici le abnormità quotidianamente verificabili, sulla cui rispondenza alle regole codicistiche, espressione di quell'equilibrio richiesto dall'art. 15 Cost., è facile dubitare. Ad esempio, non si può rimanere indifferenti rispetto all'elusione delle modalità esecutive poste a garanzia del diritto di difesa, come nell'ipotesi del c.d. «stralcio», atteso che la selezione dei risultati dell'intercettazione telefonica da utilizzare, piuttosto che operazione svolta nel contraddittorio delle parti con l'intervento del giudice, risulta attività dettata da una scelta mirata dell'organo di informazione.

Il fenomeno ha raggiunto livelli di guardia che non possono più essere negati, tant'è che la presa d'atto di una situazione oramai intollerabile è comune e va con chiarezza denunciata dagli studiosi e dagli operatori del settore¹⁰. Tra l'altro, se è vero che simili

violazioni attentano, oltre alla riservatezza delle persone, anche a valori tipici della giurisdizione, quali l'imparzialità del giudice, la presunzione di non colpevolezza e la legalità del procedimento probatorio, è facile dedurre come le prassi devianti minino le garanzie poste alla base del «processo equo». Ne consegue ancora che la pubblicazione di atti del procedimento, al di fuori dei casi consentiti e in violazione dell'obbligo del segreto, è idonea ad integrare l'inosservanza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale, a sua volta, ove accertata da una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, costituisce ora presupposto per richiedere la revisione del giudicato¹¹.

Ragion d'essere dell'istituto processuale e prassi giurisprudenziale

Un altro segnale non confortante proviene dalla prassi giurisprudenziale e dimostra, ancora una volta, in ragione delle soluzioni adottate, la distanza tra la finalità originariamente attribuita all'istituto processuale nel codice di rito e quella riconosciutagli nell'esperienza applicativa.

Nel corso dell'ultimo convegno dell'*Associazione tra gli studiosi del processo penale*¹², da molti relatori è stato, con forza, denunciato questo divario, con particolare riferimento all'impatto, registrato nella prassi, delle regole connotanti lo svolgimento del procedimento probatorio e le non confortanti in-

ottobre 2011, 8. Per un'approfondita analisi, v. Valentini, *Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata*, questa Rivista, 2011, n. 3, 132.

¹¹ A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., pronunciata con la sent. n. 113 del 2011. Cfr., sul punto, Dinacci, *Segreto, informazione e processo equo*, cit., 1261.

¹² Svoltosi a Siracusa, dal 30 settembre al 2 ottobre scorso, sul tema «La prova penale nello specchio del diritto vivente».

¹⁰ In tal senso, v. Giostra, *Regole sì, ma non «proibizionistiche»*, *Corriere della sera*, 2 ottobre 2011, 30; nonché le dichiarazioni di Boccassini al *Corriere della sera* del 5

interpretazioni giurisprudenziali che ne sono conseguite, soprattutto per quanto concerne il riconoscimento dei diritti delle parti private e l'operatività delle relative sanzioni processuali.

Al centro del dibattito, in particolare, in vista dell'attuazione dei principi naturali del giudizio e delle garanzie connotanti il «giusto processo», sono emersi i pericoli di compressione dei diritti della difesa, da un lato, e di amplificazione degli interventi giudiziali, esorbitanti gli spazi riconducibili alla funzione di garante attribuita all'organo terzo ed imparziale, dall'altro.

Così come ampiamente illustrato dalla Prof.ssa Galantini nella sua documentata relazione in tema di inutilizzabilità, anche per altre ipotesi sanzionatorie l'elaborazione giurisprudenziale dell'organo di legittimità evidenzia orientamenti discordanti che determinano incertezza. Fermo restando il rispetto del principio di tassatività, ad esempio, spesso risulta incerto il regime giuridico applicabile in materia di nullità, atteso che, a situazioni identiche, corrispondono soluzioni non univoche.

E' il caso del provvedimento determinante la *vocatio in iudicium* dell'imputato, relativamente a tutte quelle ipotesi ove la violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 178 lett. c) c.p.p. comporti una nullità a regime intermedio piuttosto che quella di tipo assoluto. Mediante l'autorevole intervento delle sezioni unite, ad esempio, si è sostenuto che l'eventuale nullità derivante dalla notificazione effettuata ai sensi dell'art. 157 comma 8-bis c.p.p. – ovvero presso il difensore di fiducia in casi diversi da quelli espressamente previsti – non configura una nullità assoluta ed insanabile per omessa “*vocatio in ius*”, bensì una nullità di ordine generale a regime intermedio, che deve ritenersi sanata quando risulti provato che l'errore non abbia impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa. Detta nullità è comun-

que improduttiva di effetti qualora non sia tempestivamente dedotta, essendo soggetta alla sanatoria speciale ex art. 184, comma 1, c.p.p., alle sanatorie generali di cui all'art. 183 c.p.p. ed alle regole di deducibilità contenute nell'art. 182 c.p.p., oltre che ai termini di rilevabilità ex art. 180 c.p.p.¹³

Identica nullità consegue se la notificazione è operata con forme diverse da quelle previste – ove non appaia in astratto inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario¹⁴ – oppure se si ricorre all'erronea utilizzazione della modalità prevista dall'art. 161, comma 4, c.p.p. con conseguente consegna dell'atto al difensore¹⁵.

Si è, altresì, previsto, però, che il caso di notifica del decreto di citazione (nella specie per il giudizio d'appello) in luogo diverso dal domicilio dichiarato dall'imputato, qualora si riveli inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto, integri un'ipotesi di nullità relativa, con la conseguente sanatoria ove la nullità non sia eccepita immediatamente dopo l'accertamento della costituzione delle parti¹⁶. Così come si ritiene sussista una nullità relativa nel caso in cui la notifica del decreto di citazione in appello dell'imputato sia effettuata presso il difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 161 c.p.p., e non personalmente all'imputato stesso¹⁷.

¹³ Cfr. Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 19602, Micciullo, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 743; Cass., sez. III, 24 marzo 2011, n. 15595. In termini ampiamente adesivi, in dottrina, v. Scarcella, *Domicilio dichiarato o eletto e nullità della notifica presso il difensore di fiducia*, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 754; in termini critici, invece, cfr. Diddi, *Sanatoria per conseguimento dello scopo: un'altra applicazione in tema di nullità delle notificazioni eseguite presso un domicilio diverso da quello validamente dichiarato*, *Cass. pen.*, 2007, 2555.

¹⁴ Così Cass., sez. V, 10 febbraio 2005 n. 8826, *Riv. pen.*, 2006, 759; Cass., sez. II, 12 novembre 2009, n. 6211, *C.E.D. Cass.*, 246639; Cass., sez. IV, 8 aprile 2010, n. 15081, *C.E.D. Cass.*, 247033.

¹⁵ Cass., sez. IV, 11 novembre 2009, n. 49767, *Guida dir.*, 2010, 89.

¹⁶ Cass., sez. III, 16 marzo 2010, n. 20349, *C.E.D. Cass.*, 247109.

¹⁷ Così Cass., sez. IV, 25 ottobre 2011, n. 38715.

Un altro esempio di interpretazione giurisprudenziale non appagante riguarda la soluzione adottata, di recente, a proposito della consegna al difensore dei files audio delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare. Per la cassazione il diritto del difensore di ottenere le copie delle registrazioni – così come riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 336 del 2008 – impone al magistrato del pubblico ministero di provvedere tempestivamente sulla richiesta, ma non lo obbliga, altresì, a comunicare alla parte il relativo provvedimento adottato¹⁸. Pur in assenza di espressa disciplina sul punto, è di immediata percezione che tutte le condotte all'interno del relativo procedimento debbano essere improntate alla massima tempestività se si vuole davvero garantire che il diritto alla consegna delle registrazioni sia funzionale alla richiesta di controllo in sede di riesame. Ebbene, proprio per tale ragione, scaricare sulla difesa tanto l'onere di attivarsi tempestivamente – mediante idonea richiesta di copie dei files audio, in vista della presentazione della istanza di riesame – quanto quello di informarsi, periodicamente, presso l'ufficio del pubblico ministero, in merito all'eventuale accoglimento della richiesta stessa, sembra soluzione perfettibile, in ragione degli strumenti informativi, di carattere telematico, oggi utilizzabili e, soprattutto, della finalità da salvaguardare.

In una situazione di profonda crisi di efficienza del sistema processuale, ciò di cui avrebbe costantemente bisogno l'operatore forense è l'elaborazione di principi di diritto che siano espressione della ricerca della ragion d'essere dell'istituto secondo un'interpretazione orientata all'attuazione dei valori consacrati nella Costituzione e nelle altre Carte dei diritti fondamentali.

Un recente esempio è rappresentato dalla presa di posizione formulata dalla cassazione

a proposito della permanenza presso l'istituto penitenziario del condannato a pena detentiva ove la tutela degli interessi della collettività, collegati all'esecuzione della sanzione, dovesse collidere con quella del condannato al pieno rispetto del diritto alla salute. La cassazione, infatti, è giunta a ritenere ingiustificato il rigetto dell'istanza di differimento dell'esecuzione della pena detentiva nelle ipotesi in cui le patologie, attribuite al condannato, siano di tale gravità da far apparire l'espiazione della pena in contrasto con il senso di umanità cui si ispira l'art. 27 Cost. e, comunque, non siano suscettibili di adeguate cure nello stato di detenzione. Si tratta di soluzione sicuramente apprezzabile, che persegue la ricerca del necessario bilanciamento tra l'interesse del condannato ad essere adeguatamente curato e le esigenze di sicurezza della collettività attraverso una lettura costituzionalmente orientata¹⁹.

Conclusioni

Dagli operatori del diritto giungono altri segnali d'allarme che aggravano un quadro già particolarmente preoccupante.

Ad esempio, si individua come assai pericoloso – auspicando il fattivo contributo dei giuristi per la messa a punto di tempestive soluzioni – l'attuale sovraffollamento degli istituti penitenziari, le cui proporzioni, oramai, destano una giustificata apprensione.

Il numero dei detenuti certifica la drammaticità della situazione, atteso che siamo molto al di sopra dei posti regolamentari e molto lontano da quelle proporzioni che, in media, sono rispettate nelle strutture penitenziarie dei paesi con i quali dovremmo condividere un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, di conseguenza, *standards* adeguati di tutela dei diritti fondamentali.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. VI, 25 ottobre 2011, n. 38673.

¹⁹ Cfr. Cass., sez. I, 14 ottobre 2011, n. 37106.

Alla denuncia sul degrado delle strutture, con i prevedibili rischi per l'incolumità di chi vi esercita la propria professione, si aggiunge quella sulle condizioni insostenibili in cui sono costretti a vivere i detenuti²⁰, pregiudiziale ostativa al conseguimento delle finalità costituzionalmente previste a proposito dell'esecuzione della pena.

Piuttosto che interventi «a valle», come nei casi dell'auspicato provvedimento di clemenza - per il quale non sembra esserci alcuna convergenza politica - e delle soluzioni destinate ad estendere le ipotesi di accesso alla detenzione domiciliare²¹, sarebbe opportuno, oltre che intervenire sulle strutture per aumentare i posti disponibili, progettare interventi «a monte», quali un migliore esercizio della discrezionalità cautelare in attuazione del principio del minor sacrificio²² - in modo da ridurre l'elevato tasso di detenuti in attesa di giudizio - ed uno spostamento, in sede cognitiva, della individuazione di modalità esecutive alternative alla detenzione carceraria²³.

²⁰ Nell'intervento al convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano", lo scorso 28 luglio a Roma, il Presidente Napolitano ha sottolineato «il peso gravemente negativo di oscillanti e incerte scelte politiche e legislative. Oscillanti e incerte tra tendenziale, in principio, depenalizzazione e "depenitenziarizzazione", e ciclica ripenalizzazione con crescente ricorso alla custodia cautelare, abnorme estensione, in concreto, della carcerazione preventiva». Ne consegue «una realtà che ci umilia in Europa e ci allarma, per la sofferenza quotidiana - fino all'impulso a togliersi la vita - di migliaia di esseri umani chiusi in carceri che definire sovraffollate è quasi un eufemismo».

²¹ Così come previsto dall'art. 3 D.l. 22 dicembre 2011, n. 211.

²² Come sostenuto, ad esempio, dalle stesse sezioni unite in materia di associazione per delinquere costituita per «fatti lievi»: Cass., sez. un., 22 settembre 2011, n. 34475, *Guida dir.*, 2011, n. 42, 26.

²³ Sul punto, v. la soluzione adottata dalla commissione ministeriale di riforma del codice penale presieduta dal Prof. Grosso, *Doc. giust.*, 2000, 652. Per la valorizzazione della giurisdizione di esecuzione, invece, cfr. il progetto di riforma del codice di procedura penale redatto dalla commissione presieduta dal Prof. Andrea

La classe forense, più di recente, ha sottoposto all'attenzione del mondo politico e di quello accademico altre doglianze che si sono, con il passar del tempo, acuite. Le maggiori accuse vertono sul tradimento delle garanzie connotanti il giusto processo e, in particolare, riguardano l'esercizio del contraddittorio in condizioni di parità ed il rispetto, in genere, del diritto di difesa. Seppur a titolo esemplificativo, tra le situazioni che destano maggiore allarme si segnala la ritardata iscrizione nel registro degli indagati, al fine di procedere all'assunzione di informazioni senza l'assistenza del difensore, e l'attentato al segreto professionale, operato attraverso l'ascolto delle comunicazioni intercorrenti tra difensore e proprio assistito, nonché il fenomeno delle esternazioni pubbliche da parte dei magistrati.

Senza entrare nel dettaglio delle singole doglianze, ciò che si avverte con evidenza all'interno della comunità sociale è il basso livello di credibilità di cui attualmente gode la giustizia penale. E' tempo di reagire, utilizzando risorse idonee per far fronte a questa fase di «emergenza culturale» e, in particolare, facendo ricorso all'indispensabile contributo del giurista. Occorre rafforzare il dialogo con le altre forze interessate, magistratura ed avvocatura, in modo che l'accademia, recuperata una dimensione di assoluta centralità, sia in grado di offrire un valido apporto per il riconoscimento dei diritti e per il superamento degli ostacoli che si frappongono alla loro attuazione²⁴. E' tempo che questo dialogo sia rinvigorito attraverso l'opera paziente e responsabile del giu-

Antonio Dalia, *Verso un nuovo processo penale*, Pennisi (a cura di), Milano, 2008, 236.

²⁴ In dottrina, per un invito all'accademia di rompere la cortina di silenzio e di creare, con gli operatori della giustizia, le premesse per «nuove sponde del diritto giurisprudenziale», cfr. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 96.

rista²⁵, senza la quale, inevitabilmente, si registrerebbero altre paternità quanto ad

interpretazione degli strumenti di legalità processuale²⁶.

²⁵ Particolarmente efficace l'immagine evocata dal Prof. Amodio, a conclusione del convegno dell' *Associazione tra gli studiosi del processo penale*, secondo il quale il contributo del «giurista», nell'assolvimento di questo ruolo fondamentale per le sorti della giustizia, corrisponde all'apporto del professionista che indossa il «camice bianco», capace di realizzare una dialettica costruttiva, sostenuta dallo studio e dall'approfondimento scientifico.

²⁶ Senza dimenticare mai quanto sottolineato, in passato, dalla dottrina (Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 33), nel senso che l'interpretazione nella sua forma più alta «è la riproduzione e il dispiegamento della legge nello spirito dell'interprete, che la rivive per comprenderla».

Novità legislative interne / *National Legislative News*

GASTONE ANDREAZZA

Con riguardo alle novità normative di natura processuale intervenute nel periodo di riferimento, va anzitutto segnalata la l. 2 agosto 2011, n.129, di conversione del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, entrata in vigore il 6 agosto 2011, e pubblicata sulla G.U. n. 181 del 5 agosto 2011 («*Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*»). In particolare, con l'art. 4 si è aggiunta, all'interno dell'art.4, comma 2, del d.lgs. n. 274 del 2000, la ulteriore lettera s - ter), che attribuisce alla competenza per materia del giudice di pace le figure di reato, introdotte *ex novo* dall'art.3 di detto d.l., di cui agli artt. 13, comma 5.2, e 14, commi 1 - bis, 5 - ter, e 5 - quater, del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 («*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»). Segnatamente, dunque, ricadono nella predetta competenza le fattispecie delittuose, tutte punite con pena pecuniaria, della violazione di misure cautelari amministrative applicate allo straniero a garanzia del rispetto del termine concessogli per la partenza volontaria (art. 13, comma 5.2), della violazione delle misure cautelari amministrative applicate allo straniero in alternativa al trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione (art. 14, comma 1-bis), della violazione senza giustificato mo-

tivo dell'ordine di allontanamento impartito dal questore allo straniero non ricoverabile nei Centri di identificazione ed espulsione o non più trattenibile nei medesimi (art. 14, comma 5-ter), e della violazione senza giustificato motivo dell'ordine di espulsione conseguente alla violazione dell'ordine di allontanamento (art. 14, comma 5-quater). Per i procedimenti afferenti in particolare i reati previsti dall'art. 14, comma 5-ter e 14, comma 5-quater è prevista inoltre l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 20-bis, 20-ter e 32-bis del d.lgs. n. 274 del 2000, rispettivamente riguardanti la presentazione immediata a giudizio dell'imputato, la citazione contestuale dell'imputato in udienza e la disciplina di svolgimento del giudizio a presentazione immediata.

Un secondo provvedimento dagli indubbi riflessi nel campo del processo penale è dato dalla l. 31 ottobre 2011, n. 187 («*Disposizioni in materia di attribuzione delle funzioni ai magistrati ordinari al termine del tirocinio*»), pubblicata sulla G.U. n. 267 del 16 novembre 2011. Infatti l'art.1 ha proceduto a sostituire l'originario comma 2 dell'art. 13 del d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160 e successive modificazioni prevedendo che i magistrati ordinari al termine del tirocinio non possano essere destinati a svolgere le funzioni giudicanti monocratiche penali,

salvo che per i reati di cui all'art. 550 c.p.p., le funzioni di giudice per le indagini preliminari o di giudice dell'udienza preliminare anteriormente al conseguimento della prima valutazione di professionalità. Il testo previgente del comma (quale risultava dalle modifiche già operate dall'art. 2, comma 4, della l. 30 luglio 2007, n. 111 («*Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario*»)) prevedeva invece, assai più rigorosamente, che i magistrati ordinari al termine del tirocinio non potessero essere destinati a svolgere le funzioni requiranti, giudicanti monocratiche penali, o di giudice per le indagini preliminari o di giudice dell'udienza preliminare anteriormente al conseguimento della prima valutazione di professionalità.

La modifica in oggetto, venendo incontro, sul punto, alle sollecitazioni del Consiglio Superiore della Magistratura di cui alla delibera del 27 luglio 2011, ha dunque comportato anzitutto la rinnovata possibilità, per i magistrati ordinari al termine del tirocinio, di svolgimento delle funzioni requiranti nella loro interezza. La relazione accompagnatoria alla proposta di legge appare infatti prendere atto del notevole incremento di vuoti d'organico determinatosi per effetto dello "sbarramento" introdotto, e, facendosi carico della necessità di evitare il rischio una progressiva "desertificazione" degli uffici "interdetti", sottolinea, quanto al primo limite, la funzione, di "compensazione" del rischio insito nella naturale e comprensibile inesperienza dei magistrati di prima nomina, rappresentata dalla struttura piramidale dell'ufficio di Procura tale da imporre ormai per determinati atti rilevanti il "visto" del procuratore o di un procuratore aggiunto. Va ricordato, peraltro, che già l'art. 3-bis del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, nella l. 22 febbraio 2010, n. 24, aveva previsto che, con riferimento ai magistrati nominati con d.m. 2 ottobre 2009, si potesse, in caso di scoperta delle sedi di destinazione superiore al 30 per cento dei posti di cui all'art. 1 comma 4 della l. 4 mag-

gio 1998, n. 133, derogare al divieto di assegnazione alle funzioni requiranti.

La modifica in oggetto ha inoltre comportato, in secondo luogo, la rinnovata possibilità di svolgimento delle funzioni monocratiche penali limitatamente ai procedimenti a citazione diretta di cui all'art. 550 c.p.p. tradizionalmente considerati riguardare fatti comportanti valutazioni di minore complessità; per la verità l'originaria proposta di legge prevedeva, sul punto, un ritorno ad un ampio esercizio delle funzioni giudicanti, comprensive, dunque, anche di quelle inerenti i procedimenti "ad udienza preliminare" accompagnato, tuttavia, dalla necessità, evidentemente preordinata all'acquisizione di una maggiore esperienza, che i magistrati di prima nomina dovessero prima svolgere, per almeno un anno, continuativamente, oltre al tirocinio ordinario di diciotto mesi, un ulteriore periodo di tirocinio mirato nella specifica funzione. Nella definitiva versione, invece, il legislatore appare aver optato per una parziale "incapacità" di funzioni non condizionata, tuttavia, da alcun "supplemento" di tirocinio, tenuto conto che la possibilità che alle funzioni per i procedimenti di cui all'art. 550 c.p.p. siano invece destinati, sia pure in supplenza, i giudici onorari, avrebbe determinato una vistosa incongruenza di una più rigida disciplina. Parimenti, l'originario rigido sbarramento era del tutto incongruo ove confrontato con l'ampia possibilità di svolgimento delle funzioni giudicanti monocratiche civili, di non minor rilievo rispetto a quelle penali. Continua, di contro, anche nella attuale versione della norma, il divieto di assegnazione, anteriormente al conseguimento della prima valutazione di professionalità, alle funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare in ragione, si legge testualmente nella relazione, della «delicatezza delle funzioni il cui corretto esercizio, non fosse altro che per l'incidenza sul piano della libertà personale, richiede quel grado di esperienza e di maturità professionali e personali che può dirsi acquisito solo dopo il conseguimento della prima valutazione di professionalità».

L'art.2 della legge, infine, accogliendo i suggerimenti contenuti nella delibera già citata del Consiglio Superiore della Magistratura, ha abrogato l'art. 9-*bis* del d.lgs. n. 160 del 2006 che, per "tamponare" le carenze d'organico determinatesi per effetto delle preclusioni introdotte, prevedeva, come noto, che il Consiglio Superiore della Magistratura, pre-

vio parere del consiglio giudiziario, assegnasse i magistrati con positivo giudizio di idoneità *ex* art. 22, comma 2, del d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26, e successive modificazioni, ad una sede provvisoria, per la durata di due anni e sei mesi; la parziale abrogazione dei limiti di assegnazione operata dall'art. 1 ha reso infatti tale disposizione non più necessaria.

Novità sovranazionali / *Supranational News*

ELENA ZANETTI

Il ruolo prioritario che la tutela delle vittime riveste nel contesto delle politiche penali dell'Unione europea riceve un significativo impulso grazie alla Risoluzione del Consiglio dell'Unione del 10 giugno 2010 (2011/C 187/1, in *G.U.U.E.*, 28 giugno 2011, C 187). Il documento segna una tappa di indubbio interesse nell'itinerario su cui già da tempo è avviata l'Unione, a far data dalla decisione-quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (in *G.U.C.E.*, 22 marzo 2001, L 82). Esso s'iscrive, del resto, a pieno titolo nella strategia diretta ad assicurare, per mezzo di un approccio integrato e coordinato, la realizzazione dei diritti delle vittime auspicata dal Consiglio europeo nel 2009 (v. le *Conclusioni* della 2969^a sessione del Consiglio GAI, svoltasi a Lussemburgo il 23 ottobre 2009).

La Risoluzione in esame non contiene, infatti, mere enunciazioni di principio, ma propone ben definite soluzioni operative. Alla presa d'atto, da parte del Consiglio, della necessità di intraprendere azioni specifiche per stabilire un livello minimo comune di tutela delle vittime di reato e dei loro diritti in ambito europeo fa riscontro la messa a punto, anche in questo settore, di una vera e propria "tabella di marcia", sul modello di quanto già sperimentato – con esito positivo – nel 2009 sul contiguo versante del rafforzamento dei diritti processuali di indagati e imputati in procedimenti penali (Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, 2009/C 295/1, in *G.U.U.E.*, 4 dicembre 2009, C 295).

Numerosi sono gli spunti e le sollecitazioni recepiti in proposito dal Consiglio nei tredici *consideranda* che anticipano il testo effettivo della Risoluzione vera e propria.

In primo luogo, sul piano programmatico, la constatazione della possibilità di operare in materia per mezzo di direttive: dispone in tal senso l'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, che consente il ricorso a quello strumento per stabilire «norme minime riguardanti i diritti delle vittime della criminalità», al fine di «facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e la cooperazione giudiziaria e di polizia nelle materie penali di rilevanza transnazionale».

Il notevole lasso di tempo intercorso dall'approvazione della decisione-quadro 2001/220/GAI, rende ormai indifferibile un «riesame e un miglioramento quanto al merito» della decisione stessa, anche alla luce delle risultanze relative alla sua applicazione pratica (v., in tal senso, le Relazioni della Commissione europea del 16 febbraio 2004, COM(2004)54 def. e del 20 aprile 2009, COM (2009)166 def., e la Valutazione di impatto, che accompagna la Proposta di direttiva riguardante norme minime in tema di assistenza e protezione delle vittime di reato, presentata dalla Commissione il 18 maggio 2011, SEC(2011)780 def.). Un'analoga opera di aggiornamento è richiesta dai meccanismi attualmente preposti all'indennizzo delle vittime di reato – come quello previsto dalla direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 (in *G.U.U.E.*, 6 agosto 2004, L 261) – al fine

di «potenziarne l'operatività e contribuire ad integrare gli strumenti per la protezione delle vittime».

Del pari, viene segnalata l'opportunità di integrare il sistema delineato nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio stesso – ancora in fase di studio – sull'ordine di protezione europeo, riguardante il riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia penale, con un meccanismo atto a consentire il mutuo riconoscimento delle «decisioni relative a misure di protezione», sulla scorta delle linee-guida contenute nella Proposta di Regolamento relativo al reciproco riconoscimento delle misure di protezione in ambito civile, presentata dalla Commissione.

La complessità e l'importanza delle questioni sul tappeto hanno indotto il Consiglio a seguire un itinerario “per tappe”, anche al fine di garantire «coerenza ed equilibrio globali» del sistema complessivo. Differenziare i futuri interventi settore per settore consentirebbe, infatti, - sempre ad avviso del Consiglio – di «incentrare l'attenzione sulle singole misure», individuando e affrontando i problemi in modo da poter «conferire valore aggiunto a ciascuna misura».

Si raccomanda così di prestare particolare attenzione al modo di attuare gli strumenti legislativi operanti in materia. In quest'ottica, «misure pratiche e migliori prassi» dovrebbero essere raccolte in «uno strumento giuridico non vincolante», quale una raccomandazione, in grado «di aiutare e orientare» le scelte degli Stati membri in quel contesto.

In ogni caso, poi, l'esame delle misure necessarie a rafforzare la tutela delle vittime a livello dell'Unione non dovrebbe prescindere dai principi sanciti e dalle norme contenute in alcuni strumenti del Consiglio d'Europa quali, tra gli altri, la Raccomandazione Rec(2006)8 del Comitato dei ministri sull'assistenza alle vittime della criminalità e la recente Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto della violenza sulle donne

e della violenza domestica, aperta alla firma l'11 maggio 2011 (STCE n. 210).

Tanto premesso, la Risoluzione adottata si sviluppa in cinque punti. Il Consiglio auspica, innanzitutto, che per rafforzare i diritti e la tutela delle vittime, specie nei procedimenti penali, siano intraprese, da parte dell'Unione, azioni adeguate sia sotto forma di misure legislative, che di altra natura (*punto 1*). Inoltre, il Consiglio, esprimendo apprezzamento per la proposta di un “pacchetto” di misure relative alle vittime proveniente dalla Commissione, invita quest'ultima «a presentare proposte relative alle misure previste nella tabella di marcia» (*punto 2*). Si procede, quindi, alla contestuale approvazione della “tabella”, contenuta nell'allegato, indicata quale «base per le future azioni» in materia: il carattere prioritario attribuito alle misure in essa inserite non esclude comunque la possibilità di integrazioni con ulteriori interventi, anche di rilevanza pratica (*punto 3*). A questo riguardo, il Consiglio si impegna formalmente ad esaminare tutte le proposte presentate nel contesto della “tabella di marcia”, esprimendo l'intenzione di vagliarle in via privilegiata (*punto 4*) e a collaborare con il Parlamento europeo, in conformità alle norme vigenti (*punto 5*).

Le cinque misure – elencate in ordine meramente indicativo – che compaiono nella tabella allegata alla Risoluzione in esame sono da intendere quale supporto e sviluppo delle iniziative della Commissione dedicate alle vittime di reato. Ciascuna di esse è illustrata per mezzo di un breve commento, che non ne disciplina, però, il contenuto o lo specifico campo di applicazione, limitandosi a svolgere una funzione di tipo esemplificativo.

Ad introdurre la “tabella di marcia” è un elenco di principi generali – ben dieci – indicati non solo quali criteri ispiratori degli interventi in tema di vittime, ma anche come altrettanti obiettivi da perseguire nella futura azione dell'Unione in materia, anche attraverso l'introduzione di norme minime comuni. Si

tratta di un “decalogo” di ampio respiro – una sorta di “statuto delle vittime” – in cui compaiono, tra gli altri: la facilitazione nell’accesso alla giustizia per le vittime della criminalità, anche «promuovendo il ruolo dei servizi di assistenza»; la previsione di procedure e strutture atte ad evitare la vittimizzazione secondaria; la predisposizione di adeguati servizi di traduzione e interpretariato a supporto delle esigenze delle vittime; l’incoraggiamento ad una partecipazione attiva delle vittime ai procedimenti penali; l’incentivazione del ricorso alla giustizia ripartiva e a metodi alternativi di risoluzione delle controversie, «che tengano conto dell’interesse delle vittime»; la particolare considerazione verso i minori, quali «parte del gruppo di vittime più vulnerabili»; il riconoscimento di adeguati indennizzi.

La realizzazione di questi ambiziosi obiettivi è da perseguire, in primo luogo, attraverso l’adozione di una direttiva che prenda il testimone dalla decisione-quadro 2001/220/GAI, aggiornando e integrando i principi in essa affermati (*misura A*). A tal fine, la Commissione – come già ricordato – ha presentato, il 18 maggio 2011 una proposta di direttiva che istituisce «norme minime» in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime. Tale proposta è oggetto di attenta considerazione da parte del Consiglio, impegnatosi ad esaminarla con priorità, anche in considerazione dei principi ispiratori in precedenza richiamati.

All’approvazione di un nuovo «strumento giuridico vincolante globale» dovrebbe far seguito – sempre secondo l’“agenda” configurata dal Consiglio – una (o più) proposta di raccomandazione, che, fungendo da orientamento e modello per i Paesi membri, agevolerebbe l’applicazione della direttiva stessa a livello nazionale (*misura B*). Tale raccomandazione dovrebbe tener conto delle migliori prassi vigenti tra i diversi Stati nel campo della protezione e dell’assistenza alle vittime della criminalità, senza trascurare quelle ulteriori

seguite in materia da organizzazioni non governative e da istituzioni diverse dall’Unione, quali, in particolare, il Consiglio d’Europa.

Il terzo *step* individuato dal Consiglio consiste nel regolamento sul reciproco riconoscimento delle misure di protezione delle vittime in materia civile, secondo la proposta presentata dalla Commissione europea il 18 maggio 2011 (*misura C*). Si verrebbe così a completare il meccanismo introdotto nella direttiva – ora in discussione – sull’ordine di protezione europeo. Quel testo prevede, infatti, il mutuo riconoscimento delle decisioni di natura penale, assunte da un’autorità giudiziaria per proteggere le vittime di reato «da ulteriori pericoli che potrebbero essere causati dal presunto autore del reato».

La Commissione europea viene altresì invitata a riesaminare la direttiva 2004/80/CE relativa all’indennizzo delle vittime, anche all’esito delle risultanze emerse dalla relazione sulla sua attuazione (*misura D*). In tal modo si potrebbe valutare l’opportunità di semplificare le procedure da seguire per attivare la richiesta di indennizzo e presentare proposte adeguate in materia, anche di natura non legislativa.

Per concludere, il Consiglio richiama l’attenzione sulle peculiari esigenze di talune vittime, derivanti, ad esempio, dal tipo o dalle circostanze del reato subito, in ragione delle gravi «ripercussioni sociali, fisiche e psicologiche» che possono derivarne. Per far fronte a queste particolari esigenze è necessario prevedere una normativa *ad hoc*, diretta a contrastare – in modo specifico – la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale di minori, il terrorismo e la criminalità organizzata, che possa affiancarsi a quella generale, applicabile a tutte le vittime che necessitino di assistenza, sostegno e protezione (*misura E*). Sotto un diverso profilo, anche le caratteristiche personali delle vittime possono rendere necessarie assistenza e protezione speciali, come nel caso dei minori, che, pro-

prio per questo, «dovrebbero sempre essere considerati particolarmente vulnerabili». La Commissione viene, dunque, invitata, a proporre, mediante raccomandazioni «mi-

sure pratiche e a suggerire migliori prassi per fornire orientamenti agli Stati membri nell'affrontare le esigenze specifiche delle vittime».

De jure condendo

ORietta Bruno

Il 10 ottobre 2011 è stato assegnato alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il d.d.l. C. 4616. La proposta, dalla rubrica «*Modifiche agli articoli 274, 275, 284 e 308 del codice di procedura penale, in materia di misure cautelari personali*», reca la firma di più parlamentari e risulta scritta in collaborazione con la Camera penale di Roma e un esponente dell'Accademia, il Prof. Luca Marafioti. L'idea è quella di modificare, in parte, il reticolo normativo sulle restrizioni in materia di libertà personale, con l'intento di perseguire un duplice (ambizioso) obiettivo: da un lato, arginare le prassi giudiziarie che abusano del ricorso alla custodia in carcere e, dall'altro, alleggerire, in qualche maniera, le difficoltà in cui versano i penitenziari italiani, oramai al collasso.

Nella Relazione illustrativa che accompagna il progetto di legge si riportano, allo scopo, i dati forniti dal Sistema informativo del DAP, dando atto che la quasi totalità delle prigionie è in sovraffollamento. L'aspetto più preoccupante - si osserva - è che ciò segue ad un impiego smodato del vincolo in parola, trasformatosi, nel tempo, da mezzo avente funzione prettamente cautelare, a vera e propria «forma anticipatoria della pena»: inevitabile la violazione del principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost.). La tendenza - si chiarisce ulteriormente - è incoraggiata dall'ampio potere discrezionale che guida l'autorità giudiziaria nel riconoscere la sussistenza dell'esigenza cautelare ex art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p.; il che,

nonostante il legislatore abbia tentato, nel settore codicistico, di circoscriverne la portata e, prima ancora, viga il principio costituzionale di tassatività. Secondo i proponenti, l'asserita pericolosità sociale del sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere sovente rappresenta un comodo *escamotage* «per imporre limitazioni» della libertà personale «ad *eruellendam veritatem*»; vi orienta il fatto che il requisito di cui si discute viene associato, quasi sempre, a condotte passate.

Ecco che si vuole intaccare, innanzitutto, l'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p.; qui, dopo le parole «sussiste il concreto» dovrebbero essere inserite, appunto, queste: «e attuale» (v. art. 1, comma 1, lett. a), d.d.l. in disamina). Mediante l'introduzione di una regola di giudizio tesa a valutare il rischio di ripetizione del crimine, si irrobustisce l'obbligo di motivazione del giudice e si mette un deciso freno a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui ad integrare la «concretezza» del pericolo basterebbero comportamenti (si individuati ma) risalenti nel tempo. Il sindacato giurisdizionale, mercé la riforma, sarebbe governato da due parametri distinti e complementari: per un verso, il canone della «concretezza» (che impedisce di ricorrere ad una misura limitativa della libertà personale sulla base di una mera propensione a commettere i reati), per l'altro, il presupposto della «attualità», in vista del quale le condotte sintomatiche di una personalità incline al crimine devono essere recenti, tanto da ingenerare l'effettivo

timore che il soggetto possa perpetrare nuovi delitti.

Nella segnalata prospettiva, si vorrebbe eliminare, poi, l'intero secondo periodo della stessa lett. c) del comma 1 dell'art. 274 c.p.p. che, testualmente, recita: «se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni». I contenuti dell'inciso andrebbero riformulati e ricollocati all'interno dell'art. 275 c.p.p. che – come noto – delinea i criteri di scelta delle misure. Più esattamente, al comma 3 dell'art. 275 c.p.p., dovrebbe far seguito il 3-bis da elaborare: «fermo restando quanto disposto dal comma 3, qualora l'esigenza cautelare riguardi esclusivamente il pericolo di commissione di delitti della stessa specie di quello per il quale si procede, la custodia cautelare in carcere può essere disposta solo nei confronti dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza e soltanto se trattasi di delitti puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. La custodia cautelare in carcere è in ogni caso applicabile ove il giudice non possa concedere gli arresti domiciliari per assenza di un'idonea dimora privata o per una delle ragioni indicate nell'articolo 284, comma 5-bis» (art. 1, comma 2, d.d.l.). Si vorrebbe, dunque, contenere la sfera d'azione dell'autorità giudiziaria, ravvisandosi, accanto all'elemento oggettivo del limite edittale di quattro anni, un secondo, di tipo soggettivo, costituito dalla dichiarazione di abitudine, professionalità o tendenza a delinquere. Quest'ultimo fornirebbe quel livello «minimo di pericolosità sociale» che giustifica l'applicazione della custodia cautelare in carcere a salvaguardia della collettività. Tale norma andrebbe a prevedere, ad ogni modo, che il ricorso alla misura più gravosa è sempre consentito qualora il giudice non possa concedere gli arresti domiciliari per la mancanza di un

alloggio o di un altro posto consono all'esecuzione degli stessi. Analogamente, il vincolo restrittivo è d'obbligo ove ricorra uno dei divieti sanciti dall'art. 284, comma 5-bis, c.p.p.; nella specie: l'imputato sia stato condannato per evasione nei cinque anni precedenti ovvero coabiti con la persona offesa.

Un allentamento delle maglie della custodia cautelare comporta, di riflesso, la necessità di restringere le condizioni che legittimano gli arresti domiciliari, fortificandone, al contempo, le modalità operative; il fine è quello di incentivarne l'applicazione in luogo della prima. Dovrebbero, allora, essere apportati dei cambiamenti anche al comma 2 dell'art. 284 c.p.p. L'intenzione è di stabilire che «il soggetto sottoposto alla misura degli arresti domiciliari non può comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono, salvo che il giudice disponga diversamente» (art. 2, comma 1, lett. a), d.d.l.). In altre parole, rovesciando le linee dell'attuale disposto, verrebbe innalzato a principio generale il limite per chi subisce gli arresti domiciliari di avere contatti con estranei.

Nell'ottica di irrigidire la tipologia coercitiva ora menzionata, si paventa di introdurre al comma 5-bis dell'art. 284 c.p.p., dopo il primo periodo, il seguente: «non possono, altresì, essere concessi gli arresti domiciliari qualora il soggetto sottoposto alle indagini o l'imputato coabiti con la persona offesa» (art. 2, comma 1, lett. b), d.d.l.).

In ultimo, il disegno di legge mira ad emendare l'art. 308 c.p.p. che si occupa dei termini di durata massima delle misure cautelari interdittive. Si scorge nella Relazione di sintesi come, talvolta, l'interdizione temporanea dell'esercizio di determinati diritti basta di per sé a tutelare dalla minaccia che certe tipologie di reato vengano ribadite. Pertanto, in aderenza allo spirito complessivo dell'innovazione, si vorrebbe innalzare la durata massima di tali strumenti da due a sei mesi (al comma 2 dell'art. 308 c.p.p., infat-

ti, le parole «due mesi», ovunque ricorrenti, verrebbero sostituite con «sei mesi»: v. art. 3 d.d.l.). Così, il giudice potrebbe disporre di meccanismi più efficaci da accostare ai modelli custodiali.

Si tratta di un'iniziativa interessante che merita apprezzamento e va sostenuta; è bilanciata quanto al perimetro che si disegna tra custodia cautelare ed arresti domiciliari: realizza il giusto equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali e bisogni dell'accertamento non affatto pregiudicati da un impianto del genere. La riforma è attenta pure ai collegamenti tra le singole norme incise ed è ben coordinata nel suo dislocarsi in una architettura già esistente. Inoltre, è ben congegnata e precisa dal punto di vista lessicale; una chiarezza, questa, destinata ad escludere dubbi futuri sul piano applicativo. Non vanno trascurati neppure gli spunti a tutela della vittima e la significativa protezione ad essa offerta. Si badi. Una scelta di questo genere impone un certo rigore in sede giurisprudenziale: bisogna evitare di svuotare di contenuti il senso della custodia cautelare in carcere. Perciò, vanno evitati atteggiamenti ondivaghi nell'interpretare il significato delle nuove direttive che presidiano i provvedimenti custodiali. Se un neo si vuol trovare, risiede nella poca attenzione prestata ai controlli del soggetto in arresti domiciliari. La cronaca insegna che possono essere facilmente elusi; troppo spesso, peraltro, la persona cui vengono applicati si rende autrice *medio tempore* di altri crimini. Nel momento in cui si adopera la misura di cui all' art. 284 c.p.p. ad ampio spettro, va, per forza di cose, immaginata una sorveglianza collaterale per chi la subisce.

Di spiccato interesse anche un altro disegno di legge assegnato sempre alla Commissione Giustizia della Camera (in data 19 settembre 2011). Si parla del numero C. 4498, intitolato

«Modifiche al codice di procedura penale in materia di proroga del termine per l'esercizio dell'azione penale e di giudizio abbreviato relativamente ai soggetti sottoposti a misure cautelari personali».

Si pensa – efficacemente, la Relazione di sintesi - di «restituire la certezza di un giudizio» a tutti coloro che, nell'ambito dell'inchiesta, vengano privati della libertà personale o limitati in altri beni di rango sovraordinato a seguito di perquisizioni ovvero captazioni telefoniche o ambientali.

Ad oggi, si spiega, non esiste un modulo procedurale attraverso cui le persone, che hanno subito misure afflittive al punto da comprometterne la dignità (pure come conseguenza della fuga di notizie e dell'attenzione dei *mass-media*), possono dimostrare, in tempi rapidi, la propria estraneità ai fatti: le lungaggini del processo costituiscono una autentica sanzione, soprattutto se riguardano un innocente.

Sicché, l'impalcatura di nuovo conio è tesa, da un lato, ad affermare il diritto dell'individuo vulnerato negli interessi fondamentali ad essere giudicato con immediatezza e, in parallelo, assolto o condannato, all'esito di un processo equo ed imparziale, dall'altro, ad impedire che, nei suoi confronti, l'*iter* accertativo assuma una durata «indefinita e indefinibile».

Focalizzando sui dettagli della proposta, dovrebbe essere introdotto, dopo il comma 2-ter dell'art. 406 c.p.p., il 2-*quater* dalla seguente portata: «tranne che per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), il termine di cui al comma 1 del presente articolo è prorogabile una sola volta nei confronti della persona che, nel corso delle indagini preliminari, è sottoposta a misura cautelare personale, ovvero a cui carico è disposta perquisizione o sono autorizzate intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni. In tali casi, la proroga è autorizzata dal giudice per le indagini preliminari per il compimento di atti investigativi specifici e per il tempo ad essi strettamente

indispensabile, comunque non eccedente il termine di tre mesi» (art. 1 d.d.l.). Dunque, un prolungamento del segmento temporale d'indagine decisamente contratto e blindato quanto ad attività da compiersi; per ovvie ragioni di difesa della collettività, verrebbero esentati dalla regola i delitti di maggiore allarme sociale, enucleati dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. Un'opzione granitica quella studiata dai fautori del progetto, che mette il magistrato d'accusa nella posizione di dovere sfruttare appieno il periodo d'inchiesta a disposizione: inutili ritardi finirebbero per avere contraccolpi sulla solidità dell'investigazione destinata a chiudersi senza che egli possa ultimare adeguatamente. Ebbene, la novità, d'acchito soddisfa in chiave garantista, ma produce qualche incertezza: i problemi non concernono i reati di facile verifica o quelli per la cui indagine bastano attività tradizionali di semplice e repentina esecuzione; le perplessità s'addensano quanto ai crimini di difficile riscontro o per scovare i quali bisogna partire da una rete di altri satellite: stante il loro carattere insidioso, esigono metodiche sofisticate che, per natura, richiedono tempi lunghi di svolgimento o impongono attività che travalicano i confini nazionali. Il disegno di legge richiama, d'altro canto, il solo art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. per sottrarlo all'accorciamento dei termini, mentre si tralasciano tutte le ipotesi elencate nelle lett. b), c) e d) della previsione. La via da percorrere reclama una riflessione più accurata, viceversa si mette a repentaglio la stessa completezza delle indagini (art. 112 Cost.).

La concepita novella, poi, intende aggiungere, alla fine dell'art. 438 c.p.p., un comma 6-bis a stabilire che «nelle forme e alle condizioni di cui al presente articolo, la persona sottoposta a misura cautelare personale nel corso delle indagini preliminari può chiedere di essere giudicata allo stato degli atti, con giudizio abbreviato». In tal caso, il giudice per le indagini preliminari, «accogliendo la richiesta,

dispone il giudizio abbreviato, fissa l'udienza preliminare e ordina al pubblico ministero di depositare in cancelleria gli ulteriori atti investigativi che intende utilizzare, entro il termine di venti giorni, decorsi i quali, in mancanza di deposito, la misura cautelare cessa di avere efficacia» (art. 2 d.d.l.).

Qualche appunto. In generale, l'operazione non è isolata, ponendosi, implicitamente, lungo una carreggiata di preoccupante continuità con quel che è accaduto per altre fattispecie: si realizza un'osmosi tra il procedimento incidentale e quello principale e, quindi, ci si colloca nel solco di quella inclinazione che tende a sovvertire, radicalmente, i rapporti tra questi ultimi, in origine concepiti nel segno dell'assoluta autonomia ed impermeabilità del primo rispetto agli esiti del frangente cautelare. Il pubblico ministero quando domanda un provvedimento restrittivo deve aver confezionato un'investigazione capace di resistere di fronte ad un'eventuale istanza di rito alternativo allo *status quo* se non vuole andare incontro ad un sicuro proscioglimento: la prognosi di colpevolezza che egli compie (e verrà accolta dal giudice), finisce, di conseguenza, per sovrapporsi ad una valutazione di merito. Tant'è che, se presentata una domanda semplice, il giudice non ha margini (salvo che per i profili formali) di valutazione, dovendo accoglierla.

Quanto all'esegesi del dato positivo, la norma risulta piuttosto ambigua – per come scritta – laddove stabilisce la perdita di efficacia della misura se il pubblico ministero non deposita, nei termini di legge, le ulteriori indagini che vuole impiegare. A parte il fatto che potrebbe aver già scoperto tutte le proprie carte, non si capisce cosa deve fare, appunto, quando non abbia altro da produrre. È intuibile che, nel lasso di tempo che ha a disposizione, debba, comunque, fornire delucidazioni su come intende muoversi per evitare che il vincolo decada. Sarebbe davvero bizzarro pensare che il mantenimento in vita della misura dipenda

dalla circostanza che egli proceda o meno ad altre allegazioni. Ancora. Non è dato comprendere quale sia il tipo di richiesta che può essere avanzata; dalla generica dicitura usata, «nelle forme e alle condizioni di cui al presente articolo» (n.d.r. 438 c.p.p.) sembra possa essere inoltrata sia quella semplice che condizionata. Eppure, la possibilità di formulare quest'ultima sconta con la *ratio* del cambiamento: se la volontà del soggetto *in vinculis* è quella di chiudere subito la "partita" con la giustizia, non è molto logico stabilire anche l'instaurazione di un rito subordinato ad integrazioni probatorie; la plausibile invocazione, da parte del magistrato, del diritto alla prova contraria e l'eventuale esercizio di poteri istruttori ufficiosi potrebbero allungare a dismisura i tempi del processo, facendo perdere alla riforma il senso stesso per il quale è stata concepita. Infine, nulla si dice quanto alla reiterazione della domanda complessa in un momento successivo se non accolta in indagini preliminari: non sembra vi siano ostacoli da questo punto di vista. In aderenza a quanto accade per il patteggiamento (artt. 447 e 448 c.p.p.) e all'insegnamento della Corte costituzionale (cfr. C. cost., sent., 23 maggio 2003, n. 169), l'interessato dovrebbe poterla rinnovare prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Anche qui, dunque, sarebbe stata auspicabile una maggiore icasticità e precisione linguistica; la speranza è che la discussione sul progetto partorisca un testo più aderente ai contenuti dell'innovazione e vigile quanto al rispetto dei principi costituzionali.

Al cospetto della Commissione Giustizia della Camera si trova pure il d.d.l. C. 4665, recante «*Modifiche agli articoli 154, 337 e 497 del codice di procedura penale, in materia di tutela della riservatezza delle persone offese dal reato*».

Di recente assegnazione, il 24 ottobre 2011, il progetto, si evince dalla rubrica, mira a rinvi-

gorire la tutela della persona offesa dal reato: troppe volte, come emerso da casi di cronaca giudiziaria, viene esposta ad atti intimidatori ovvero «pressioni», dirette o indirette che dir si voglia, ad opera dell'indagato o dell'imputato; accade con frequenza negli accertamenti per rapina, estorsione, furto con destrezza, ecc. Ciò, si coglie tra le righe della Relazione di supporto alla proposta, succede in quanto negli atti del processo (v. le informative della polizia giudiziaria o i verbali di informazioni rese), oltre al nome e al cognome, la data e il luogo di nascita, vengono menzionati anche la residenza e l'eventuale utenza telefonica dell'offeso: questi è rintracciabile con facilità.

Il pensiero della mano riformatrice è di rendere anonimi i dati che non hanno alcuna rilevanza ai fini di una compiuta identificazione della persona offesa. Tra essi, poiché aventi carattere personale, rientrerebbero la residenza, i numeri di telefono e ogni altro elemento pregnante. Continuerebbero, invece, a restare noti il nome, il cognome, la data e il luogo di nascita. La modifica consentirebbe di proteggere la vittima da eventuali «ritorsioni», dal momento che sarebbe difficilmente rinvenibile, e le darebbe lo stimolo per denunciare i reati che destano maggior allarme sociale nell'opinione pubblica: sarebbe sì "riconosciuta" ma manterrebbe, in parte, «l'anonimato».

Peraltro, a mente dei firmatari, ci si uniformerebbe alla giurisprudenza sia della Corte europea dei diritti dell'uomo che della Corte di giustizia dell'Unione Europea; non a caso, all'uopo, si rimanda a C. giust. UE, Grande Sezione, 16 giugno 2005 la quale ha affermato che gli articoli 2, 3 e 8, paragrafo 4, della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, riguardante la posizione della vittima nel procedimento penale e la disciplina del comparto di garanzie che la devono circondare (la protezione delle sue dignità e sicurezza nonché dei suoi diritti e interessi giuridici), devono «essere fonte obbligatoria per l'interpretazione conforme delle leggi in-

terne da parte del giudice nazionale»: spetta a costui verificare che le deposizioni vengano rese con modi tali da assicurare una tutela adeguata. Insomma, quel che si prospetta non è di rendere anonime le persone offese quando sono sentite come testimoni (anzi, continuerebbero ad essere sempre identificate con il nome, cognome, luogo e data di nascita): quel che si cela è solamente dove vivono, le utenze e ogni altro dato intimo privo di significato per il processo; del resto, si sottolinea, «in altri Paesi dell'Unione europea (Olanda) è ammessa perfino la testimonianza anonima».

Scendendo nel concreto del disegno di legge, il comma 1 dell'art. 154 c.p.p. verrebbe sostituito in questo modo: «Le notificazioni alla persona offesa dal reato sono eseguite presso il domicilio indicato nella querela ai sensi dell'articolo 337, comma 4, e qualora non sia indicato sono eseguite a norma dell'articolo 157, commi 1, 2, 3, 4 e 8. Se sono ignoti i luoghi ivi indicati, la notificazione è eseguita mediante deposito dell'atto in cancelleria. Qualora risulti dagli atti notizia precisa del luogo di residenza o di dimora all'estero, la persona offesa è invitata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento a dichiarare o a eleggere domicilio nel territorio dello Stato. Se nel termine di venti giorni dalla ricezione della lettera raccomandata non viene effettuata la dichiarazione o l'elezione di domicilio ovvero se la stessa è insufficiente o risulta inidonea, la notificazione è eseguita mediante deposito dell'atto nella cancelleria». Ad ogni buon conto, «non è consentita la divulgazione dei dati relativi al luogo in cui è eseguita la notificazione e gli stessi devono rimanere riservati qualora la notificazione alla persona offesa sia avvenuta ai sensi dell'articolo 157, commi 1, 2, 3, 4 e 8» (v. art. 1 d.d.l.).

Dovrebbe essere scalfito anche il comma 4 dell'art. 337 c.p.p. mediante l'art. 2 del d.d.l. In particolare, si vorrebbe prescrivere che l'autorità deputata a ricevere la querela debba attestare la data e il luogo della presentazione e provvedere a identificare la persona che la sporge attraverso l'indicazione del nome, del cognome, del luogo e della data di nascita, informando, altresì, il proponente che può eleggere domicilio presso un difensore o un'altra persona residente nello Stato; al termine, si prevede la trasmissione degli atti all'ufficio del magistrato d'accusa. Subito dopo, dovrebbero essere introdotte due ulteriori norme, il comma 4 *bis* e il 4 *ter*. Da essi si evince che, ove il querelante indica altri fattori personali utili alla compiuta identificazione, essi devono restare riservati e potranno essere diramati alla sola autorità giudiziaria. «In nessun caso i dati personali indicati al comma 4-*bis* possono essere oggetto di divulgazione alle altre parti processuali».

L'ultima incursione dovrebbe essere eseguita sull'art. 497 c.p.p. In effetti, l'articolo 3 del d.d.l. allestisce, per la disposizione, un comma 3-*bis* per il quale quando il testimone coincide con la persona offesa dal reato, questi, nel declinare le proprie generalità, in sede processuale, è tenuto ad indicare solo il nome, il cognome, il luogo e la data di nascita e non anche gli altri dati personali; se eletto, potrà segnalare il domicilio di un difensore o di un altro soggetto residente nel territorio dello Stato.

Anche questa è un'iniziativa lodevole per la sensibilità mostrata nei confronti della vittima del reato, sinora trascurata (soprattutto, nella veste di teste) ed esposta a ritorsioni: le stesse che, spesso, le impediscono di denunciare l'avvenuta commissione dei reati.

Corti europee / *European Courts*

DAIANA BEDESCHI

Nella sentenza *Pavalache c. Romania* (Req. n. 38746/03 del 18 ottobre 2011) la Corte e.d.u. ribadisce la linea di confine tra libertà di espressione degli esponenti delle istituzioni direttamente coinvolti nel procedimento penale, in particolare della magistratura requirente, e presunzione di innocenza; secondo la Corte, il canone può considerarsi violato allorquando gli organi dello Stato investiti dell'inchiesta penale (agenti di polizia, pubblici ministeri, giudici) rilasciano dichiarazioni, nelle more di una sentenza di accertamento della responsabilità, al di fuori delle sedi legislativamente preposte allo svolgimento dell'inchiesta, o utilizzando mezzi diversi da provvedimenti motivati, e nella misura in cui i termini utilizzati incoraggiano l'opinione pubblica a credere nella colpevolezza dell'imputato/indagato oppure pregiudicano l'apprezzamento dei fatti in capo al giudice preposto.

Il caso di specie trae origine dall'arresto in flagranza di un uomo politico per millantato credito: egli aveva promesso favori sull'esito di inchieste penali in cambio di somma di danaro a due uomini d'affari. Arrestato nell'atto di ricevere l'importo pattuito, un quotidiano nazionale riportava le seguenti dichiarazioni del magistrato: «tutte le prove convergono con certezza sulla colpevolezza del soggetto [...] è stato talmente ben arrestato che niente e nessuno può distoglierlo dalla responsabilità penale». Il ricorrente lamentava che sia le dichiarazioni del procuratore, sia le affermazioni generali di condanna della corruzione deri-

vanti dalle più alte cariche politiche, nonché la susseguente campagna mediatica, avessero attentato alla presunzione di innocenza valevole fino all'accertamento legale di colpevolezza (art. 6, § 2, Cedu).

Il governo insisteva sull'imparzialità della magistratura giudicante, sottolineando *in primis* che le affermazioni provenienti dalle parti politiche rientravano nel generale contesto di lotta alla corruzione, non riguardando direttamente l'interessato; *in secundis* che la presunzione di innocenza non impediva di informare l'opinione pubblica sulle inchieste penali in corso di svolgimento.

La Corte e.d.u., accogliendo la tesi dell'Alta parte contraente per quanto concerne le dichiarazioni degli organi politici e di stampa, condanna la Romania in base alle sopra riportate dichiarazioni del pubblico ministero, anche se rilasciate successivamente all'esecuzione dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere, ma pur sempre prima della sentenza di condanna nel merito.

La decisione si iscrive nella consolidata giurisprudenza della Corte europea secondo la quale la presunzione di innocenza vale sia in sede processuale sia in sede extraprocessuale: consiste nel diritto ad essere trattato *erga omnes* (specialmente verso l'opinione pubblica) come innocente, seppur gravato di esecuzione di una misura cautele.

La Corte, difatti, non ha necessità di accertare l'eventuale nesso eziologico esistente tra affermazioni ed esito del processo – onere

della prova non adempiuto dal ricorrente –, ma ritiene sufficiente la convinzione di colpevolezza pronunciata al pubblico dall'autorità inquirente. L'idoneità di quest'ultima ad orientare l'opinione pubblica viene inferita dall'autorevolezza del soggetto da cui promanano le parole: si legge difatti che «l'attentato alla presunzione di innocenza può derivare non solo da un giudice o da un tribunale ma anche da altre autorità pubbliche come la polizia o i procuratori soprattutto quando questi ultimi esercitano funzioni quasi giudiziarie e controllano lo svolgimento dell'inchiesta. Questa si trova attentata dalle dichiarazioni o dagli atti che riflettono il sentimento che la persona è colpevole e che incitano il pubblico a credere nella sua colpevolezza o che pregiudicano la valutazione dei fatti da parte del giudice competente».

L'apparenza assume rilevanza giuridica al pari della sostanza: così come il giudice non deve essere solo imparziale ma deve anche apparire tale, così l'accusato deve essere trattato come estraneo ai fatti in tutte le sedi, e sembrare tale in tutte le circostanze (parallelismo enunciato in Corte e.d.u., 28 febbraio 2003, *Req. n. 58442/00 Lavents c. Lettonia*, § 126 ; *mutatis mutandis*, Corte e.d.u., 26 marzo 2003, *Req. n. 48297/99, Butkevičius c. Lituania*, § 49).

Se in caso di violazione dell'art 6, § 2, Cedu il ricorrente avrà sicuramente diritto ad un equo ristoro, indipendentemente dalla sua colpevolezza, si apre un nuovo terreno in merito alla ricerca di strumenti interni volti a ristabilire il rispetto del principio di innocenza da parte degli organi statali.

La presente decisione potrebbe costituire un nuovo caso di astensione ai sensi dell'art. 52 c.p.p., astensione che rimane nella disponibilità valutativa del pubblico ministero; è probabilmente uno spunto insufficiente per giustificare un *revirement* giurisprudenziale interpretativo in tema di riconsuazione (art 37 c.p.p.) dato che consolidata giurisprudenza ammette l'inutilizzabilità dell'istituto verso

l'organo requirente, il quale è parte del processo. Rimane da non escludersi *tout court* l'utilizzabilità della rimessione (art 45 c.p.p.).

Per amor di completezza si rappresenta, altresì, come la decisione abbia riconosciuto l'ulteriore violazione dell'art 3 Cedu – trattamenti inumani e degradanti – in quanto durante un periodo di custodia provvisoria in carcere il detenuto ha riportato conseguenze gravi per la sua salute (infarto, problematiche cardiocircolatorie e polmonari) causate dall'esposizione al fumo passivo; egli era costretto a condividere una cella minuscola e priva di sufficiente ricambio d'aria con un tabagista: anche in carcere lo Stato deve garantire il diritto inviolabile alla salute (come già rilevato nei precedenti numeri di questa rivista; si veda *ex plurimis* Corte e.d.u., 14 dicembre 2010, *Req. n. 25153/04, Dobri c. Romania*, §§ 46 e ss.).

La tutela della vittima in caso di violenza comprende il diritto di indagini effettive. Com'è possibile constatare dal caso *M.B. c. Romania*, 3 novembre 2011, *Req. n. 43982/06*, siffatto diritto non è un precipitato esclusivo dell'art. 2 Cedu, scaturente dalla sola morte per uso della forza (sia essa esercitata dalle forze di polizia o da un civile), ma sorge altresì in presenza di lesione dell'integrità psico-fisica del soggetto.

L'art 1 Cedu, come interpretato nella giurisprudenza della Corte, richiede l'effettività dei diritti sostanziali in essa riconosciuti dando così origine ad obbligazioni procedurali di diverso contenuto e strumentali alla protezione degli stessi. Il *casus belli* è la violenza sessuale compiuta nel 1999 a danno di una ragazza non normodotata (affetta da psicosi comportante perdita di autonomia nonché inidoneità al lavoro). L'apertura del primo procedimento, seppur tempestiva, era stata inficiata da indagini approssimative (prive

di perizie, esami specialistici, interrogazioni di testimoni, perquisizioni) e conclusa con un non luogo a procedere frutto di *défaillance* interpretativa del pubblico ministero in punto di diritto (pensava che il reato fosse punibile a querela della persona offesa e ha erroneamente percepito le affermazioni del padre avendo ritenuto la remissione della denuncia). Grazie all'opposizione dei familiari, il procedimento continuava a distanza di 18 mesi all'insegna di 3 riaperture d'inchiesta verso il medesimo indagato conclusesi con altrettanti "non luogo a procedere": tutti pronunciati per mancanza di prove determinanti, stante l'operatività del principio *in dubio pro reo*. Stesse motivazioni date dal tribunale chiamato a giudicare l'imputato a seguito di rinvio a giudizio, richiesto da parte dell'ennesimo pubblico ministero, per violenza sessuale. Nel 2009 il reato cadeva in prescrizione ad indagini ancora aperte contro ignoti.

La Corte, accogliendo le richieste del ricorrente seppur rubricandole sotto l'art. 3 Cedu (il ricorrente aveva affermato la violazione degli artt. 5 e 6 Cedu) constata l'avvenuta violazione dell'obbligo procedurale da esso derivante. Difatti, anche se nei successivi procedimenti i magistrati giudicanti avevano prestato una maggior attenzione ad appurare la verità, le perizie disposte si erano di fatto risolte nel vagliare la credibilità delle parti in causa. Il passare del tempo aveva reso assai difficile la raccolta di prove volte a corroborare la veridicità delle affermazioni rilasciate dai soggetti coinvolti (le testimonianze acquisite erano fragili). L'accertamento del medico legale disposto nell'imminenza del fatto, poi, si era limitato a constatare solo le conseguenze fisiche della violenza – in quanto non diversamente domandato dall'organo requirente – senza raccogliere alcun materiale probatorio (come la presenza di sperma o di altri materiali organici presenti sulla vittima. Nessuna perquisizione dell'immobile dell'indagato era stata ordinata).

La Corte sottolinea come a fronte di soggetti deboli, quali bambini o persone portatrici di handicap, gli inquirenti devono prestare loro una protezione particolare e più attenta a causa della vulnerabilità delle vittime: le autorità sono obbligate a disporre tutti gli strumenti di raccolta delle prove che il diritto fornisce.

Tutto ciò si traduce, in ambito interno, nella progressiva trasformazione della possibilità di disporre ispezioni, perquisizioni, sequestri, perizie e consulenze tecniche, in obbligatorietà degli atti in questione; scontata la predilezione dell'incidente probatorio, quale sede principe della tutela dei soggetti deboli. Si legge, in effetti: «Le autorità devono avere preso le misure ragionevoli delle quali disponevano per ricercare le prove relative ai fatti in questione, ivi compresa la dichiarazione della vittima, le deposizioni dei testimoni, le perizie, i certificati medici volti a fornire un resoconto completo e preciso delle ferite ed un'analisi obiettiva delle constatazioni mediche. Qualsiasi carenza dell'inchiesta che la renda inidonea a stabilire le responsabilità rischia di non rispondere alle esigenze dell'art. 3 della Convenzione».

La Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza relativa ai procedimenti riuniti C-483/09 e C-1/10, 15 settembre 2011, si è pronunciata su un rinvio d'interpretazione incidentale deciso dal giudice spagnolo, a precisazione della portata della decisione quadro sulla tutela della posizione della vittima nel processo penale (2001/220/GAI).

Tale sentenza, seppur presa in considerazione nella medesima rubrica del precedente numero, impone per l'importanza della decisione in parola - anche alla luce delle ricadute sulla disciplina interna (artt. 282bis e ter c.p.p.) - un ulteriore approfondimento, con adeguati richiami alla giurisprudenza europea e alla normativa dell'Unione sul punto.

La decisione nasce da un rinvio posto in essere in un giudizio per violazione dell'ordine di allontanamento dalla casa familiare applicato agli imputati a seguito di condanna per violenze domestiche sulle rispettive mogli. Il diritto spagnolo prevede, oltre all'esclusione dalla mediazione penale dei reati commessi in ambito familiare, l'allontanamento quale pena accessoria obbligatoria a fronte della commissione di alcuni illeciti, tra i quali quello sopra menzionato; il giudice ha solo la possibilità di modulare la durata della misura.

La difesa degli imputati si incentrava sulla non commissione del reato di mancato rispetto della misura di protezione, poiché i rei erano tornati a vivere nelle rispettive case familiari su sollecitazione delle vittime (interventute a titolo di testimoni).

I dubbi interpretativi del magistrato possono riassumersi come segue:

- se il diritto della vittima ad essere compresa (ottavo considerando della normativa europea) implichi la possibilità per la stessa di esprimere considerazioni in merito alle conseguenze derivanti dalla misura dell'allontanamento sulla sua vita privata nonché sulla vincolatività delle stesse (art. 2 sancisce il diritto alla partecipazione procedimentale penale). In particolare, il quesito viene formulato prospettando l'opposizione alla misura di restrizione personale da parte della persona offesa a fronte di un quadro fattuale non indicante pericolo di reiterazione del reato o la sua sottomissione al condannato;
- se il livello di protezione adeguata che gli Stati devono consentire alla vittima (art. 8) implichi l'obbligatorietà della pena di allontanamento per la commissione di alcuni reati, oppure essa possa venire disposta solo nei casi ritenuti idonei dal giudice. Il quadro fattuale preso a riferimento è quello esposto nel precedente paragrafo;
- se l'art. 10 della normativa europea, che prevede la promozione della mediazione per i reati che ciascuno Stato ritiene idonei, con-

senta di escludere in maniera generalizzata da suddetta fase i reati intrafamiliari in ragione della specifica tipologia, oppure se occorra una valutazione caso per caso.

Esplicitando che gli illeciti da sottoporre a mediazione rientrano nel margine di discrezionalità facente capo a ciascuno Stato, la risposta alle altre domande del giudice interno vengono soddisfatte dalla Corte attraverso la precisazione dei livelli minimi di tutela garantiti dalla decisione quadro 2001/220/GAI.

La soglia necessaria richiesta in punto di partecipazione effettiva della vittima al procedimento penale (artt. 2, §1 e 3, §1), viene soddisfatta quando è garantito alla medesima il diritto di deporre nel processo penale ovvero quando le dichiarazioni sono considerate come elementi di prova dall'organo giudicante (si veda C. giust. UE, 9 ottobre 2008, C- 404/07). L'adeguata tutela della persona offesa dal reato, con particolare riguardo alla sicurezza della vita privata (art. 8), non comporta che essa possa influire sul tipo di pena da infliggere al fine di limitare gli effetti indiretti della sanzione penale sulla sua sfera personale.

Non sorprende, per conseguenza, la conclusione dei giudici lussemburghesi: «gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che una sanzione di allontanamento obbligatoria di durata minima, prevista dall'ordinamento penale di uno Stato membro a titolo di pena accessoria, venga disposta nei confronti degli autori di violenze commesse nell'ambito familiare, anche quando le relative vittime contestino l'applicazione della sanzione stessa».

Il *leitmotiv* che percorre il rinvio interpretativo si basa sulla ricerca di bilanciamento tra esigenze di tutela pubblica (espresse nel diritto penale) e diritto alla vita privata della vittima. Il giudice di Tarragona dubitava della conformità con il quadro normativo europeo di una norma che non prevedeva in capo allo stesso la possibilità di valutare caso per caso

l'opportunità di applicare la misura di protezione. La Corte di Giustizia non risolve in forma esplicita il bilanciamento, limitandosi a rilevare che non può esser effettuato un giudizio ai sensi dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea – rispetto della vita privata e della vita familiare – in quanto la questione esorbita dalla decisione quadro che non contiene disposizioni sulle forme e pene come conseguenza degli illeciti penali. Giustifica, d'altro canto, l'impossibilità per la vittima di influire sulla sanzione in base all'assunto per cui il diritto penale non è volto a proteggere i soli interessi della persona offesa, come dalla stessa interpretati, ma anche quelli della collettività.

Il bilanciamento richiesto dal giudice interno è stato fornito dalla Corte e.d.u., il 9 giugno 2009, *Req. n. 33401/02*. Il caso *Opuz* mostra tutta la sua significatività in ambito processuale laddove viene comminata una condanna a carico della Turchia per mancata protezione della vita di una delle donne vittime di violenza familiare nonostante il ritiro della querela da parte dell'offesa. Anche in Turchia, così come in Italia, la mancanza di una condizione di procedibilità implica la chiusura del processo. Statuendo sulla richiesta arrivata a Strasburgo dopo la morte di una delle due vittime di violenza, la Corte e.d.u. rileva che il diritto interno non protegge in maniera effettiva l'incolumità della vittima (come richiesto dalla Raccomandazione (2002)5 del Consiglio d'Europa): l'ordinamento turco non prevede strumenti che permettano agli organi giudiziari di continuare l'azione penale anche in presenza del ritiro della condizione di procedibilità. Essa indica, altresì, i criteri in base ai quali l'azione penale dovrebbe procedere *ex officio* sottolineando, in particolar modo, la doverosità di porre attenzione al comportamento complessivo dell'aggressore (come la recidività), le modalità della persecuzione (es: uso di armi) nonché la gravità del reato. Quanto sopra riportato, unito al fatto che le

autorità non hanno adottato misure di protezione idonee a fronte di circostanze di fatto che facevano apparire come prevedibile la sorte nefasta, comporta la violazione dell'obbligo di proteggere la vita (le autorità interne erano state poste a conoscenza dei numerosi atti di violenza, di minacce e di intimidazioni che avevano determinato il ritiro delle querele). La Corte e.d.u., in sintesi, stima preminente la tutela della vittima persino laddove la protezione debba esplicarsi contro una sua "apparente" riluttanza al procedimento penale: di fatto la ricorrente sopravvissuta alle violenze, afferma che le querele erano state ritirate sotto minaccia dell'aggressore. I giudici dei diritti dell'uomo sanciscono che le violenze domestiche non possono considerarsi come faccende private, pena la violazione dell'obbligo positivo di garantire ai ricorrenti il rispetto effettivo dei loro diritti (si veda Corte e.d.u., 12 giugno 2008, *Req. n. 71127/01, Bevacqua e S. c. Bulgaria*, § 83) e che un'ingerenza delle autorità nella vita privata o familiare può rilevarsi necessaria alla protezione della salute o dei diritti di terzi nonché alla prevenzione delle infrazioni penali in certe circostanze (Corte e.d.u., 17 febbraio 2005, *Req. nn. 42758/98 e n.45558/99, A. e A.D. c. Belgio*, § 81). Il verdetto è inequivocabile: se le autorità vengono informate dei fatti di violenza, esse non possono invocare il comportamento della vittima per giustificare la mancanza di adozione di misure volte a prevenire la materializzazione delle minacce all'integrità fisica formulate dall'aggressione. Data la rilevanza che assumono le condizioni fattuali davanti alla Corte e.d.u., se nell'ordinamento spagnolo risultano ancor più legittime le incertezze interpretative circa l'eccesso di tutela della persona offesa, altrettanto non può dirsi del diritto italiano. Quest'ultimo, difatti, non solo non prevede un'effettiva partecipazione al procedimento della persona offesa, posto che essa non può chiedere al giudice di adottare misure cautelari o di sicurezza, ma fissa per i reati di vio-

lenza la procedibilità d'ufficio in ipotesi che la Corte e.d.u. considererebbe al di là del limite del livello di guardia; in questa prospettiva, si pensi che la sentenza *Opuz* valuta in senso negativo una norma che prevede la procedibilità *ex officio* solo quando la donna riporta come conseguenza dell'atto violento un periodo di inidoneità al lavoro superiore a 10 giorni.

Alla luce di quanto sopra, il recente d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (legislazione che ha introdotto – per quanto qui rileva – il reato di *stalking* nonché gli art 282 bis e s.s. c.p.p.) sembrerebbe l'ennesima occasione mancata per garantire alla vittima un'effettiva protezione, così come intesa a livello europeo.

Con un rinnovato interesse, dettato dall'intensificarsi del dialogo tra le due Corti europee, deve leggersi la sentenza dei giudici del Lussemburgo n. 379/10 del 24 novembre 2011, la quale, pur afferente al campo civilistico, non può non interessare gli operatori penali.

La presente decisione, sulla responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazione del diritto comunitario imputabile all'organo giurisdizionale, costituisce un'evoluzione naturale della giurisprudenza europea (C. giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, e, con l'Italia quale convenuta pronuncia del 13 giugno 2006, C-173/03). A differenza di quel che accadeva nei casi precedenti, la decisione del 24 novembre scorso trae origine da un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione Europea il 29 luglio 2010 (ai sensi dell'art 258 TFUE), causa l'immutato quadro normativo e/o giurisprudenziale italiano. Il tema, difatti, rimane il medesimo della sentenza Traghetti (C. giust. UE, 13 giugno 2006, C-173/03): la difformità della normativa interna sulla responsabilità civile del magistrati (l. 13 aprile 1988, n. 117, in particolare, artt. 1, 2, 3) con il diritto europeo, ov-

vero con l'interpretazione datane dalla Corte dell'Unione europea.

In base ai principi di effettività dei diritti e della responsabilità unitaria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, la Commissione sottolinea i seguenti profili di criticità:

a) escludere la responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli da violazione del diritto dell'Unione imputabile agli organi giurisdizionali di ultima istanza - violazione derivante da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuata dall'organo giurisdizionale medesimo - determina una nicchia di impunità per chi esercita attività giurisdizionale;

b) in casi diversi dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove, il limitare la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado ai soli casi di dolo, diniego di giustizia o colpa grave comporta una restrizione della punibilità non legittimata dal diritto comunitario. Difatti, a prevedere la responsabilità dello Stato solo quando il giudice commette una manifesta violazione del vigente diritto dell'Unione (per i criteri determinanti tale violazione si veda C. giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, punti 52-56; C. giust. UE, 13 giugno 2006, C-173/03, punti 42-45), la norma italiana pone in essere un criterio più restrittivo di quanto previsto a livello europeo: i giudici nostrani interpretano la colpa grave come «violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo» (Cass. Civ., sez. III, 18 marzo 2008, n. 7272); così facendo la responsabilità dello Stato scatta solo in relazione a casi estremi.

La Corte di Giustizia accoglie il ricorso della Commissione e condanna l'Italia alle

spese. Per Lussemburgo, infatti, a fronte della provata fondatezza dei motivi del ricorso della Commissione, lo Stato italiano non ha adempiuto l'onere della prova collegato alle sue difese, incentrate sulla semplice limitazione della responsabilità – e non sulla esenzio-

ne della stessa –, nonché sulla possibilità per i giudici interni di interpretare il criterio della colpa grave in conformità al parametro della manifesta violazione (ciò che non rilevava, data l'assenza di qualsiasi pronuncia interna in tal senso).

Corte costituzionale

ALESSIA ESTER RICCI

La Corte costituzionale (ordinanza del 18 ottobre 2011, n. 289) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 c.p.p. sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 111, comma 2, Cost. dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Lecce, con ordinanza del 7 dicembre 2010, nella parte in cui non esclude l'applicabilità della disciplina ivi dettata nei casi «in cui sia stato accertato che lo stato mentale dell'imputato ne impedisce in modo permanente la cosciente partecipazione al procedimento».

Ne risulterebbero violati, infatti, gli artt. 3 e 111, comma 2, Cost. posto che - secondo il giudice rimettente - se la disciplina risulta «del tutto ragionevole allorché l'incapacità dell'imputato appaia temporanea e reversibile, si rivelerebbe, al contrario, irrazionale - e, dunque, lesiva dell'art. 3 Cost. - quando ci si trovi di fronte a impedimenti a carattere permanente e irreversibile, connessi a patologie croniche». In più, in simili evenienze, «la sospensione del procedimento - la quale, per sua natura, dovrebbe comportare una stasi solo temporanea delle attività processuali - sarebbe destinata, di fatto, a protrarsi "ad oltranza", per tutta la residua durata della vita dell'imputato, con conseguente compromissione anche del principio di ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111, comma 2, Cost.».

La Corte ritiene la questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza,

avendo il rimettente - nell'attuale fase del procedimento - già fatto applicazione della norma censurata; si rileva, infatti, che, nel caso in esame, il giudice *a quo* ha già proceduto alla verifica periodica (la seconda) sullo stato di mente dell'imputato tramite accertamento peritale e si trova, sulla base dei suoi esiti, a dover stabilire se l'ordinanza di sospensione del processo debba essere o meno revocata.

Nel giungere a tali conclusioni, la Corte non manca di rilevare che «una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale del solo art. 72 c.p.p. non solo non eliminerebbe, ma rischierebbe addirittura di aggravare l'ipotizzato *vulnus* del principio di ragionevole durata del processo: essa avrebbe, infatti, come unico effetto, quello di escludere l'obbligo degli ulteriori controlli periodici sullo stato di mente dell'imputato, dopo che sia stata disposta la sospensione del procedimento ai sensi del precedente art. 71, col risultato di lasciare il procedimento stesso in una condizione di stasi a tempo indefinito, senza la previsione di alcuno strumento per riattivarne eventualmente il corso».

La Corte costituzionale (ordinanza 4 novembre 2011, n. 290) dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 493, comma 3, c.p.p., sollevata, in riferimento agli articoli 3, 24, comma 2, e 111 Cost., dal Tribunale di Como, sezione distaccata di Menaggio, con ordinanza del 12 gen-

naio 2011, «là dove non prevede – in caso di consenso all’acquisizione di tutti gli atti del fascicolo del pubblico ministero – la diminuzione della pena stabilita dall’art. 442, comma 2, del codice di procedura penale».

Preliminarmente, il giudice *a quo* pone in rilievo come il giudizio abbreviato sia un “rito premiale” poiché, in caso di condanna, la pena è diminuita di un terzo, e «ciò in virtù della semplificazione processuale che consente di pervenire alla decisione, senza alcuna attività probatoria dibattimentale», ed osserva come il medesimo “risparmio processuale” si realizzi anche nell’ipotesi in esame ed in tutte le ipotesi in cui il difensore, a norma dell’art. 493, comma 3, c.p.p., consenta all’acquisizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, senza, però, conseguire la medesima diminuzione di pena.

Pertanto, ad avviso del giudice rimettente, «la norma censurata si pone in contrasto con l’art. 3 Cost., in quanto a parità di semplificazione processuale si determina un’evidente disparità di trattamento tra le due identiche situazioni; inoltre, la norma impugnata violerebbe (...) gli artt. 24, comma 1, e 111 Cost., sotto il profilo della violazione del diritto di difesa, del principio del giusto processo e della ragionevole durata dello stesso, in quanto l’assenza di qualsiasi premialità a parità di condizioni (decisione allo stato degli atti) rende il procedimento non giusto e, più in generale, non incentiva il difensore ad optare per un rito semplificato (decisione allo stato degli atti) più agevole per l’amministrazione della giustizia e più favorevole per l’imputato in caso di condanna».

Le prospettate censure sono disattese dai giudici costituzionali con un iter argomentativo che muove dai consolidati insegnamenti in tema di conformazione degli istituti processuali secondo cui il legislatore gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della irragionevolezza delle scelte compiute (*ex multis*: C. cost., sent., 10 febbraio 2010, n. 50; C. cost.,

sent., 21 giugno 2010, n. 229;; C. cost., sent., 11 giugno 2008, n. 221; C. cost., ord., 4 maggio 2009, n. 134).

Conseguentemente, la Corte afferma che il legislatore, attraverso la disposizione censurata e quella di cui all’art. 442, comma 2 c.p.p., invocata quale *tertium comparationis*, ha disciplinato in modo differente situazioni processuali eterogenee, quali sono il rito del giudizio abbreviato e l’istituto della acquisizione della prova su accordo delle parti.

Con specifico riferimento alla differenza di disciplina tra i due istituti, in C. cost., ord. 4 giugno 2001, n. 182 già si affermava che «non sussiste la violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., per irragionevole disparità di disciplina del meccanismo processuale oggetto della censura rispetto ai presupposti di accesso ed agli effetti della disciplina del rito abbreviato; che, infatti, i due istituti processuali posti a raffronto – rito abbreviato ed accordo sulla prova – risultano assolutamente disomogenei e non assimilabili, posto che gli accordi che possono intervenire tra le parti in ordine alla formazione del fascicolo per il dibattimento non escludono affatto il diritto di ciascuna di esse ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova, secondo l’ordinario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale; ciò a differenza di quanto avviene per il rito abbreviato, la cui peculiarità consiste proprio nel fatto di essere un modello alternativo al dibattimento che – oltre a fondarsi sull’intero materiale raccolto nel corso delle indagini, a prescindere da qualsiasi meccanismo di tipo pattizio – consente una limitata acquisizione di elementi integrativi, che lo configurano quale rito a “prova contratta”».

Alla stregua di tali considerazioni, i giudici costituzionali ribadiscono come non sia riscontrabile la lamentata disparità di trattamento tra la disciplina di cui all’art. 493, comma 3, c.p.p. e quella prevista per il giudizio abbreviato, con riferimento all’assenza, nel

primo caso, della riduzione di un terzo della pena, trattandosi di due istituti disomogenei e non assimilabili.

Peraltro la Corte ha in più occasioni sottolineato la differenza tra il rito abbreviato ed il rito ordinario (nel cui ambito trova applicazione l'istituto di cui all'art. 493, comma 3, c.p.p.), evidenziando che il richiamo al diverso regime previsto per il giudizio abbreviato è da ritenersi improprio al fine di fondare su di esso un pertinente termine di raffronto, in quanto la natura di procedimento speciale, che lo caratterizza, lo rende disomogeneo rispetto al rito ordinario e, quindi, non comparabile (*ex multis*: C. cost., sent., 22 giugno 2009, n. 184, C. cost., ord., 21 marzo 2005, n. 125 e C. cost., ord. 12 luglio 2001, n. 326).

Parimenti, non può ritenersi sussistente, secondo la Corte, la violazione, «peraltro evocata in termini del tutto generici, degli artt. 24

e 111 Cost., non derivando, infatti, dalla disposizione censurata alcuna “compressione” dell'esercizio del diritto di difesa, dal momento che l'assenza di previsione della riduzione di pena, non impedisce che l'imputato possa esercitare detto diritto con pienezza di garanzie nel corso del dibattimento».

Infine, la disposizione in esame non è stata ritenuta lesiva delle regole del giusto processo, né del principio della ragionevole durata del processo, dal momento che «il rilievo per cui l'assenza della riduzione della pena non indurrebbe il difensore e/o l'imputato a prestare il consenso affinché gli atti del fascicolo del pubblico ministero confluiscono in quello del dibattimento, così determinando una maggiore durata del processo, è un mero accadimento di fatto, ricollegato ad una scelta processuale, che non comporta, per ciò solo, una durata non ragionevole del processo».

Sezioni Unite

ANTONIO PAGLIANO

Con sentenza del 7 novembre 2011, n. 40288, le Sezioni Unite, investite della questione relativa alla ricorribilità della sentenza di cui all'art. 444 c.p.p. limitatamente alla parte relativa alla condanna al pagamento delle spese di parte civile quando nulla sia stato eccepito sulla relativa richiesta nell'ambito della udienza di discussione, hanno condivisibilmente riconosciuto la sussistenza di tale diritto, in particolare modo per quanto concernente l'entità della somma liquidata e della relativa motivazione fornita dal giudice precedente, evidenziando infatti che su questi grava pur sempre l'obbligo di formulare una corretta motivazione sulle singole voci liquidate.

La decisione in parola, preso atto di un effettivo contrasto di orientamenti fra quelle decisioni che si erano manifestate inclini al riconoscimento di tale diritto ed altre che, al contrario, ritenevano che la pronuncia sulle statuizioni in favore della parte civile contenute nella sentenza di patteggiamento viene necessariamente, seppur implicitamente, a far parte di un atto plurilaterale, quindi intangibile da chi vi ha partecipato e ciò ancor di più in assenza di precisa osservazione sul punto formulata in udienza da parte del procuratore speciale dell'imputato, osserva come in realtà il dato normativo di riferimento, vale a dire il comma 2 del novellato art. 444 c.p.p., circoscrive chiaramente la natura ed i contenuti tipici del c.d. patteggiamento sulla pena unicamente in relazione agli aspetti penalistici-sanzio-

natori, lasciando strutturalmente estranea all'accordo fra pubblico ministero e imputato proprio la parte civile, i cui interessi non possono in nessun caso ritenersi comunque filtrati nell'accordo attraverso l'organo pubblico dell'accusa, neppure sotto il limitato profilo della richiesta di ristoro delle spese sostenute. Allo stesso modo, afferma il Supremo Collegio, non appare possibile ipotizzare che, parallelamente all'accordo principale fra pubblico ministero e imputato, si possa considerare perfezionato implicitamente un patto autonomo fra imputato e danneggiato.

Ciò posto, si è allora precisato che la domanda della parte civile di rifusione delle spese sostenute nel processo definito ai sensi dell'art. 444 c.p.p., pur essendo tale istituto espressione della c.d. giustizia contratta, esula dall'accordo intercorrente fra pubblico ministero e imputato, dovendo invece formare oggetto di una decisione che si connota per la sua autonomia e per l'ampiezza dello spazio decisorio attribuito al giudice, il quale potrebbe rigettarla ovvero accordarla anche in assenza della produzione della relativa nota. Proprio per tali ragioni, precisano infine le Sezioni Unite, non può ipotizzarsi un onere di contestazione gravante sull'imputato come condizione necessaria per la successiva presentazione del ricorso, mentre sussiste il precipuo dovere da parte del giudice di fornire, nell'ambito dell'esercizio del suo potere discrezionale, un'adeguata motivazione sulle

singole voci riferibili all'attività prestata dal difensore della parte civile così come liquidate, tenuto sempre conto dell'importanza del-

le questioni trattate e del loro numero, avuto riguardo ai liti massimi e minimi fissati dalle tariffe forensi.

Rigidi e chiari i criteri per ammettere la lettura di dichiarazioni rese dal testimone residente all'estero

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 luglio 2011, n. 27918 - Pres. Fazzioli; Rel. Franco.

Affinché, ai sensi dell'art. 512-bis cod. proc. pen., possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è, tra l'altro, necessario: a) che vi sia stata una effettiva e valida notificazione della citazione del teste, secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia verificata mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche; b) che l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta ed oggettiva, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo né in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; c) che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista» del tipo di quella prevista dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

E' conforme al sistema, un criterio valutativo secondo cui le dichiarazioni acquisite in dibattimento devono essere valutate (non da sole ma) congiuntamente ad altri elementi di riscontro quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante, considerando che l'assenza del controesame abbassa fortemente il grado di attendibilità della prova rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato.

[omissis]

Considerato in diritto

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: «Se l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale, richiesta per l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti, consista o meno nella totale e definitiva impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante».

2. In via preliminare, devono però essere verificate le attività processuali svolte prima che fosse disposta la lettura delle dichiarazioni rese dalla persona offesa alla polizia giudiziaria. Il ricorrente, invero, ha dedotto un *error in procedendo*, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c) cod. proc. pen., con la conseguenza che questa Corte è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può accedere all'esame diretto degli atti processuali.

Ora, dall'esame degli atti risulta, tra l'altro: - che la persona offesa, di nazionalità danese, presentò denuncia-querela orale al commissariato di polizia di Taormina il 22.10.1998, esponendo che il giorno precedente, nel corso di una visita turistica ad un monumento pubblico, aveva subito attenzioni sessuali ad opera del custode dello stesso; - che la denuncia era stata raccolta dall'ispettore di polizia coadiuvato da un collega interprete di lingua inglese; - che la querelante aveva indicato la sua residenza in Copenhagen.

Quanto alla citazione della persona offesa nel giudizio di primo grado, risulta: - che il 15.7.2003 il Tribunale dispose la sua citazione, ai sensi dell'art. 727 cod. proc. pen., per l'udienza del 26.2.2004 e quindi, il 5.8.2003, inoltrò al Ministero della giustizia richiesta di notifica all'estero; - che il Ministero, con nota 26.8.2003, evidenziò che mancava la documentazione necessaria e che, peraltro, sulla base della Convenzione di applicazione per l'accordo di Schengen, l'autorità giudiziaria italiana poteva (previa traduzione) inviare gli atti del procedimento direttamente a mezzo posta (con raccomandata AR) alla persona residente in Danimarca, ai fini della notificazione (art. 52); - che il 18.9.2003, il Tribunale dispose la notifica dell'avviso ex art. 477 cod. proc. pen. e del verbale di udienza (tradotti in danese), con raccomandata AR, direttamente alla Andersen nell'indirizzo indicato in querela; - che il plico ritornò con l'annotazione «*inconnu*», tradotta dall'interprete in «sconosciuta all'indirizzo»; - che il 12.5.2005 il Tribunale dispose una nuova citazione per l'udienza del 27.10.2005, sia con notificazione allo stesso indirizzo sia per mezzo del Ministero della giustizia; - che il plico ritornò con l'annotazione «*non réclamé*», mentre la raccomandata inviata tramite il Ministero ritornò con l'annotazione «*retour Italie*»; - che il Tribunale dispose una ulteriore citazione per l'udienza del 10.3.2006 sempre con notificazione diretta al medesimo indirizzo; - che questo plico ritornò con la dicitura sulla busta «*retour INC*» e l'annotazione sul retro «*inconnu*»; - che all'udienza del 10.3.2006 furono ammesse le prove e sentiti l'ispettore di polizia e l'interprete del commissariato che avevano ricevuto la querela; - che quindi il Tribunale dichiarò che la persona offesa era stata regolarmente citata e, su richiesta del P.m. e con l'opposizione della difesa, dispose l'acquisizione della querela anche ai sensi dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen.

Sul punto la sentenza di primo grado ha affermato che «almeno in relazione all'udienza del 27 ottobre 2005, la citazione della cittadina straniera, residente in Copenhagen, è formalmente regolare» perché risultava che la destinataria, pur avvisata, non si era recata nell'ufficio postale per ritirare il plico, il quale infatti era tornato con la l'annotazione «*non réclamé*», aggiungendo che «tale atteggiamento conferma la intuibile e comprensibile, per molteplici motivi, anche economici assoluta mancanza della volontà e della possibilità di una turista danese di tornare in Italia solo per rendere testimonianza. Peraltro per un fatto che sa già di aver diffusamente a suo tempo rappresentato e per il quale ormai non ha istanze ulteriori e diverse da rivolgere alla autorità giudiziaria italiana».

La Corte d'appello ha confermato la decisione osservando che le modalità di legge per la citazione della teste all'estero erano state osservate; che invero risultava il rifiuto dell'avviso da parte del destinatario; che era quindi possibile applicare l'art. 512-*bis* cod. proc. pen.

3. Ciò posto, deve ricordarsi che il testo vigente dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen. – concernente le dichiarazioni predibattimentali rese da persona residente all'estero – è stato introdotto

dall'art. 43 della legge 16 dicembre 1999, n. 479, al fine di adeguare la disposizione al nuovo testo dell'art. 111 Cost. adottato con la legge costituzionale n. 2 del 1999, già approvata anche se non ancora entrata in vigore.

Il testo originario dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen. era stato a sua volta introdotto dall'art. 8 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nell'ambito della c.d. legislazione emergenziale, ed attribuiva al giudice il potere di disporre a richiesta di parte, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, la lettura dei verbali di dichiarazioni rese dal cittadino straniero residente all'estero in tutti i casi in cui questi non era stato citato ovvero essendo stato citato non era comparso.

Presupposto applicativo della disposizione e quindi della legittimità delle letture era, pertanto, l'assenza del teste, o per mancata comparizione a seguito della sua citazione o anche per omissione della stessa citazione (come ritenuto dalla giurisprudenza prevalente, anche se non da tutti condivisa). Di conseguenza, la lettura dell'atto era ancorata esclusivamente al dato oggettivo della mancata comparizione ovvero della omessa citazione, indipendentemente dalla sussistenza di una effettiva impossibilità di ottenere la presenza del soggetto in giudizio e *a fortiori* dalla sua sindacabilità in sede dibattimentale, nel pieno del contraddittorio. La *ratio* era quella di evitare la dispersione di elementi probatori ogni qualvolta uno straniero avesse lasciato il territorio nazionale dopo aver reso dichiarazioni alle autorità inquirenti italiane.

E' opinione diffusa che tale disciplina, soprattutto nell'ipotesi di omessa citazione, poteva di fatto risolversi in un comodo espediente per ottenere la lettura degli atti senza contraddittorio, introducendo una vera e propria presunzione di irripetibilità dell'atto. Spesso la lettura dell'atto non dipendeva da difficoltà oggettive e l'unico filtro era rappresentato dal parametro incerto ed indefinito del rapporto con il materiale probatorio acquisito («tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti»). In buona sostanza, la previgente formulazione della disposizione aveva consentito di interpretarla in modo tale da permettere di derogare al principio dell'oralità per non disperdere, al dibattimento, attività di indagine e per soddisfare esigenze di economia processuale. Il vecchio testo dell'art. 512-*bis* era infatti indicato dalla giurisprudenza come espressione di un bilanciamento tra principio di oralità e principio di non dispersione dei mezzi di prova.

Poiché l'omessa citazione poteva essere finalizzata a sottrarre il teste al contraddittorio, con possibilità di proliferazione di abusi e di irripetibilità strumentali, in dottrina alcuni avevano parlato di «una sorta di espediente utile per accelerare i tempi processuali ed evitare complicate ricerche all'estero, con totale sacrificio della posizione dell'imputato»; altri di «norma indecorosa»; altri ancora di norma «concepita in una cornice socio-istituzionale ... d'emergenza», la cui *ratio* era quella di «un significativo risparmio di energie processuali affrancando, sic et simpliciter, le dichiarazioni rilasciate da tale soggetto durante l'attività investigativa da qualsivoglia verifica dibattimentale».

4. La vecchia disposizione era dunque generalmente ritenuta incompatibile con il nuovo testo dell'art. 111 Cost., il quale con il comma terzo enuncia il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale sia quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti sia quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, prevedendo al comma quinto una serie limitata e tassativa di specifiche eccezioni (consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva, provata condotta illecita).

E può anche ricordarsi che il previgente testo dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen., era ritenuto incompatibile, ancor prima che con il nuovo testo dell'art. 111 Cost., anche con i principi della

CEDU; e che la modifica dell'art. 111 Cost. era stata dal legislatore di revisione costituzionale ritenuta necessaria proprio per adeguare il nostro ordinamento ai principi convenzionali anche a livello costituzionale.

Il nuovo testo dell'art. 512-*bis* prevede ora che «Il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale se essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale».

Sono chiare le finalità perseguite dalla legge n. 479 del 1999: armonizzare la disciplina delle letture col metodo dialettico di formazione della prova imposto dal novellato art. 111 Cost.; garantire i principi del contraddittorio nell'acquisizione della prova, anche se ciò può comportare un allungamento dei tempi del processo per la necessità di ulteriori accertamenti volti a verificare l'eventuale effettiva assoluta impossibilità di procedere all'esame dibattimentale; conformare l'ordinamento interno agli obblighi internazionali. La nuova formulazione dell'art. 512-*bis*, pertanto, se da un lato, ne ha esteso l'ambito di applicazione modificando la qualifica soggettiva della fonte di prova, che ora non è più il cittadino straniero ma qualsiasi persona residente all'estero, senza distinguere sulla nazionalità, da un altro lato, ne ha però drasticamente ridotto la portata derogatoria rispetto al principio della formazione della prova in dibattimento.

Secondo la nuova disposizione, per poter recuperare a fini probatori le dichiarazioni pregresse non è più sufficiente la mancata comparizione o, addirittura, la mancata citazione, ma occorre che la parte richiedente abbia regolarmente citato la persona residente all'estero e, qualora questa non si sia presentata, occorre, altresì, che sia accertata l'assoluta impossibilità di sottoporla ad esame dibattimentale. La nuova formulazione tende dunque a neutralizzare le così dette «irripetibilità di comodo» e si fonda principalmente sulla impossibilità di ripetizione delle dichiarazioni.

E' opportuno precisare subito che il nuovo testo dell'art. 512-*bis* assume i caratteri dell'eccezionalità e della residualità rispetto al principio generale posto dall'art. 111 Cost. del *favor* per l'assunzione della fonte dichiarativa nel contraddittorio delle parti e innanzi al giudice chiamato a decidere. Devono quindi essere interpretati restrittivamente e rigorosamente gli elementi da esso previsti ed ai quali è condizionata la sua applicazione (richiesta della parte interessata; facoltà del giudice con obbligo di motivare adeguatamente l'accoglimento o il rigetto della richiesta; decisione tenendo conto degli altri elementi di prova acquisiti; possibilità di lettura delle sole dichiarazioni documentate con un verbale ed assunte anche a seguito di rogatoria internazionale; effettiva residenza all'estero della persona, italiana o straniera; effettiva e valida citazione del teste e mancata comparizione dello stesso; assoluta impossibilità del suo esame dibattimentale).

Di tali elementi, nel presente giudizio ne vengono in rilievo essenzialmente due: quello della mancata comparizione del teste nonostante la sua effettiva regolare citazione e quello dell'adempimento dell'onere, gravante sulla parte interessata, di provare l'assoluta impossibilità dell'escussione dibattimentale.

Va ricordato che l'art. 512-*bis* cod. proc. pen., derogando ai principi di oralità e del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost., è norma eccezionale, di interpretazione restrittiva, che deve essere applicata dal giudice di merito rigorosamente, previa attento vaglio e disamina dei presupposti che la legge richiede per la sua operatività. Il giudice, quindi, ove occorra, deve farsi

carico degli adempimenti necessari a legittimarne l'applicazione e deve fornire adeguata e congrua motivazione della sussistenza dei presupposti per la sua operatività (cfr. Sez. 2, sent. n. 8565 del 01/06/1999, Lanzalonga, Rv. 213849).

5. La prima condizione di applicabilità della norma che viene in rilievo nel presente giudizio è quella di una corretta, effettiva e valida citazione. E' evidente che l'accertamento della mancata comparizione del teste e della assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale richiede logicamente la preliminare verifica del buon esito della citazione. Non potrebbe, invero, parlarsi di mancata comparizione se non si è certi che la citazione sia validamente ed effettivamente avvenuta. Del resto, la citazione andata a buon fine è uno degli elementi maggiormente significativi della disciplina posta dal nuovo testo dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen., esprimendo la chiara volontà del legislatore di superare la norma precedente, che si applicava a tutti i casi di mancata comparizione in dibattimento del testimone straniero, anche in assenza di citazione. Il requisito dell'assenza del teste residente all'estero è invece ora acclarabile solo se egli sia stato correttamente citato, senza tralasciare – ove occorra – le forme della rogatoria internazionale.

Sul punto della verifica del presupposto di una effettiva e valida citazione, la giurisprudenza di questa Corte ha giustamente elaborato una linea di sicuro rigore. Già con riferimento al precedente testo dell'art. 512-*bis* si era affermato il principio che erano inutilizzabili le dichiarazioni rese al pubblico ministero da cittadini stranieri non comparsi senza che fosse stato esperito alcun accertamento sulla circostanza di fatto del luogo della loro residenza, tanto più che la disposizione non può essere applicata al cittadino straniero domiciliato in Italia (Sez. 2, sent. n. 8565 del 01/06/1999, Lanzalonga, cit.; Sez. 3, sent. n. 2470 del 01/12/1999, Massi, Rv. 215530). Con riferimento al nuovo testo, è stato esattamente affermato che l'accertamento della impossibilità di «natura oggettiva» di assunzione dei dichiaranti residenti all'estero presuppone una rigorosa verifica della regolare citazione all'estero delle persone e il controllo di un eventuale stato di detenzione e, in tal caso, l'attivazione delle procedure stabilite per ottenere la traduzione temporanea in Italia di dichiaranti detenuti o la loro assunzione mediante rogatoria con le garanzie del contraddittorio (Sez. 6, sent. n. 28845 del 12/04/2002, Daneluzzi, Rv. 222743).

La deroga al principio costituzionale della formazione della prova nel contraddittorio richiede pertanto che la persona sia effettivamente residente all'estero; che sia stata citata; e che tale citazione sia avvenuta nelle forme inderogabilmente prescritte dalla legge, non potendo aversi incertezza in ordine alla verifica rigorosa della sussistenza dei presupposti della deroga, collegata all'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale di un soggetto che abbia avuto conoscenza legale dell'obbligo di presentarsi al processo. In particolare, le modalità di legge per la citazione del teste all'estero sono quelle previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali (Sez. 6, sent. n. 9964 del 04/02/2003, Benedetti, Rv. 224710), senza alcuna possibilità di equipollenti affidati alla libertà di forma ed all'iniziativa del singolo ufficio giudiziario in riferimento a problemi contingenti ed asseritamente dovuti a difficoltà organizzative (cfr. Sez. 2, sent. n. 41260 del 14/12/2006, Nicodemo, Rv. 235388, in un caso in cui la citazione del teste all'estero era stata effettuata ai sensi dell'art. 149 cod. proc. pen. solo telefonicamente a mezzo di interprete, non essendo stato l'ufficio postale in grado di trasmettere il telegramma di conferma redatto in caratteri cirillici).

In conclusione, la mancata comparizione del testimone residente all'estero è comportamento che può conseguire solo ad una citazione andata a buon fine, il che presuppone che egli sia stato correttamente citato, nelle forme dettate dalla peculiarità del caso, ivi comprese quelle della rogatoria internazionale. Presuppone altresì, nel caso in cui la notificazione non sia stata

effettuata perché il teste non è stato trovato all'indirizzo indicato (come nel caso di specie, in cui due volte su tre è risultato sconosciuto in detto indirizzo), che siano compiuti tutti quegli accertamenti necessari e opportuni per potere individuarne l'attuale domicilio. E difatti, il rispetto dell'art. 111 Cost., oltre che dell'art. 6 della CEDU, esige che l'irreperibilità di un soggetto non possa essere ritenuta solo sulla base di una verifica burocratica o di «routine», che prenda semplicemente atto del difetto di notificazione o che si limiti alle risultanze anagrafiche, ma debba conseguire ad un rigoroso accertamento che abbia comportato l'adempimento, da parte del giudice, dell'obbligo di fare tutto quanto in suo potere per reperire il dichiarante (Sez. Un., sent. n. 36747 del 28/05/2003, Torcasio; Sez. 6, sent. n. 18150 del 19/02/2003, Bianchi, Rv. 225250; Sez. 2, sent. n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri; Sez. 3, sent. n. 25979 del 23/04/2009, Remling, Rv. 243956; Sez. 2, sent. n. 22358 del 27/05/2010, Spinella, Rv. 247434). L'art. 111, comma quinto, Cost., evidenzia la necessità che l'impossibilità oggettiva sia «accertata», e quindi fa chiaro riferimento ad un'attività di verifica e controllo del giudice complessa, articolata e argomentata, il che impone di verificare tutte le possibilità di cui si dispone per assicurare la presenza della fonte di prova, con la conseguenza che non possono essere ritenuti sufficienti il difetto di notificazione o le risultanze anagrafiche, ma occorrono rigorose ed accurate ricerche, anche in campo internazionale, tali da consentire, nel caso concreto, di affermare con certezza l'irreperibilità del teste e, quindi, l'«impossibilità» del suo esame in contraddittorio (Sez. 2, sent. n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri, cit.). Anche per il testimone residente all'estero, del resto, può trovare applicazione, se non altro in via analogica, la regola sancita dall'art. 169, comma 4, cod. proc. pen. per il caso di notificazioni all'imputato, secondo la quale, se risulta che questi risiede o dimora all'estero, «il giudice o il pubblico ministero, prima di pronunciare decreto di irreperibilità, dispone le ricerche anche fuori del territorio dello Stato nei limiti consentiti dalle convenzioni internazionali».

Si tratta, del resto, di interpretazione conforme anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha affermato che, ai fini dell'art. 6, comma 3, lett. d), della CEDU l'autorità giudiziaria deve porre in essere procedure ragionevoli per tentare di identificare la residenza di un testimone importante che l'accusato non aveva potuto interrogare (sentenze 08/06/2006, Bonev c. Bulgaria; 09/01/2007, Gossa c. Polonia; 24/02/2009, Tarau c. Romania).

D'altra parte, a ben vedere, se si applica davvero la regola che devono essere effettuate accuratamente tutte le verifiche possibili, anche in campo internazionale, per individuare il teste, l'irreperibilità di questi dovrebbe costituire un evento poco frequente, considerati gli attuali strumenti di indagine ed i doveri di segnalazione e di iscrizione in registri vari. Nel caso in esame, pertanto, non si potrebbe certamente ritenere irreperibile la teste soltanto perché una ricevuta di raccomandata recava la scritta «*inconnu*» ed un'altra la scritta «*non réclamé*».

6. La lettura delle dichiarazioni rese dalla persona residente all'estero, citata e non comparsa, è poi consentita «solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale». Il quesito sottoposto a queste Sezioni Unite riguarda appunto specificamente i caratteri di questa assoluta impossibilità.

Secondo un primo e prevalente orientamento, la disposizione dell'art. 512-bis cod. proc. pen. deve essere interpretata alla luce di quella dell'art. 111, comma quinto, Cost. (che parla di «accertata impossibilità di natura oggettiva»), e dunque restrittivamente. L'impossibilità di comparire, pertanto, oltre ad essere «assoluta», deve avere natura oggettiva, e non soggettiva. Non può perciò dipendere esclusivamente da un elemento soggettivo, quale la volontà del teste di non realizzare il contraddittorio (Sez. 2, sent. n. 41260 del 14/11/2006, Nicodemo, cit.); e tanto

meno può consistere in mere circostanze di ordine pratico, quali la constatazione di difficoltà logistiche, di spese elevate, di intralci burocratici. Queste situazioni, connesse alle procedure volte ad ottenere la ripetizione delle risultanze investigative in giudizio, non autorizzano di per sé la deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova (Sez. 3, sent. n. 12940 del 08/03/2006, Bosceanu, Rv. 234637; Sez. 3, n. 25979 del 23/04/2009, Remling, Rv. 243956).

Secondo questo indirizzo, quindi, l'impossibilità, dovendo essere oggettiva ed assoluta, presuppone che il giudice abbia praticato ogni possibile tentativo di superare l'ostacolo che si frappone all'ordinaria formazione dialettica della prova, e che in particolare abbia verificato la possibilità di assumere la testimonianza mediante rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista», con garanzie simili a quelle del sistema accusatorio. Soltanto quando ciò non sia stato possibile per ragioni di natura obiettiva, potrà ritenersi presente una assoluta impossibilità di esame del teste in contraddittorio (in questo senso, Sez. 3, sent. n. 10199 del 22/11/2005, dep. 2006, Marku, Rv. 234561; Sez. 3, sent. n. 12940 del 08/03/2006, Bosceanu, Rv. 234637; Sez. 2, n. 41260 del 14/11/2006, Nicodemo, Rv. 235388; Sez. 3, sent. n. 25979 del 23/04/2009, Remling, Rv. 243956; Sez. 2, sent. n. 5101 del 17/12/2009, dep. 2010, Gentile, Rv. 246277).

7. L'altro, e minoritario, orientamento citato dall'ordinanza di rimessione ritiene invece che il richiamo alla assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale, «va inteso nel senso della concretezza e della ragionevolezza, non della totale e definitiva impossibilità materiale», di modo che la lettura dei verbali delle dichiarazioni anteriori rese da persona residente all'estero è consentita «quando appaia realisticamente impossibile ottenere in tempi ragionevoli la presenza del dichiarante in dibattimento, oppure quando non vi siano strumenti atti a vincere coattivamente la sua riluttanza a deporre» (Sez. 2, sent. n. 32845 del 21/06/2007, Lombardo, Rv. 237757, che, conseguentemente, ritenne sufficiente la rituale citazione della persona offesa e la sua non comparizione). Secondo questo orientamento – seguito nella specie dai giudici del merito – sarebbe quindi sufficiente che il teste sia stato citato e non sia comparso in dibattimento, dal momento che non esistono mezzi giuridici per ottenere l'accompagnamento del teste residente all'estero.

Va però osservato che in sede di legittimità il contrasto è inconsapevole, in quanto la decisione appena citata non dà atto del diverso e prevalente orientamento e quindi non indica le ragioni per le quali ritiene di disattenderlo. Sembra pertanto che in realtà si sia trattato di un mero richiamo alla (ormai superata) giurisprudenza formatasi sul previgente testo dell'art. 512-bis cod. proc. pen.

Il contrasto appare poi anche isolato perché non risulta che altre decisioni massimate abbiano ritenuto che, alla stregua del nuovo testo dell'art. 512-bis cod. proc. pen., per considerare accertata l'assoluta impossibilità dell'esame del teste residente all'estero sia sufficiente l'avvenuta regolare citazione e la mancata comparizione, senza necessità di ulteriore attivazione da parte del giudice. Questa tesi minoritaria, a ben vedere, non è stata seguita nemmeno dalle altre decisioni richiamate dalla ordinanza di rimessione, dal momento che alcune di esse si limitano a rilevare che nel caso preso in esame il teste non era stato regolarmente citato (Sez. 2, sent. n. 41260 del 14/12/2006, Nicodemo, cit.; Sez. 6, sent. n. 9964 del 4.2.2003, Benedetti, Rv. 224710), mentre altre sottolineano espressamente la necessità che si tratti di una impossibilità di natura oggettiva (Sez. 6, sent. n. 28845 del 12/04/2002, Daneluzzi, cit.).

8. Ritengono le Sezioni Unite che debba senz'altro essere confermato l'orientamento più restrittivo e prevalente, se non altro perché una diversa interpretazione, quale quella seguita dall'altro orientamento - al pari di ogni altra interpretazione troppo elastica sul requisito della

impossibilità oggettiva di assunzione diretta del dichiarante – si porrebbe in contrasto con i principi posti dall'art. 111 Cost.

Deve invero ricordarsi che la Corte costituzionale, subito dopo la modifica costituzionale, con la sentenza n. 440 del 2000, dette una prima definizione della portata e dell'estensione del principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale, osservando che il nuovo testo dell'art. 111 Cost. enuncia ora espressamente il principio sia nella sua dimensione oggettiva, ossia quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti – disponendo nella prima parte del quarto comma che «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» - sia anche nella sua dimensione soggettiva, ossia quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore – riconoscendo, nel terzo comma, alla persona accusata «la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico». La seconda parte del quarto comma puntualizza poi il principio dettando la regola secondo cui la «colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore»; mentre il quinto comma prevede che eccezionalmente, nei casi regolati dalla legge, «la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

Proprio alla luce del nuovo principio costituzionale, la citata sentenza n. 440 del 2000 ritenne non più sostenibile l'interpretazione dell'art. 512 cod. proc. pen. che era stata data dalla precedente sentenza n. 179 del 1994, la quale - in considerazione di un ritenuto principio di non dispersione dei mezzi di prova – aveva affermato che tra le circostanze imprevedibili, che rendono impossibile la ripetizione dell'atto, ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen., rientravano anche quelle che, pur se dipendenti dalla volontà del dichiarante, di fatto determinavano comunque l'impossibilità di procedere all'esame dibattimentale (come nel caso di dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da prossimi congiunti dell'imputato che in dibattimento si fossero poi avvalsi della facoltà di non deporre ai sensi dell'art. 199 cod. proc. pen.). Secondo la sentenza n. 440 del 2000, invece, tale conclusione (comprensione, tra le cause che determinano l'impossibilità di procedere all'esame, anche dei fatti dipendenti dalla volontà del dichiarante) è divenuta ora incompatibile con il nuovo testo costituzionale, ed in particolare sia col principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale sia «con la sfera di applicazione della specifica ipotesi di deroga al contraddittorio per accertata impossibilità di natura oggettiva» (art. 111, comma quinto, Cost.). La sentenza, quindi, anche alla luce del testuale riferimento, contenuto nel quarto comma, alle «dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio», affermò che il richiamo dell'art. 512 cod. proc. pen. «alla "impossibilità di natura oggettiva" non può che riferirsi a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, che di per sé rendono non ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza, a prescindere dall'atteggiamento soggettivo, così come d'altronde emerge dagli stessi lavori parlamentari». Pertanto, tra le cause di impossibilità di «natura oggettiva» non rientra l'esercizio della facoltà legittima di astenersi dal deporre, che è riconosciuta al prossimo congiunto attribuendo rilievo ad una sua manifestazione di volontà.

Gli stessi principi sono stati poi successivamente ribaditi dalla Corte costituzionale con la sent. n. 32 del 2002 e le ordd. n. 36 e 292 del 2002.

In particolare, la nozione di oggettiva impossibilità di ripetizione dell'atto dichiarativo è stata precisata con l'ord. n. 375 del 2001, che ha rilevato che essa potrebbe ricorrere, ad esem-

pio, nei casi di morte, irreperibilità, infermità che determina una totale amnesia del testimone e si differenzia dalla mera incapacità dedotta dal teste di richiamare alla memoria il contenuto dell'atto assunto durante le indagini preliminari.

Successivamente, la Corte ha anche meglio precisato il profilo oggettivo del contraddittorio – il «principio del contraddittorio nella formazione della prova» come metodo di accertamento dei fatti nel processo penale, enunciato dal comma quarto dell'art. 111 Cost. – rilevando che esso resta pur sempre correlato con quello soggettivo e costituisce anch'esso un aspetto del diritto di difesa, come risulta dal fatto che il successivo quinto comma, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato (sentenze n. 117 del 2007, n. 29 del 2009, n. 184 del 2009).

Queste precisazioni, però, non hanno intaccato il principio, sin dall'inizio enunciato dalla Corte costituzionale, che l'oggettiva impossibilità di ripetizione della dichiarazione deve comunque riferirsi a fatti indipendenti dalla volontà del testimone.

9. Nel nuovo quadro costituzionale, pertanto, non è più possibile collegare la lettura dibattimentale di atti non più ripetibili alla libera determinazione del dichiarante e non è più invocabile, nemmeno ai fini di un bilanciamento, il principio di non dispersione dei mezzi di prova, non più compatibile con il nuovo principio costituzionale del contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio. Nemmeno sembra più invocabile un principio di accertamento della verità reale (sul quale v. Sez. 3, sent. n. 8400 del 28/11/2006, Spezzani, Rv. 236562) perché le regole vigenti costituiscono esse stesse espressione di un principio assunto a regola costituzionale e costituiscono una garanzia per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita (Corte cost., ordinanze n. 36 e 292 del 2002; Sez. Un., sent. n. 36747 del 24/10/2003, Torcasio).

Le uniche deroghe al contraddittorio ora consentite sono quelle enucleate dall'art. 111, comma quinto, Cost. e sono evidentemente tassative e non suscettibili di una interpretazione estensiva. Ne consegue che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 512-bis cod. proc. pen. non può che ricondurre «l'assoluta impossibilità dell'esame» di cui esso parla alla «accertata impossibilità oggettiva», prevista quale deroga costituzionale al contraddittorio dall'art. 111, comma quinto, Cost., così come interpretata dalla Corte costituzionale.

Pertanto, l'assoluta impossibilità di ripetizione dell'esame non può consistere (come nella specie si è ritenuto) in una impossibilità, di tipo giuridico, rappresentata dalla mera circostanza che al giudice italiano non è consentito ordinare, ex art. 133 cod. proc. pen., l'accompagnamento coattivo di persona residente all'estero. Se così fosse, del resto, si vanificherebbe sostanzialmente il requisito, dal momento che una impossibilità giuridica di questo genere è sempre presente in tutte le ipotesi di testimone che risiede all'estero. D'altra parte, la sola impossibilità di ordinare l'accompagnamento coattivo non determina nemmeno una impossibilità giuridica assoluta, essendo praticabili, come si vedrà, altri strumenti, quali la rogatoria internazionale.

Poiché il richiamo costituzionale ad una impossibilità di natura oggettiva si riferisce a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, deve escludersi che l'impossibilità possa comunque dipendere esclusivamente dalla volontaria sottrazione del testimone al dibattimento, fatta ovviamente eccezione per l'ipotesi in cui la volontà di non presentarsi si sia determinata «per effetto di provata condotta illecita».

L'impossibilità, oltre che oggettiva, deve essere assoluta. Non può pertanto discendere, ad esempio, dalla constatazione di difficoltà logistiche, di spese elevate, di intralci burocratici, connessi alle procedure volte ad ottenere la ripetizione delle risultanze investigative in giudizio.

Nemmeno potrebbe integrare una impossibilità assoluta una precaria assenza del testimone dal suo domicilio, o una infermità provvisoria, o il caso in cui il teste, residente all'estero, pur non presentandosi, abbia comunicato la propria disponibilità a rendere l'esame in una data successiva.

In ogni caso, il giudice non può limitarsi a constatare la validità della citazione e la mancata presenza del testimone, ma, pur non potendone disporre l'accompagnamento, deve attivarsi per compiere non solo tutte le indagini occorrenti per localizzarlo, ma anche tutte le attività necessarie perché il teste stesso possa essere in qualche modo sottoposto ad un esame in contraddittorio tra le parti.

Allo specifico quesito posto dall'ordinanza di rimessione, deve dunque risponderci che fra queste attività che il giudice deve compiere vi è anche quella di disporre, ove sia possibile, una rogatoria internazionale così detta «concelebrata» o «mista» del teste residente all'estero, con garanzie simili a quelle del sistema accusatorio, conformemente del resto a quanto affermato dalla prevalente giurisprudenza dianzi ricordata. Difatti, poiché l'impossibilità di comparire deve essere, oltre che «oggettiva», anche «assoluta», essa richiede che il giudice abbia esplorato, senza successo, tutte le possibilità e tutti gli strumenti a sua disposizione per cercare di superare gli ostacoli e di pervenire alla formazione della prova in contraddittorio.

Ora, l'ordinamento italiano, nell'ipotesi di testimone residente all'estero, prevede appunto lo strumento della possibilità di assunzione della testimonianza o di altro atto istruttorio mediante rogatoria internazionale c.d. «concelebrata», secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, ratificata dall'Italia in data 23 agosto 1961 e resa esecutiva con l'art. 2 della legge 23 febbraio 1961, n. 215. Il suddetto art. 4 dispone che, se l'autorità richiedente lo domanda espressamente e l'autorità richiesta lo consente, l'autorità richiedente e le parti processuali possono assistere all'esecuzione della rogatoria. Pertanto, anche se è pur sempre l'autorità straniera richiesta a compiere l'atto istruttorio secondo le regole previste dalla legge locale, tuttavia l'autorità italiana richiedente, titolare del processo, e le parti dello stesso processo, possono essere ammesse secondo le convenzioni internazionali e la disponibilità della stessa autorità straniera, a formulare o suggerire domande secondo lo spirito del modello accusatorio.

Una conferma di questo risultato ermeneutico può trovarsi nel testo dell'art. 431 cod. proc. pen., come novellato dall'art. 26 legge n. 479 del 1999, il quale alle lettere *d*) ed *f*) dispone che sono inclusi nel fascicolo del dibattimento, e quindi sono suscettibili di essere letti *ex art.* 511 cod. proc. pen., non solo tutti i «documenti» acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale, ma anche i verbali degli «atti assunti» per rogatoria internazionale quando si tratti di atti non ripetibili o di atti ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana.

Si tratta di un normale strumento giuridico che l'ordinamento mette a disposizione del giudice, il quale quindi è tenuto ad utilizzarlo allorché si renda necessario sentire in contraddittorio il teste residente all'estero.

In conclusione, può ritenersi che, per rispettare il principio del contraddittorio nella formazione della prova fissato dall'art. 111, comma 4, Cost., è necessario e sufficiente che le parti abbiano avuto la possibilità di interloquire dialetticamente nell'assunzione della prova, anche se in concreto non l'abbiano esercitata. Per rispettare poi la deroga consentita dall'art. 111, comma quinto, Cost., è necessario che sia stata ritualmente, ma inutilmente, richiesta l'escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista» del tipo di quella

prevista dall'art. 4 della citata Convenzione, potendo in tal caso ritenersi verificata un'assoluta ed oggettiva impossibilità di procedere all'esame dibattimentale nel contraddittorio delle parti.

In altre parole, un'assoluta impossibilità di assumere la prova in contraddittorio si potrà verificare solo quando il giudice, dopo avere esperito tutte le opportune e necessarie attività dirette a localizzare il teste, lo abbia inutilmente citato a comparire ed abbia tentato, altrettanto inutilmente, di fare assumere la prova per rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista», senza raggiungere lo scopo per ragioni a lui non imputabili e insuperabili, ad esempio per la mancanza di convenzioni di assistenza giudiziaria con lo Stato di residenza del teste (cfr., in questo senso, Sez. 3, sent. n. 10199 del 22/11/2005, dep. 2006, Marku, Rv. 234561; Sez. 3, sent. n. 12940 del 08/03/2006, Bosceanu, Rv. 234637; Sez. 2, sent. n. 41260 del 14/11/2006, Nicodemmo, Rv. 235388; Sez. 3, sent. n. 25979 del 23.4.2009, Remling, Rv. 243956; Sez. 2, sent. n. 5101 del 17.12.2009, dep. 2010, Gentile, Rv. 246277).

Una impossibilità assoluta ed oggettiva di esame in contraddittorio si potrà anche verificare nel caso di irreperibilità del soggetto residente all'estero (cfr. Corte cost., ord. n. 375 del 2001). Anche in questa ipotesi andrà applicata – sempre che il soggetto fosse effettivamente residente all'estero già al momento in cui rese le dichiarazioni della cui lettura si tratta – la disposizione dell'art. 512-bis cod. proc. pen., la quale detta appunto, per le «dichiarazioni rese da persona residente all'estero», una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella più generale posta dall'art. 512 cod. proc. pen. in ordine alla lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione. Con la conseguenza che non è necessario il requisito della imprevedibilità della sopravvenuta impossibilità di ripetizione, requisito richiesto dall'art. 512 ma non dall'art. 512-bis cod. proc. pen., stante la finalità della norma che riguarda soggetti che possono trovarsi anche per brevissimo tempo e di passaggio in Italia. Se invece il soggetto al momento della deposizione era anche di fatto residente in Italia, non vi sono ragioni per non applicare l'art. 512 e derogare alla necessità del requisito, altresì, della imprevedibilità.

10. In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto.

«Affinché, ai sensi dell'art. 512-bis cod. proc. pen., possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è, tra l'altro, necessario: a) che vi sia stata una effettiva e valida notificazione della citazione del teste, secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia verificata mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche; b) che l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta ed oggettiva, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo né in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; c) che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista» del tipo di quella prevista dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959».

11. L'ordinanza di remissione ha posto un quesito anche in relazione alla applicazione dell'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. ed all'elemento della volontà del dichiarante residente all'estero di sottrarsi all'esame dibattimentale.

Come è noto l'art. 111, comma quarto, seconda parte, Cost. dispone che «La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

In puntuale applicazione di questo principio costituzionale, il comma 1-*bis* dell'art. 526 cod. proc. pen. (aggiunto dall'art. 19 legge 1° marzo 2001, n. 63) dispone a sua volta che «La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore». Trattasi, come è evidente, di una disposizione riproduttiva della norma costituzionale.

Al fine di dare una corretta interpretazione della disposizione, è però indispensabile tenere anche presenti le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata il 4 novembre 1950 e resa esecutiva nel nostro ordinamento con legge 4 agosto 1955, n. 848, ed in particolare l'art. 6, comma 3, lett. *d*) - riprodotto pressoché identicamente nell'art. 14, comma 3, lett. *e*), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978 e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881 - il quale prevede che «ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico», sancendo il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore. Nella giurisprudenza della Corte EDU (sent. 6 maggio 1985, Bonish c. Austria) questa disposizione costituisce specificazione del principio di equità processuale ed espressione della disciplina concernente qualsiasi tipo di prova, sicché il diritto alla prova implica anche quello alla sua effettiva assunzione in contraddittorio.

In particolare, deve considerarsi l'interpretazione e l'attuazione data al suddetto principio convenzionale dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale lo ha specificato enunciando la regola che le dichiarazioni destinate a un impiego determinante ai fini decisori e, quindi, gli elementi di prova sui quali si può fondare una condanna penale devono essere assunti in presenza dell'imputato e in una udienza pubblica, sempre che l'imputato non abbia volontariamente rinunciato al contraddittorio o esso non si sia potuto espletare per effetto di una condotta illecita. Questa regola, secondo la Corte, presenta poi due eccezioni. La prima prevede che, qualora in determinate circostanze sia necessario fare ricorso a deposizioni raccolte in segreto prima del dibattimento, queste possono essere ammesse e utilizzate «soltanto se all'imputato sia concessa un'occasione adeguata e sufficiente di contestare la testimonianza a carico» e cioè di interrogare l'autore della dichiarazione o al momento della deposizione o anche successivamente (sentenze 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia; 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia; 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia). Secondo la Corte europea, quindi, il confronto non deve avvenire necessariamente nel dibattimento, essendo sufficiente anche un contraddittorio differito e cioè successivo alla dichiarazione. La seconda eccezione prevede che, quando non sia stata assicurata all'imputato una occasione adeguata e sufficiente di contestare la dichiarazione raccolta in segreto, è necessario che la sentenza di condanna non si fondi né in modo esclusivo né in modo determinante sulle dichiarazioni dell'accusatore rese in assenza di contraddittorio. Occorre, cioè, che la condanna sia basata anche su altri elementi di prova, i quali rendano non rilevante il mancato rispetto del diritto a confrontarsi con l'accusatore.

Ne deriva che l'acquisizione come prova di dichiarazioni assunte senza contraddittorio non risulta di per sé in contrasto con l'art. 6 della CEDU, ma sussistono precisi limiti alla loro utilizzazione probatoria, al fine di impedire che l'imputato possa essere condannato sulla base esclusiva o determinante di esse. Pertanto, l'ammissibilità di una prova testimoniale unilateralmente assunta dall'accusa può risultare conforme al dettato del citato art. 6, ma affinché il processo possa dirsi equo nel suo insieme in base ad una lettura congiunta dell'art. 6, commi 1 e 3 lett. *d*),

una condanna non deve fondarsi esclusivamente o in maniera determinante su prove acquisite nella fase delle indagini e sottratte alla verifica del contraddittorio, anche se differito.

Il principio affermato dalla giurisprudenza europea è dunque che «i diritti della difesa sono limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si basa, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento» (sent. 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia; sent. 13 ottobre 2005, Bracci, cit.; sent. 9 febbraio 2006, Cipriani c. Italia; sent. 19 ottobre 2006, Majadallah, cit.; sent. 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia), e ciò anche quando il confronto è divenuto impossibile per morte del dichiarante o per le sue gravi condizioni di salute (sent. 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia), ovvero quando l'irreperibilità del dichiarante sia giuridicamente giustificata da un diritto di costui al silenzio, come nel caso di coimputati (sent. 20 aprile 2006, Carta c. Italia) o di imputati di reato connesso (sent. 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia).

In sostanza, dall'art. 6 della CEDU, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto - recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nell'art. 2 della legge 4 agosto 1955, n. 848 - che prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo penale, nel senso che una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento.

12. L'ordinanza di remissione ha posto il quesito esclusivamente con riguardo alla norma nazionale dell'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen., ed in particolare limitatamente alla valutazione dell'elemento della volontà del dichiarante residente all'estero di sottrarsi all'esame dibattimentale, prospettando che, secondo alcune decisioni, è decisivo che la mancata presenza del teste all'esame sia volontaria, mentre, per altre decisioni, occorre la prova (diretta o logica) che l'assenza sia determinata da una chiara volontà di sottrarsi al contraddittorio.

Se ci si pone in questa prospettiva - ossia se si considera esclusivamente la norma nazionale - il dubbio va risolto preferendo l'interpretazione adeguatrice che riduca al massimo i possibili casi di contrasto con la norma ed i principi convenzionali (e quindi sia maggiormente conforme agli stessi), ossia l'interpretazione che assegni il significato più ampio all'elemento della volontaria sottrazione all'esame per libera scelta, così determinando la più estesa applicazione della regola probatoria che impedisce al giudice di fondare la condanna su risultanze pure ritualmente acquisite alla sua conoscenza. L'elemento in esame, pertanto, deve ravvisarsi tutte le volte che la mancata presenza del teste residente all'estero debba ritenersi volontaria, perché il soggetto, avendone comunque avuto conoscenza, non si è presentato all'esame in dibattimento o in rogatoria, quali che siano i motivi della mancata presentazione, purché ovviamente riconducibili ad una sua libera scelta, e cioè ad una scelta non coartata da elementi esterni. Al quesito proposto dalla sezione rimettente deve quindi risponderci nel senso che non occorre la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta (anche per difficoltà economiche, disagi del viaggio, mancanza di interesse, e così via), sempre che non vi sia la prova o la presunzione di una illecita coazione, di una violenza fisica o psichica, o di altre illecite interferenze o elementi esterni che escludano una libera determinazione (ad es., soggetto detenuto all'estero; grave infermità fisica; timori per la propria incolumità per altre vicende personali; pressioni di tipo economico).

Nel caso di specie, i giudici hanno espressamente ritenuto che l'impossibilità dell'esame era dovuta alla totale mancanza di volontà della teste di tornare in Italia per mancanza di interesse. Pertanto, a prescindere dal rilevato errore sulla acquisibilità delle dichiarazioni, avrebbero comunque dovuto applicare il criterio dell'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen., col conseguente divieto di affermare la responsabilità dell'imputato esclusivamente sulla base di tali dichiarazioni.

Nel presente processo, peraltro, il problema della volontarietà dell'assenza si potrebbe riproporre qualora, nel giudizio di rinvio, si dovesse accertare l'irreperibilità della teste (dato che in ben due su tre notificazioni la stessa è stata qualificata come «*inconnu*»). Secondo la giurisprudenza di questa Corte, la irreperibilità del teste è un elemento neutro, in base al quale soltanto non si può presumere una volontà di sottrarsi all'esame, quando manchino indici sintomatici in questo senso, quale l'avvenuta citazione del teste per l'udienza, dato che l'irreperibilità sopravvenuta a tale notizia può certamente assumere il connotato della libera scelta di sottrarsi all'esame (Sez. Un., sent. n. 36747 del 28/05/2003, Torcasio, Rv. 225470; Sez. 6, sent. n. 39985 del 09/10/2008, Iamundo, Rv. 241864; Sez. I, sent. n. 23571 del 20/06/2006, Ogaristi, Rv. 234281). Va peraltro anche ricordato che proprio in relazione a quest'ultima sentenza è di recente intervenuta condanna dell'Italia da parte della Corte EDU (sent. 18/05/2010, Ogaristi c. Italia). Occorre quindi precisare – al fine di giungere, anche per questa ipotesi, ad una interpretazione che eviti il più possibile i contrasti con la norma europea – che non è indispensabile che il teste sia stato raggiunto da una citazione, ai fini della dimostrazione della sua volontà di sottrarsi al contraddittorio, in quanto tale volontà potrebbe presumersi anche sulla base di elementi diversi dalla avvenuta citazione.

13. Il giudice del rinvio, se le dichiarazioni saranno acquisibili dovrà comunque valutare se esse siano utilizzabili a fini di ritenere provata la colpevolezza dell'imputato e compiere altresì il necessario vaglio sulla loro attendibilità soggettiva e oggettiva che è sempre richiesto ma che, in casi come questo, è dovuto con la massima ocularità e rigore, in ragione della peculiare natura delle dichiarazioni acquisite, in assenza di contraddittorio, da una sola delle parti deputate alla ricerca degli elementi utili al processo.

In particolare, il giudice dovrà tenere conto sia della regola di inutilizzabilità probatoria desumibile dall'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. – inutilizzabilità soggettivamente orientata (riguardando la posizione del solo imputato) e oggettivamente delimitata (attenendo alla sola prova della «colpevolezza») - sia delle regole di valutazione discendenti dalla norma convenzionale d'anziché richiamata. Su questo punto, infatti, la giurisprudenza di questa Corte più recente ed assolutamente maggioritaria ritiene che è possibile, e quindi doveroso, dare alle norme di valutazione probatoria nazionali una interpretazione adeguatrice che le renda conformi alla norma della CEDU. Si è in questo senso affermato che l'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. pone «una norma di chiusura, che impone una regola di valutazione della prova sempre applicabile anche con riferimento a dichiarazioni che risultino legittimamente acquisite alla stregua della disciplina sulle letture dibattimentali, le quali, quindi, non potrebbero, di per sé sole, fondare la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato» e che, in ogni caso, anche non accogliendo questa soluzione, si può giungere ugualmente ad una doverosa interpretazione adeguatrice attraverso «una rigorosa applicazione di consolidati principi giurisprudenziali, formulati con specifico riferimento alla testimonianza della persona offesa o danneggiata dal reato [...] ma estensibili in ogni caso di dichiarazioni predibattimentali dell'irreperibile», con la conseguenza che le dichiarazioni acquisite mediante lettura, alla luce dei principi posti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della

CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, «devono essere valutate dal giudice di merito con ogni opportuna cautela, non solo conducendo un'indagine positiva sulla credibilità sia soggettiva che oggettiva, ma anche ponendo in relazione la testimonianza con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali» (Sez. 2, sent. n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri, Rv. 238199). Nello stesso senso si è sostenuto che, nel caso di dichiarazione predibattimentale legittimamente acquisita, deve poi comunque trovare applicazione il principio ricavabile dall'art. 6, commi 1 e 3, lett. d), della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo - principio che «bene può integrare gli approdi interpretativi in materia di valutazione della prova ex art. 192 cod. proc. pen.» - secondo cui «la dichiarazione accusatoria della persona offesa, acquisita fuori dalla fase processuale vera e propria ed in assenza della possibilità presente o futura di contestazione del mezzo stesso in contraddittorio con la difesa, per sostenere l'impianto accusatorio deve trovare conforto in ulteriori elementi che il giudice, con la doverosa disamina critica che gli è richiesta dalle norme di rito, individui nelle emergenze di causa». E ciò perché si tratta «di una regola di giudizio tutt'altro che estranea al sistema vigente così come già interpretato dalla giurisprudenza» in caso di responsabilità ritenuta, senza riscontri oggettivi, esclusivamente sulla base di dichiarazioni della persona offesa (Sez. 5, sent. n. 21877 del 26/03/2010, T., Rv. 247466). E si è anche rilevato - in un caso in cui il giudice del merito aveva escluso la volontaria scelta del teste di sottrarsi all'esame dell'imputato - che una sentenza di condanna che si fonda sulle sole dichiarazioni rese dai testi fuori del contraddittorio con la difesa ed acquisite a norma dell'art. 512 cod. proc. pen. è in sintonia con i principi costituzionali ma non con quelli desumibili dall'art. 6 della CEDU, con la conseguenza che l'obbligo del giudice nazionale di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti della CEDU come interpretati dalla Corte EDU, viene adempiuto ritenendo che «La regola dettata dall'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen., vieta al giudice di fondare, in modo esclusivo o significativo, l'affermazione della responsabilità penale su atti di cui è stata data lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione» (Sez. 3, sent. n. 27582 del 15/06/2010, Rotaru, Rv. 248052; nel senso della possibilità, e quindi della necessità, di una interpretazione adeguatrice delle norme di valutazione probatoria nazionali con la norma CEDU, v. anche Sez. 1, sent. n. 44158 del 23/09/2009, Marinkovic, Rv. 245556; Sez. 1, sent. n. 20254 del 06/05/2010, Mzoughin, Rv. 247618).

In senso contrario si riscontra un solo precedente massimato, secondo il quale, nella valutazione delle dichiarazioni predibattimentali ritualmente acquisite di soggetti per i quali non possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all'esame in contraddittorio, non rileva l'eventuale violazione dell'art. 6, comma terzo, lett. d), della CEDU, in quanto le norme della Convenzione «ancorché direttamente vincolanti, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo, per il giudice nazionale, non possono tuttavia comportare la disapplicazione delle norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se e in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate, condizione soddisfatta, nella specie, dall'applicabilità dell'art. 111, comma quinto, Cost.» (Sez. 5, sent. n. 16269 del 16/03/2010, Benea, Rv. 247258). Questa conclusione non può però essere condivisa sia perché, come subito si vedrà, non sussiste il ritenuto contrasto con l'invocata norma costituzionale, sia comunque perché essa in sostanza è elusiva della questione, la quale non consiste semplicemente nello stabilire se la norma nazionale incompatibile abbia valore costituzionale o sia attuativa di principi costituzionali, bensì nel verificare se alla norma nazionale (legislativa o costituzionale) possa darsi una interpretazione tale da renderla non incompatibile con quella convenzionale.

14. Orbene, una siffatta interpretazione adeguatrice deve ritenersi possibile. Non vi sono pertanto ostacoli alla conferma del ricordato indirizzo maggioritario, che peraltro è quello che consente di allinearsi alla giurisprudenza europea e di rispettare gli obblighi internazionali assunti dall'Italia, evitando di incrementare la lunga collezione di condanne da parte della Corte di Strasburgo.

Va ricordato che la norma in questione, essendo stata recepita con un atto avente forza di legge, ha anch'essa, quanto meno, forza e valore di legge, anche se poi, sotto altri profili, funge anche da parametro di costituzionalità, ossia da norma interposta, ai sensi dell'art. 117, comma primo, Cost., tanto da essere stata anche collocata ad un livello sub-costituzionale (Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e successive). Inoltre, non si tratta di una norma-principio, ossia di una norma generica ed aspecifica, che di solito si ritiene, in quanto tale, insuscettibile di automatica operatività e di immediata applicazione da parte del giudice (Sez. 1, sent. n. 2549 del 16/04/1996, Persico, Rv. 204733), bensì di una norma che è stata resa specifica e dettagliata dalla giurisprudenza della Corte EDU, sicché non vi sono ostacoli alla sua immediata operatività ed alla sua diretta applicabilità da parte del giudice italiano (come perspicuamente affermato da Sez. Un., sent. n. 15 del 23/11/1988, dep. 1989, Polo Castro, Rv. 181288, che esattamente ha rilevato che «ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico)»).

Si è però da alcuni ritenuto che la norma stessa sarebbe in contrasto: a) da un lato, con l'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen., il che dovrebbe appunto comportare la sua inapplicabilità, quale che sia poi la sua posizione nel sistema delle fonti (restando invero in questa sede irrilevante stabilire se la norma convenzionale è, rispetto a quella interna, posteriore o anteriore nel tempo e se, in tal caso, essa sia stata implicitamente abrogata, *rectius* sia stato abrogato *in parte qua* l'ordine di esecuzione, sempre che fosse ancora possibile la risoluzione dell'antinomia anche con il criterio cronologico dopo la modifica dell'art. 117, comma primo, Cost. e salva appunto l'illegittimità costituzionale della norma legislativa successiva per violazione indiretta dell'art. 117, comma primo, Cost.); b) in ogni caso, da un altro lato, con l'art. 111, comma quinto, Cost. nonché con l'art. 111, comma quarto, seconda parte, Cost., il che dovrebbe comportare la sua (eventualmente sopravvenuta) illegittimità costituzionale.

Se veramente vi fosse incompatibilità tra norme interne e norma convenzionale, spetterebbe alla Corte costituzionale risolvere sia la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative interne per contrasto con la norma CEDU, sia la questione dell'eventuale contrasto tra la norma CEDU e la norma costituzionale (eventualmente operando una adeguata interpretazione di quest'ultima o un ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione).

E' però principio pacifico ed innumerevoli volte ribadito dalla Corte costituzionale che il giudice ha il precipuo obbligo di tentare preliminarmente, attraverso l'utilizzo di tutti gli ordinari strumenti ermeneutici, di giungere ad una interpretazione convenzionalmente adeguatrice del sistema normativo nazionale, tale da renderlo conforme alle norme della CEDU o non incompatibile con le stesse.

Nella specie, come già rilevato, una tale interpretazione adeguatrice è senz'altro possibile.

Ed infatti, quanto all'art. 111, comma quinto, Cost., può rilevarsi che questo detta norme sulla formazione ed acquisizione della prova, mentre la regola convenzionale in esame pone un

criterio di valutazione della prova dichiarativa regolarmente acquisita (Sez. 5, sent. n. 16269 del 16/03/2010, Benea, Rv. 247258). La deroga al principio della formazione dialettica della prova autorizza l'acquisizione al processo dell'atto compiuto unilateralmente, ma non pregiudica la questione del valore probatorio che ad esso, in concreto, va attribuito. Non vi è quindi incompatibilità tra la norma CEDU e l'art. 111, comma quinto, Cost.

Quanto all'art. 111, comma quarto, seconda parte, Cost. ed all'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen., può, in primo luogo farsi ricorso al tradizionale criterio ermeneutico della presunzione di conformità delle norme interne successive rispetto ai vincoli internazionali pattizi, ossia alla presunzione che il legislatore (di revisione costituzionale ed ordinario) non abbia inteso sottrarsi all'obbligo internazionale assunto dallo Stato, non volendo incorrere nella conseguente responsabilità per inadempimento nei rapporti con gli altri Stati. Il criterio della interpretazione conforme alle norme dei trattati è stato del resto di recente riaffermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 349 del 2007), secondo la quale anzi il criterio opera anche quando l'obbligo internazionale è successivo alla disciplina legislativa interna e trova fondamento positivo nell'art. 117, comma primo, Cost.

Nel caso di specie questo criterio ermeneutico acquista poi tanto più valore in quanto è pacifico – per espressa dichiarazione di intenti del legislatore – che il comma 1-bis dell'art. 526 cod. proc. pen. è stato introdotto dall'art. 19 della legge 1° marzo 2001, n. 63, a mo' di traduzione codicistica (con aggiustamenti esclusivamente formali) del precetto recato dall'art. 111, comma quarto, seconda parte, Cost., come novellato dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, e che quest'ultima, a sua volta, si proponeva proprio di rendere espliciti a livello costituzionale i principi del giusto processo enunziati dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sarebbe quindi incongruo ritenere che il legislatore, proprio nel momento in cui ha operato una revisione dell'art. 111 Cost. al fine introdurre i principi convenzionali sul giusto processo, abbia poi posto invece una norma incompatibile con quella convenzionale. La differenza di formulazione rispetto alla norma CEDU non può pertanto essere intesa nel senso di una volontà del legislatore di impedire l'applicazione della regola convenzionale. La diversità di articolazione delle norme non esclude che esse costituiscono comunque applicazione di un identico o analogo principio generale inteso a porre un rigoroso criterio di valutazione delle dichiarazioni dei soggetti che la difesa non ha mai avuto la possibilità di esaminare e ad eliminare o limitare statuizioni di condanna fondate esclusivamente su tali dichiarazioni. Le norme nazionali e convenzionali, dunque, rispondono ad una *ratio* e perseguono finalità non dissimili. E' stato perciò esattamente osservato che proprio la circostanza che il nuovo testo dell'art. 111 Cost. trova la sua origine in fonti convenzionali internazionali «invita l'interprete a non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale» (Sez. 2, sent. n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri, cit.). Ben può escludersi, pertanto, una totale non conformità tra l'art. 111, comma quarto, Cost. e la regola convenzionale in esame, come enucleata dalla Corte EDU, e tanto più può escludersi che vi sia tra questa regola e l'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. una assoluta e puntuale incompatibilità, tale da far sì che l'applicazione dell'una escluda l'applicazione dell'altro.

Da un altro punto di vista può rilevarsi che l'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. (riproducendo l'art. 111, comma quarto, Cost.) pone un limite alla utilizzazione probatoria delle dichiarazioni non rese in contraddittorio valevole per alcune determinate ipotesi. La norma

convenzionale pone una analoga regola di valutazione probatoria delle stesse dichiarazioni valevole anche per altre ipotesi. Ora, la norma nazionale dice solo che in quelle ipotesi si applica quella regola, ma non dice anche che in ipotesi diverse debba valere un opposto criterio, ossia non esclude che anche nelle altre ipotesi possa applicarsi un analogo criterio di valutazione probatoria, ricavato in via interpretativa dalle norme o dai principi in materia o anche posto da una diversa norma comunque operativa nell'ordinamento. La norma nazionale, in applicazione del principio generale del giusto processo, pone una determinata tutela per l'imputato, ma non esclude che una tutela più estesa possa essere posta o ricavata da norme diverse.

Del resto, se si considera il rapporto tra il principio generale del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale posto dalla prima parte del quarto comma dell'art. 111 Cost. e la regola posta dalla seconda parte del medesimo comma, si deve convenire che questa regola va intesa non già come eccezione, bensì come svolgimento ed attuazione del principio generale. Essa pertanto non può essere considerata come eccezionale, sicché identica o analoga regola di valutazione probatoria legittimamente può essere prevista per ipotesi ulteriori.

E proprio in questa direzione si è posto il prevalente indirizzo interpretativo dianzi ricordato che ha ricavato una regola di valutazione identica o analoga a quella convenzionale (e valevole anche al di là delle ipotesi specificamente previste dall'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen.) dai consolidati principi giurisprudenziali, formulati in riferimento alla testimonianza della persona offesa o danneggiata dal reato o anche dagli approdi interpretativi in materia di valutazione della prova *ex art.* 192 cod. proc. pen., ossia da regole di giudizio già presenti nel sistema vigente.

Ed effettivamente, il criterio di valutazione posto dalla norma convenzionale ben si integra nel sistema degli altri criteri di valutazione ricavati da norme nazionali. Può, ad esempio, farsi riferimento ad una interpretazione sistematica del principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova e della regola di giudizio formalizzata nell'art. 533, comma 1, cod. proc. pen., e compendiata nella formula «al di là di ogni ragionevole dubbio», per dedurne che, nel caso concreto, il dato probatorio costituito esclusivamente da dichiarazioni rese senza la possibilità di contraddittorio e prive di qualsiasi elemento di riscontro, ha un ridotto valore euristico, costituisce una fonte ontologicamente meno affidabile, e quindi non è idoneo a fondare la certezza processuale della responsabilità dell'imputato. Nella stessa prospettiva, si è richiesta una rigorosa applicazione dei principi giurisprudenziali sulla valutazione delle dichiarazioni rilasciate dalla persona offesa o danneggiata dal reato, ritenuti - stante l'identità di *ratio* - estensibili a tutti i casi di impossibilità di ripetizione di dichiarazioni predibattimentali e che impongono al giudice una cauta ed approfondita indagine sulla credibilità di dette dichiarazioni, da valutarsi ponendole in relazione con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali (Sez. 2, sent. n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri, Rv. 238199, cit.). Analogamente, si è fatto ricorso all'applicazione analogica dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., che prevede, per le dichiarazioni di certi soggetti, la valutazione unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità (Sez. 5, sent. n. 21877 del 26/03/2010, T., Rv. 247466, cit.).

E' quindi conforme al sistema ritenere che analoghi criteri valutativi, ed in particolare la necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro, debbano operare anche quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante, considerando che l'assenza del controesame abbassi fortemente il grado di attendibilità della

prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato. Del resto, nel quadro di una razionale e motivata valutazione delle prove, il metodo con cui è stata assunta la dichiarazione è rilevante almeno quanto la qualifica del dichiarante (che in alcuni casi, come per l'imputato di reato connesso o del testimone assistito, richiede la presenza di riscontri esterni che ne confermino l'attendibilità).

[*omissis*]

CRISTIANA VALENTINI

Professore associato di Procedura penale - Università di Ferrara

Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova

The United Sections and living abroad witness: a precious time to define the borders of the contradictory in the obtaining of evidence

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Giuseppe Di Chiara)

Un intervento tutt'altro che timido e parole chiare; perché il recupero di materiale acquisito nelle indagini preliminari consentito dall'art. 512-bis c.p.p. sia legittimo occorre: a) che vi sia stata una valida notificazione della citazione del teste, secondo le modalità previste da codice e convenzioni di cooperazione giudiziaria internazionale, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia verificata mediante tutti gli accertamenti che si rendano più opportuni nelle contingenze del caso specifico; b) che l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta, da un lato, e oggettiva, dall'altro, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo né in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; c) che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale «concelebrata» o «mista», tale, dunque, da consentire in ogni caso il contraddittorio nella formazione della prova.

A intervention far from being shy and in clear words, because the recovery of material acquired in the preliminary investigation allowed by art. 512-bis c.p.p. to be legitimate requires: a) that there has been an effective and valid service of the summons of the witness, as provided by the Italian code and by International conventions for judicial

cooperation, and that the possible unavailability of the witness has been verified by all assessments suitable for the specific case; b) that the inability of the witness examination hearing is absolute, on the one hand, and objective, on the other and that it doesn't consist in the mere inability to have legal compulsion or in the accompanying circumstances employees the free will of the declarant or in temporary situations or economic or logistical difficulties; c) that has been unnecessarily request, where possible, the examination of the witness through an international rogatory "concelebrated" or "mixed", that, therefore, should allow any case, the contradiction in the formation of the test.

La sentenza

Il provvedimento in esame trae origine da un'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite esplicitamente finalizzata all'appianamento di quel contrasto esegetico tra sezioni, forse ignoto ai suoi stessi provocatori, che afferiva al se l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale, richiesta dall'art. 512-bis c.p.p. per l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti residente all'estero, consistesse nella totale e definitiva impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante o non piuttosto in una "realistica impossibilità" di conseguire "in tempi ragionevoli" la comparizione del testimone.

I fatti processuali - esaminati dalla Corte quale giudice dell'*error in procedendo* - possono essere definiti alquanto tipici per le fattispecie concrete capaci di rientrare, in astratto, nell'area applicativa della norma: la persona offesa, di nazionalità danese, aveva sporto querela per il delitto di violenza sessuale di cui sarebbe stata vittima nel corso di un suo viaggio in Sicilia; al termine della narrazione, la donna aveva fornito agli inquirenti i dati della propria residenza a Copenhagen.

Inizialmente, la citazione era stata chiesta dal giudice di prime cure ai sensi dell'art. 727 c.p.p., ovvero per la "lunga via" ministeriale, atto cui il Ministero aveva replicato (giustamente) evidenziando che, sulla scorta della Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990, l'autorità giudiziaria italiana era abilitata ad inviare gli atti del procedimento direttamente a mezzo posta,

tramite raccomandata, alla persona residente in Danimarca.

Una prima notifica all'indirizzo indicato in querela aveva avuto quale esito il rientro del piego con l'annotazione «*inconnu*», mentre una seconda raccomandata era tornata con l'annotazione «*non réclamé*»; ulteriore citazione diretta al medesimo indirizzo risultava poi nuovamente restituita con la dicitura «*inconnu*»; premessi questi tentativi, il Collegio di merito aveva ritenuto che la persona offesa fosse stata regolarmente citata e, su richiesta dell'accusa, aveva disposto l'acquisizione della querela ai sensi dell'art. 512-bis c.p.p., successivamente fondandovi la sentenza di condanna.

Vale la pena di rammentare – come fatto, del resto, dalla medesima decisione in commento – quanto si legge nella sentenza di prime cure, ovvero che almeno in relazione ad una singola udienza la citazione della cittadina straniera sarebbe stata «formalmente regolare» risultando provato che la destinataria, pur avvisata, non si era recata nell'ufficio postale per ritirare il plico, il quale di fatto era tornato con l'annotazione «*non réclamé*», analoga alla nostrana «compiuta giacenza»; secondo i giudici di primo grado, la prova di tale condotta da parte della querelante – il mancato ritiro della posta – avrebbe dimostrato «la intuibile e comprensibile, per molteplici motivi, anche economici, assoluta mancanza della volontà e della possibilità di una turista danese di tornare in Italia solo per rendere testimonianza. Peraltro per un fatto che sa già di aver diffusamente a suo tempo rappresentato e per il quale ormai non ha istanze ulteriori e diverse da rivolgere alla autorità giudiziaria italiana».

La Corte d'appello aveva poi confermato la decisione, rilevando, in termini pressoché pedissequi, che le modalità di legge per la citazione della teste all'estero erano state osservate e che risultava comprovato il rifiuto dell'avviso da parte del destinatario con conseguente possibilità di applicare l'art. 512-*bis* c.p.p.

Passato remoto

Norma particolare, l'art. 512-*bis* c.p.p., pregiata da una storia tanto breve, quanto tormentata: questa peculiarità esige che l'annotazione della sentenza in esame sia preceduta da una sintetica ricostruzione del passato prossimo.

L'art. 512-*bis* c.p.p. veniva introdotto nel codice con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356; il testo originario era il seguente: «il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese dal cittadino straniero residente all'estero se la persona non è stata citata, ovvero essendo stata citata, non è comparsa».

Premesso il riferimento palese della regola al solo cittadino *straniero*, con esclusione, quindi, del cittadino italiano per avventura trasferito in altra nazione, risulta che il presupposto applicativo essenziale della fattispecie era una pura e semplice condizione di assenza del testimone, a prescindere dalle ragioni che l'avessero cagionata, indifferentemente ravvisabili tanto nella mancata comparsa della persona regolarmente citata, quanto nella medesima scelta configurata dalla mancata citazione.

Era una norma «indecorosa» nella sua vaghezza, secondo le chiose di un precoce, quanto autorevole commentatore¹, e v'era certamente il destro di pensarlo, posto che le

applicazioni giurisprudenziali si snodavano coerenti con il testo².

Da un lato, l'ipotesi della citazione rimasta priva di effetto sottintendeva una varietà di situazioni concrete sprovviste di un minimo comune denominatore, dalla pura e semplice inottemperanza alla citazione, al mancato reperimento dell'individuo citato; dall'ostilità al viaggio, accompagnata dalla dichiarazione di disponibilità a rendere dichiarazioni dinanzi all'autorità giudiziaria del proprio paese, tramite rogatoria, sino all'ipotesi della pura e semplice mancanza di danaro per provvedere alle spese dello spostamento.

D'altra parte, l'ipotesi normativa alternativamente giustificante la lettura – ovvero la mancata citazione del cittadino straniero – configurava effettivamente una «eventualità densa di implicazioni»³, neppure sottilmente allusiva al conferimento alla pubblica accusa della *chance* di evitare la citazione, scegliendo di cristallizzare la prova a carico così come resa durante le indagini preliminari e sottraendola, dunque, premeditadamente al contraddittorio con la difesa dell'imputato⁴.

Era una norma davvero coerente con gli scopi del decreto che l'aveva introdotta, ovvero quella lotta al crimine organizzato che pare sempre capace di giustificare ogni obbrobrio.

Passato prossimo

Il rimedio appare con l. 14 dicembre 1999, n. 476: l'art. 512-*bis* in nuova veste, reca un aspetto più rigoroso.

Non per nulla, nell'arco di soli sette anni era passata parecchia acqua sotto i ponti: la

¹ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1993, 625.

² Cass., sez. II, 7 gennaio 1993, C., *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1563.

³ Montagna, *Dialettica dibattimentale, limitazioni all'oralità e «processo giusto»*, Gaito (a cura di), *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 303 ss.

⁴ Si rimedita in questi termini l'opinione a suo tempo espressa in Valentini, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, 234.

logica dell'emergenza appariva momentaneamente dimenticata e la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva da qualche tempo iniziato ad incrementare in modo sensibile la propria attività⁵.

E' più che plausibile che si tratti di un frutto del caso, ma la sincronia della legge di riforma con la notissima sentenza A.M. contro Italia⁶, colpisce l'immaginazione; come si rammenterà, nell'affaire in parola, la Corte aveva condannato lo Stato a risarcire 50 milioni di lire *sub specie* di risarcimento dei danni arrecati al ricorrente, a suo tempo condannato sulla scorta pressoché esclusiva di dichiarazioni acquisite ai sensi dell'art. 512-bis c.p.p. e, dunque, senza avere alcuna possibilità di controesaminare i propri accusatori; chiara violazione delle regole dell'equo processo, secondo i giudici strasburghesi.

Il nuovo volto della norma – come si accennava – fa mostra di una certa sobrietà⁷: in omaggio ad una logica abbastanza scontata, scompare il requisito della cittadinanza straniera, sostituito dal semplice requisito della residenza su territorio estero; opportunamente, si chiarisce che la disposizione dev'essere applicata anche laddove le dichiarazioni rese durante le indagini preliminari siano state acquisite tramite rogatoria internazionale⁸; so-

prattutto si spiega che il recupero dei *dicta* resi in assenza di contraddittorio è possibile solo qualora la persona, dopo essere stata regolarmente citata, non sia comparsa e non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale.

Una lettera normativa piuttosto inequivocabile, si sarebbe portati a dire e, in effetti, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario appariva attestato su posizioni rispettose dell'evidente *intentio legis*: laddove la citazione del teste fosse rimasta inesitata, la giurisprudenza di Cassazione riteneva necessario attivare una rogatoria internazionale concelebrata ai sensi dell'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria, ovvero adoperando ognuno degli strumenti di cooperazione probatoria internazionale esistenti, rilevandosi che, in quanto assoluta, l'impossibilità di ottenere l'esame in contraddittorio del teste presuppone che il giudice abbia setacciato senza successo ogni *chance* di superare l'ostacolo che si frappone all'ordinaria formazione dialettica della prova e che, in particolare, abbia verificato la possibilità di assumere la testimonianza mediante rogatoria internazionale, nelle varie forme per essa previste⁹.

Unico e solo – per quanto risultante da massime e sentenze edite – si stagliava in questo panorama un precedente contrario, in cui veniva affermato che la lettura di dichia-

⁵ Nonostante l'ormai risalente data di entrata in vigore della Convenzione europea, l'attività della Corte ha avuto un avvio assai lento, progressivamente accelerato a partire dagli anni '80 in poi. Il rilievo appartiene ad un profondo conoscitore della materia quale Chiavario, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 11 ss.

⁶ Corte e.d.u., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, ric. n. 37019/97.

⁷ I commentatori non risultano, peraltro, particolarmente entusiasti, sulla scorta dei parametri di cui all'art. 111 Cost.: cfr. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, 106; Cesari, *"Giusto processo", contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 75; e anche Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 187.

⁸ Ci si consente qui il riferimento, a Valentini, *L'acquisizione della prova*, loc. cit.

⁹ V. Cass., sez. II, 17 dicembre 2009, n. 5101; Id., sez. III, 23 aprile 2009, n. 25979; Id., sez. II, 14 dicembre 2006, n. 41260; Id., sez. III, 22 novembre 2005, n. 10199, tutte di utile consultazione, soprattutto nel testo, in quanto dedicate a situazioni di differenziata difficoltà nel raggiungimento della presenza dibattimentale del dichiarante. Particolarmente interessante, nell'accennata prospettiva, è la sentenza di Cass., sez. III, 8 marzo 2006, n. 12940, secondo cui «a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 43 l. n. 479 del 1999 all'art. 512-bis c.p.p. è necessario che il p.m., a sostegno della richiesta di lettura in dibattimento delle dichiarazioni rese da persona residente all'estero, dimostri di avere esperito inutilmente tutti i mezzi, compresi quelli offerti dalla rogatoria internazionale, al fine di ottenere l'escussione del teste ma di non avere raggiunto lo scopo per ragioni a lui non imputabili».

razioni dibattimentali rese da persona residente all'estero era consentita allorché fosse apparso realisticamente impossibile ottenere in tempi ragionevoli la presenza del dichiarante in dibattimento, oppure quando non vi fossero strumenti idonei a vincere coattivamente la sua resistenza a testimoniare nel contraddittorio delle parti; secondo tale tesi, la "assoluta impossibilità" dell'esame dibattimentale pretesa dalla norma non andava intesa nel senso della totale e definitiva inattuabilità materiale¹⁰.

Presente

La decisione delle Sezioni Unite in commento s'inserisce evidentemente in un contesto pregresso fornito di tratti piuttosto interessanti: da un lato osserviamo la storia di una norma interpolata nell'originario tessuto codicistico e, a breve distanza di tempo dalla sua nascita, rimaneggiata dal legislatore in termini che vorremmo definire inequivocamente garantistici, tutti tesi a rendere la fattispecie adeguata ai parametri proposti dapprima dall'equo processo della Convenzione europea, poi al nuovo testo dell'art. 111 Cost.

A questa scelta chiara del legislatore ha fatto eco una giurisprudenza di Cassazione sostanzialmente coerente e rispettosa del testo e della *voluntas legis*, con un'isolata eccezione di segno contrario, ma anche, per converso, una giurisprudenza delle Corti di merito troppo spesso ribelle ai dettami dell'art. 512-bis novellato.

Tale essendo il frangente, si avverte che l'intento dell'operazione delle Sezioni Unite

è quello di adoperarsi per evitare l'insorgere di ulteriori contrasti, al contempo invitando i giudici del merito ad adeguarsi con maggior precisione alle scelte del legislatore, soprattutto laddove palesemente in linea con i parametri costituzionali e internazionali.

Questa presa di posizione della Corte – in termini di recupero deciso e tempestivo della sua funzione di nomofilachia – appare quanto mai apprezzabile; si osservino, nel dettaglio, i passaggi argomentativi del testo.

Premessa una dettagliata disamina dei fatti processuali del caso di specie, la Corte sottolinea immediatamente qual è stata la logica rifiutata dal legislatore della riforma datata 1999: «è opinione diffusa» leggiamo «che tale disciplina [la previgente], soprattutto nell'ipotesi di omessa citazione, poteva di fatto risolversi in un comodo espediente per ottenere la lettura degli atti senza contraddittorio, introducendo una vera e propria presunzione di irripetibilità dell'atto. Spesso la lettura dell'atto non dipendeva da difficoltà oggettive e l'unico filtro era rappresentato dal parametro incerto ed indefinito del rapporto con il materiale probatorio acquisito («tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti»). In buona sostanza, la previgente formulazione della disposizione aveva consentito di interpretarla in modo tale da permettere di derogare al principio dell'oralità per non disperdere, al dibattimento, attività di indagine e per soddisfare esigenze di economia processuale».

La Corte prosegue notando come il testo attualmente vigente sia frutto evidente di una scelta garantista da parte del legislatore, finalizzata ad «armonizzare la disciplina delle letture col metodo dialettico di formazione della prova imposto dal novellato art. 111 Cost.; garantire i principi del contraddittorio nell'acquisizione della prova, anche se ciò può comportare un allungamento dei tempi del processo per la necessità di ulteriori accertamenti volti a verificare l'eventuale effettiva assoluta impossibilità di procedere all'esame

¹⁰ «La lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è consentita quando appaia realisticamente impossibile ottenere in tempi ragionevoli la presenza del dichiarante in dibattimento, oppure quando non vi siano strumenti atti a vincere coattivamente la sua riluttanza a deporre: la "assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale" non va, infatti, intesa nel senso della totale e definitiva impossibilità materiale»: è la massima di Cass., sez. II, 21 giugno 2007, n. 32845.

dibattimentale; conformare l'ordinamento interno agli obblighi internazionali».

E' una bella decisione, quella che ha reso la Corte a Sezioni Unite e che si sta esaminando; in modo lineare e denso di concetti la sentenza esamina nei particolari qual è il tipo di processo preteso dalla norma costituzionale e approda, alla fine, a sanzionare con chiarezza ogni interpretazione dell'art. 512-bis che non risulti eufonica con il testo della norma e con i parametri costituzionali precedentemente esaminati: nel nuovo quadro ordinamentale – delineato dalla Costituzione, dalla Cedu e dalla sentenze dei giudici di Strasburgo – «non è più possibile collegare la lettura dibattimentale di atti non più ripetibili alla libera determinazione del dichiarante e non è più invocabile, nemmeno ai fini di un bilanciamento, il principio di non dispersione dei mezzi di prova, non più compatibile con il nuovo principio costituzionale del contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio».

Difficile ricusare o anche solo fare un minimo appunto all'ineccepibile percorso ermeneutico seguito dalla Corte: se l'impossibilità di reiterazione dibattimentale dell'atto dev'essere oggettiva e assoluta, affinché sia costituzionalmente compatibile, allora il giudice di merito non può arrestarsi sulla soglia di una presunta difficoltà nel contatto con il territorio estero; esistono strumenti normativi appositi, sicché li usi; dopotutto le convenzioni internazionali propongono armamentari sempre più semplici e privi di ostacoli burocratici superflui per raggiungere la prova situata all'estero; la rogatoria – rammenta la Corte ad evidente ammonimento di tante prassi pigre o disinvolute – è «un normale strumento giuridico che l'ordinamento mette a disposizione del giudice, il quale quindi è tenuto ad utilizzarlo allorché si renda necessario sentire in contraddittorio il teste residente all'estero».

Di qui l'assunto per cui in ogni caso, il giudice non può limitarsi a constatare la validità

della citazione e la mancata presenza del testimone, ma «deve attivarsi per compiere non solo *tutte le indagini occorrenti per localizzarlo*, ma anche *tutte le attività necessarie perché il teste stesso possa essere in qualche modo sottoposto ad un esame in contraddittorio tra le parti*».

E' difficile aggiungere qualcosa a commento, se non l'auspicio di un pronto adeguamento da parte delle Corti di merito e il rilievo per cui questa sentenza apporta un notevole contributo ermeneutico, che si estende ben oltre la portata del solo art. 512-bis c.p.p., arrivando a toccare tutte quelle norme che, in maniera analoga o comparabile con questa, abbiano a che fare con la portata del valore del contraddittorio e i termini in cui il dettato costituzionale del giusto processo dev'essere finalmente applicato.

Così quando si osserva, in maniera tutt'altro che tralaticia, come, posto che il richiamo costituzionale ad una impossibilità di natura oggettiva si riferisce a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, «deve escludersi che l'impossibilità possa comunque dipendere esclusivamente dalla volontaria sottrazione del testimone al dibattimento», fatti salvi, ovviamente, i casi di volontà alterata da una provata condotta illecita. Altrettanto quando si aggiunge che «l'impossibilità, oltre che oggettiva, deve essere assoluta. Non può pertanto discendere, ad esempio, dalla constatazione di difficoltà logistiche, di spese elevate, di intralci burocratici, connessi alle procedure volte ad ottenere la ripetizione delle risultanze investigative in giudizio»: è una logica esegetica preziosa, questa, ad esempio, per “leggere” in modo costituzionalmente orientato l'art. 512 c.p.p. e non vanificarne i presupposti espliciti, ma non solo; essa vale per tutti i casi in cui la fattispecie concreta in discussione porti potenzialmente a vanificare l'esigenza costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova¹¹.

¹¹ In questo senso, possiamo sperare che sia defini-

Certo, va detto: duole che solo ora si giunga ad approdi siffatti, laddove le esperienze processuali straniere fornivano suggerimenti di segno analogo oltre vent'anni fa; è nell'universo tedesco, ad esempio, che si rilevava già da tempo come qualora il residente all'estero risultasse irreperibile nel luogo di primo invio della notifica, il giudice era tenuto ad instare presso l'autorità estera affinché essa provvedesse al rintraccio dell'individuo e che, ancora, laddove fosse stata appurata la residenza del teste, ma questi si fosse rifiutato di comparire, il giudice era chiamato a prendere contatto con il singolo individuo, al fine di verificare e, nella misura del possibile, eliminare le ragioni del rifiuto; nella risalente casistica d'oltralpe risultano indicati casi in cui l'autorità giudiziaria ha provveduto a assicurare il teste in merito ad un tempestivo risarcimento delle spese di viaggio o, addirittura, a provvedere all'anticipazione delle medesime ovvero, ancora, a garantire una data d'udienza compatibile con eventuali esigenze professionali impedi¹².

E' esattamente da siffatte esperienze processuali che la decisione delle Sezioni Unite sembra prendere spunto.

tivamente abbandonata la logica troppo spesso seguita in passato per cui si concede accesso e valore di prova ad elementi conoscitivi francamente insuscettibili di ricevere tale qualifica, sulla scorta dell'opportunistica considerazione per cui le difficoltà di reperimento cagionate dalla collocazione della prova all'estero, giustificano ogni deviazione dalle regole. Merita rileggere, in simile prospettiva, l'ormai risalente decisione di Cass., sez. I, 19 febbraio 1979, B., Cass. pen., 1981, 615, con nota di Galantini, *L'assunzione di prove penali all'estero: rogatorie e metodi alternativi*.

¹² Sul punto v. *amplius* Nagel, *Beweisaufnahme im Ausland: Rechtsgrundlagen und Praxis der internationalen Rechtshilfe für deutsche Strafverfahren*, Freiburg, 1988, 219, che, significativamente e in singolare anticipazione della sentenza delle Sezioni Unite qui in commento, precisa: «die Annahme, daß das Hindernis "nicht zu beseitigen" ist, setzt in diesen Fällen aber stets voraus, daß das erkennende deutsche Gericht alle zumutbaren sowie der Bedeutung der Sache und der Aussage angemessenen anstrengungen unternommen hat, um den Zeugen zum freiwilligen Erscheinen in der Hauptverhandlung zu veranlassen».

Precisazioni indispensabili

La seconda parte della sentenza e la (speculare) massima ivi espressa, fanno altrettanto mostra di approfondimento esegetico e chiarezza di risultati: l'ordinanza di rimessione s'interrogava anche in merito all'applicazione, nella fattispecie, dell'art. 526, comma 1-bis, c.p.p. ed all'elemento della volontà del dichiarante residente all'estero di sottrarsi all'esame dibattimentale.

Il testo normativo riprende, come noto, alla lettera una delle plurime regole dell'art. 111 Cost., disponendo che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore.

La sentenza interpreta il testo richiamandosi, in modo dettagliato e puntuale, a significativi precedenti della Corte e.d.u., da cui si estrapolano direttive chiare: la regola del contraddittorio nella formazione della prova tollera limitate eccezioni; all'imputato va comunque concessa occasione adeguata e sufficiente di contestare la testimonianza a carico, perché il confronto tra accusato e accusatore è imprescindibile, anche se è ammesso che il contraddittorio sia anticipato o differito rispetto alla sede dibattimentale; laddove testimonianze raccolte nel segreto dell'indagine debbano necessariamente emergere alla possibile utilizzazione nel giudizio sul merito -allorquando, cioè, non sia stata concessa all'imputato una occasione reale e congrua di contestare la dichiarazione raccolta in segreto - è necessario che la sentenza di condanna *non si fondi né in modo esclusivo ma neppure in modo determinante sulle dichiarazioni dell'accusatore rese in assenza di contraddittorio*.

In effetti, la giurisprudenza di Strasburgo opera una verifica sulla complessiva equità del procedimento, decidendo, poi, se effettivamente vi sia stata, nel caso specifico sottoposto alla sua attenzione, violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d), C.e.d.u., controllando, cioè, se le dichiarazioni mai sottoposte a contraddittorio costituiscano o meno "prova determinante" nello *speculum* della sentenza emessa

dai giudici nazionali; prime tracce di siffatto *modus procedendi* si trovano in una decisione risalente all'anno 1989¹³ nella quale, secondo uno schema divenuto successivamente costante nell'opera della Corte, i giudici di Strasburgo hanno realizzato una verifica sulla complessiva equità del giudizio¹⁴, decidendo, poi, che effettivamente vi era stata, nel caso sottoposto a disamina, violazione dell'equo processo, posto che le dichiarazioni di due testi anonimi, sottratti ad un contraddittorio effettivo con la difesa, avevano costituito "prova determinante" ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna.

Ora, il concetto in parola – prova determinante, ma anche decisiva o essenziale – ha conosciuto costante fortuna nella giurisprudenza successiva della Corte e.d.u.: esso appare adoperato tutte le volte in cui i ricorrenti invochino la violazione delle regole dell'equo processo afferenti alla prova: in particolare, il diritto di difendersi personalmente o ad avere l'assistenza di un difensore di propria scelta, ovvero, ancora, il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a

discarico nelle stesse condizioni dei testimoni avversari.

In via di estrema sintesi può dirsi che, secondo una giurisprudenza europea ormai ventennale, la Corte dichiara l'esistenza di una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. qualora un esame globale dei fatti processuali riveli che la condanna è stata fondata in misura esclusiva o anche solo decisiva su prove assunte in violazione (di uno o più) dei canoni dell'equo processo.

Il linguaggio estremamente semplice delle sentenze e la natura casuistica della giurisprudenza tradiscono, talvolta, l'approfondimento concettuale e il metodo sottostante alle decisioni, ma alcuni passaggi appaiono rivelatori.

In linea di massima, sulla scorta dell'idea che il compito della Corte e.d.u. consiste unicamente nell'appurare se il procedimento, considerato nel suo complesso, incluse le modalità di presentazione dei mezzi di prova, sia stato equo e se siano stati rispettati i diritti della difesa, i giudici di Strasburgo esigono che venga seriamente procurata all'imputato possibilità di confronto con il suo accusatore: è il caso, ad esempio, della recente decisione emessa in data 18 maggio 2010 nell'*affaire Ogaristi c. Italia* (ric. n. 231/07), di cui si considerino, in particolare, i seguenti passaggi: «nella presente causa, non è stato possibile procedere ad un confronto diretto tra il ricorrente ed il suo accusatore né durante il processo pubblico, né durante le indagini preliminari. In particolare, nel corso di queste ultime, le autorità giudiziarie interne hanno rigettato la domanda del ricorrente, volta ad ottenere la fissazione di una udienza ad hoc dinanzi al giudice per le indagini preliminari, in presenza degli avvocati della difesa (incidente probatorio), al fine di interrogare Y e di procedere ad una ricognizione personale...».

Si consideri pure una precedente sentenza, ovvero Corte e.d.u. 19 ottobre 2006, ric. n. 62094/00, *Majadallah c. Italia*; leggendone i passaggi fondamentali si apprende che il ricorrente era stato condannato per i reati di atti di libidine violenti, lesioni personali, atti osceni in luogo pubblico e stato di ubriachezza. I

¹³ Corte e.d.u., 20 novembre 1989, n. 166, *Kostovsky c. Paesi Bassi*.

¹⁴ Si tratta di notazione diffusa; v. di recente, Chiavario, *La lunga marcia*, cit., 18; La Rocca, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, Torino, 2008, Vol. I, 161 ss.; Selvaggi, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, *Giurisprudenza europea*, cit., 373 ss.; Zagrebelsky, *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Prova penale e Unione Europea*, Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea", Bologna, 18-19 aprile 2008, *Illuminati* (a cura di), Bologna, 2009, 113 ss. Analoga consapevolezza si rivela altralpe. V, ad esempio, sempre in tempi recenti, Ruedin, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruylant, 2009, 278: «Le fait que la cour considère la procédure "dans son ensemble" pour juger de son caractère équitable signifie, a contrario, que, Lorsque la cour admet une violation de l'article 6 CEDH, les irrégularités constatées revêtent une certaine importance et peuvent être de nature à jeter un doute sur le bien-fondé du résultat de la procédure inéquitable. En cas de violation de l'article 6 CEDH, il y a donc des chances que l'issue du procès aurait été plus favorable au requérant, si la CEDH avait été respectée».

suoi accusatori non si erano presentati in dibattimento e le testimonianze da loro rese alla polizia al momento dei fatti erano state lette ed utilizzate a termini dell'articolo 512 c.p.p. con conseguente impossibilità per la difesa di porre domande alle persone che accusavano l'imputato.

A fronte di siffatta ricostruzione, la Corte ha osservato che «gli organi giurisdizionali nazionali hanno basato la condanna del ricorrente, oltre che sulle dichiarazioni controverse, sulle testimonianze dell'agente di polizia e del proprietario del bar. Tuttavia, non si può non constatare che durante il dibattimento è stato sentito solo il poliziotto che è intervenuto sul posto ed ha raccolto le dichiarazioni di X e Y al momento dei fatti. Ora, questi, non essendo stato testimone diretto dei fatti contestati al ricorrente, non ha potuto fare altro che riferire le dichiarazioni rese dalle due presunte vittime».

In sintesi: posto che il materiale probatorio adoperato dai giudici italiani ai fini del decidere era stato rappresentato da dichiarazioni rese nel segreto delle indagini da testimoni oculari, mai sottoposte a contraddittorio, e dai *dicta* di un agente, che era stato sì sentito in dibattimento, ma aveva riferito solo quale teste *de relato*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che i giudici nazionali avessero basato la condanna del ricorrente in maniera effettivamente determinante sulle dichiarazioni di due accusatori, mai sottoposte a contraddittorio.

E' a questa giurisprudenza che la sentenza delle Sezioni Unite si è doverosamente atte-

nuta, allorché rileva come non sia sufficiente giungere ad una lecita acquisizione processuale dei *dicta* raccolti durante le indagini preliminari, tramite (corretta) applicazione dell'art. 512-bis c.p.p.; affinché l'eventuale decisione di condanna risulti legittima occorre che il giudice del merito sia in possesso di *altri* elementi, di tale valore, anzi, da bastare – pure da soli – a giustificare la pronuncia di condanna.

Nel caso specifico, la premessa di cui sopra produce conseguenze lineari: «se era stata accertata la volontà della teste (per molteplici motivi, anche economici) di non tornare in Italia solo per rendere testimonianza, risultava anche accertato che la teste si era volontariamente sottratta, per sua libera scelta, all'esame. In ogni caso, quindi, i giudici avrebbero dovuto accertare se sussistevano altri elementi probatori di riscontro alle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria, le quali di per sé sole non erano idonee a fondare una affermazione di colpevolezza». Realizzazione perfetta, come si nota, dei canoni europei; acclarata una sottrazione a contraddittorio non fondata su pressioni esterne ed evidentemente illecite, le dichiarazioni predibattimentali della teste non avrebbero comunque potuto giustificare una sentenza di condanna in quanto unico elemento conoscitivo posto a disposizione del giudice.

E' bene ripeterlo: le Sezioni Unite hanno fornito agli utenti del processo penale una sentenza esemplare, auspicabilmente foriera di sviluppi analoghi su terreni altrettanto sensibili.