

EDITORIALE / EDITORIAL

ADOLFO SCALFATI

“Considerazioni inattuali” sulla Suprema Corte / “Unactual valuations” about the Supreme Court	1
--	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / National legislative news (ADA FAMIGLIETTI)	10
Novità sovranazionali / Supranational news (DANIELA VIGONI)	12
De jure condendo (MARILENA COLAMUSSI)	15
Corti europee / European Courts (ANTONIO BALSAMO)	19
Corte costituzionale (DONATELLA CURTOTTI)	23
Sezioni Unite (ANTONIO PAGLIANO)	26

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Revisione: nuove prove, vaglio della richiesta e pronuncia d’inammissibilità in udienza pubblica	30
Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 25 giugno 2012, n. 1395	30
Nella revisione negata di un noto processo di “mafia” i segni della “mutazione genetica” dell’impugnazione straordinaria / In the refuse of judicial revision in a notorius “mafia’s trial” the signs about the “genetic modification” of the extraordinary impugment (PAOLA MAGGIO)	34
Sono necessari i gravi indizi di responsabilità a carico dell’ente per disporre il sequestro preventivo	38
Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 10 settembre 2012, n. 34505	38
La Corte di cassazione precisa i presupposti applicativi del sequestro preventivo <i>contra societatem</i> / The supreme court specifies conditions for application of preventive seizure <i>contra societatem</i> (FEDERICO CERQUA)	41
In una società democratica non si può costringere il giornalista a svelare le proprie fonti, nemmeno se ha diffuso notizie riservate	48
Corte e.d.u., Sezione V, 28 giugno 2012, ricc. 15054/07 e 15066/07, <i>Ressiot e altri c. Francia</i>	48
Esigenze d’indagine e tutela delle fonti giornalistiche secondo la Corte e.d.u / Needs of investigation and protection of journalistic sources according to the e.c.h.r. (FRANCESCO TRAPPELLA)	55
Alla Corte costituzionale la questione di legittimità della custodia cautelare obbligatoria per gli imputati dei delitti aggravati dal “metodo” o dalla “agevolazione” mafiosi	62
Corte di cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 10 settembre 2012, n. 34473 – Pres. Lupo	62
Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e legittimità costituzionale: un nuovo controllo / Further constitutional control regarding the obligatory pre-trial custody provided by art. 275.3 cpp (LAURA CAPRARO)	69
DIBATTITI TRA NORME E PRASSI / DEBATES: LAW AND PRAXIS	
Giudizio abbreviato e indagini difensive: il contraddittorio imperfetto / “Giudizio abbreviato” and Defensive Investigation: the different positions of Defence and Prosecution (ALBERTO ZIROLDI)	78

Legalità e merito nel procedimento di riesame / *The “riesame” proceeding* (MARZIA FERRAIOLI) 86

Il sopralluogo di polizia giudiziaria. Tra latitanze legislative e prassi operative devianti / *The inspection of investigative police. Between legislative inaction and deviant operative practices* (EMILIA LOMBARDO)..... 92

INDICI / INDEX

Autori / *Authors*..... 101

Provvedimenti / *Measures*..... 102

Materie / *Topics* 102

ADOLFO SCALFATI

“Considerazioni inattuali” sulla Suprema Corte

“Unactual valuations” about the Supreme Court

La Corte di cassazione lavora allo stremo e sembra costretta a produrre con un *deficit* qualitativo; cosicché, si avanzano proposte dirette a ridurre la quantità di ricorsi, invocando a sostegno la funzione nomofilattica dell'organo. Ma bisogna capire, innanzitutto, quanto è possibile tornare indietro sul fronte della domanda di giustizia. Comunque salvo aspetti di dettaglio, deflazione e rimodellamento del ruolo non sono concepibili sulla base di interventi legislativi atomistici, senza ritocchi al più complesso sistema dell'impugnazioni.

The “Corte di Cassazione” works in such a hard way and seems to be obliged to produce with a consequent deficit in quality; therefore, the proposals intended to reduce the quantity of petitions is made, invoking the peculiar function of this institution. But, first of all, it must be clear whether it is possible to reduce the existing request for justice. However, apart from details, the deflation and the transformation of its role are not conceivable on the basis of legislative action, without previous adjustments of the current complex system of appeals.

UN “CARICO” INEVITABILE

Il peso dei ricorsi schiaccia la Corte di cassazione; la fotografia impietosa, benché non nuova, spinge ad invocare il legislatore perché restringa i limiti dell'impugnativa. Tuttavia, prima di ipotizzare riforme occorre chiarezza, in primo luogo, sulle cause dell'ipertrofia le quali, se non eludibili, costituiscono un ostacolo ad interventi di pura deflazione.

Si sta parlando di un organo che non è solo un punto di vertice dell'apparato giudiziario¹; gli obiettivi dell'esatta “osservanza della legge” e della “unità del diritto oggettivo nazionale”, sanciti dall'art. 65 ord. giud., stanno lì per assicurare la certezza dei rapporti sulla quale si regge il sistema sociale e,

in ultima analisi, la struttura dello Stato. Il richiamo alla “unità”, alla “nazionalità” e alla “oggettività” del diritto – parole dai connotati fortemente ideologici – esprimono la collocazione meta-individuale assegnata *illo tempore* alla Corte, sottolineandone la distanza dalle vicende giudiziarie concrete e racchiudendone l'intervento nella gabbia del formalismo interpretativo. A ben vedere, però, nemmeno in quella disciplina la scelta fu così radicale: l'esigenza di conseguire anche la “uniformità dell'interpretazione” implica uno sguardo legislativo proteso verso l'eguaglianza di trattamento dinanzi alla legge, profilo che rappresenta una tipica garanzia dell'individuo. Era il germe di un'ottica soggettivistica, poi, apertamente coltivata dalla Costituzione quando ha prescritto il diritto alla ricorribilità contro le sentenze e le misure *de libertate* (art. 111, comma 7, Cost.)².

¹ Quanto al ruolo occupato dalla Corte nel sistema giudiziario, resta una pietra miliare l'indagine di Calamandrei – Furno, *Cassazione civile*, in *Ns. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 1052 ss., un precipitato di riflessioni (riprese alla luce della vigente disciplina di ordinamento giudiziario ma già) espresse altrove, molti anni prima.

² In tema, anche per i dibattiti che precedono la disciplina di ordinamento giudiziario vigente, Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 27 ss.

La tendenza a chiedere alla Corte la tutela di situazioni individuali, spingendo su un binario parallelo il finalismo oggettivo del suo operato, è aumentata nel tempo, di pari passo allo sviluppo dei bisogni umani nel contesto sociale. La crescente poliedricità della dimensione soggettiva, anche nel delicato rapporto tra persona e collettività, ha irrobustito la richiesta di una decisione tarata sul prisma della fattispecie giudiziaria, assoldando la Corte, esponente finale del sistema, perché enunci l'ultima ed autorevole opinione; né, dal canto suo, nell'esprimere il cd principio di diritto, la Corte è rimasta immune dal fascino del caso concreto³. Insomma, in una società in continuo fermento, dove si allargano via via le frontiere dei diritti individuali, la domanda di giustizia si amplia ineluttabilmente, producendo la fibrillazione dell'intero apparato alla quale il vertice non può sottrarsi con facilità.

Ma emergono (perlomeno) altri due profili che hanno progressivamente alterato la fisionomia della Corte⁴, accrescendone l'intervento.

Il primo è il "vuoto" di un persuasivo potere politico e la conseguente supplenza dell'ordine giudiziario; fenomeno generale, certo, che però ha riversato "a cascata" sulla Corte scelte organizzative (es., il funzionamento dell'ufficio del Massimario, punto di riferimento di opzioni culturali non certo impolitiche) e decisorie di grande impatto, talune capaci di determinare attriti con primari poteri dello Stato; si pensi al dialogo talvolta difficile con la Corte costituzionale o alle soluzioni giurisprudenziali *praeter legem*, "sostitutive" della produzione di norme. Sarebbe ingenuo credere che, in un territorio minato da conflitti istituzionali, la Corte abbia mantenuto un ruolo asettico, congeniale ad una interpretazione formalistica della legge.

Il secondo è la proliferazione legislativa, da un lato, e il mancato rinnovarsi di discipline antiche, dall'altro; aspetti che pretendono un'opera di repentino adattamento dell'interpretazione, con poche speranze di conseguire approdi durevoli, nonostan-

te i fulminanti interventi delle Sezioni Unite⁵. A ciò si aggiunge l'assenza di determinatezza legislativa e, talvolta, la cattiva compilazione dei testi, fattori che impongono sforzi esegetici dai quali non può essere estromessa l'analisi relativa alla pluralità di esigenze, individuali o di gruppo, sottese al divenire di una disciplina. Senza contare l'infittirsi delle relazioni con l'ordinamento sovranazionale⁶ o la necessità di fronteggiare la torsione delle norme interne rispetto alle pronunce delle Corti europee⁷.

CATEGORIE DIACRONICHE

Se le cose stanno così, il nodo del "carico" della Corte non può sciogliersi con una semplice rivendicazione di un suo ruolo nomofilattico *a priori*, senza un confronto con il contesto socio-culturale in cui opera. Tantomeno la questione potrebbe dipanarsi ricorrendo all'autorevole distinguo – frutto di precise scelte ideologiche sul ruolo della Corte – dello *jus constitutionis* e dello *jus litigatoris*⁸: si tratta di categorie che, dinanzi ad un panorama tanto frastagliato, rischiano di semplificare troppo la questione, stagliandosi nel limbo della pura astrattezza. In una società complessa, a tratti "liquida", i due fenomeni – interpretazione oggettiva del diritto e decisione per la tutela dei diritti – non sono scindibili⁹. Quando il quadro sociale è semplice, composto di pochi, chiari e condivisi valori, una Corte lontana dalle vicende individuali, esclusivamente protesa a sagomare le modellistiche della norma, può facilmente essere accolta; lì è ipotizzabile che la Corte lavori poco e

⁵ Con una certa frequenza, l'intervento delle Sezioni Unite assume un carattere preventivo, teso ad evitare potenziali contrasti, più che risolvere difformità interpretative in atto.

⁶ Anche grazie al nuovo art. 117 Cost., il quadro dei rapporti tra fonti interne e norme sovranazionali è profondamente mutato: lentamente, da un'autarchia nazionale, il sistema si presenta a geometria variabile, integrato da provvedimenti dell'Unione europea, da Carte sovranazionali sulle libertà e da altri testi pattizi concernenti materie più diverse, la cui portata sulla disciplina interna assume un carattere non sempre univoco, malgrado il tendenziale protagonismo attribuito alle regole sovranazionali.

⁷ L'interpretazione della Cedu resa dalla Corte di Strasburgo è un argomento sempre più spesso dalla giurisprudenza di legittimità e rappresenta persino un precedente vincolante - stando a una breccia aperta dalla Corte costituzionale - nonostante gli esatti rilievi circa la spiccata tendenza ad esaltare il diritto giurisprudenziale pattizio a discapito dell'esegesi del dato convenzionale da parte del giudice interno (Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, *Proc. pen. giust.*, 2011, 4, 116 ss).

⁸ Già, Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, 1896, II ed., 120.

⁹ Cfr., per più utili rilievi, Borrè, *La Cassazione oggi: problemi e prospettive*, *La magistratura*, 1996, aprile-giugno, 27, nonché, Senese, *Funzione di legittimità e ruolo di nomofilachia*, *Foro it.*, 1986, IV, 256.

³ Proprio leggendo i provvedimenti emessi dalle sezioni singole emerge che la vicenda giudiziaria concreta influenza la scelta del cd principio di diritto; spesso, anzi, non è semplice comprendere l'enunciato interpretativo della Corte senza tenere a mente la fattispecie sottesa all'impugnativa. È difficile dire quanta parte del fenomeno sia attribuibile al mutamento di prospettiva in chiave soggettivista (evidenziato nel testo) e quanto alla difficoltà di alcuni magistrati di adattarsi al ruolo tendenzialmente nomofilattico preteso dall'art. 65, ord. giud.

⁴ Più recentemente, in materia, Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca del giusto processo (tra essere e dover essere)*, Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 519 ss.

SCALFATI / "CONSIDERAZIONI INATTUALI"

bene, esprimendo principi accettati e, dunque, destinati a durare. Oggi, simile quadro rappresenta un "luogo della memoria": il proliferare della materia, una società poliedrica e una accentuata diffidenza verso l'apparato pubblico, alimentano fatalmente nell'individuo un massiccio e verticale bisogno di giustizia.

Una certa caducità riguarda pure l'evocazione del rischio, frequente nei dibattiti in materia, di trasformare il compito della Corte in quello di un "giudice di terza istanza": non più a tutela del diritto oggettivo ma a salvaguardia del caso concreto. È un *leitmotiv* assai diffuso per proteggere la Corte dall'eccessiva vicinanza al "fatto"¹⁰, di recente invocato affrontando la scelta del se scrutinare la motivazione attraverso il solo provvedimento impugnato o anche esaminando gli atti probatori. A parte l'ingenuità di pensare che il "fatto" sia un elemento neutro durante l'analisi della motivazione¹¹, così posta, l'alternativa sul ruolo della Corte assume una veste troppo formale: come se l'ampiezza del controllo di legalità sul giudizio di merito dipendesse dalla configurazione ideale che si vuole attribuire al ruolo della Corte e non fosse influenzata, invece, dalla disciplina dei codici o, prim'ancora, dalla domanda di giustizia che orienta le scelte legislative e domina inedite aperture della prassi quando cerca soluzioni tra le pieghe del sistema¹².

C'è un altro equivoco da sfatare, anche se tocca la Corte in via indiretta: l'idea che la misura dei controlli dipenda dall'astratta contrapposizione accusatorio/inquisitorio; una volta adottato il primo modello, sarebbe ineluttabile la riduzione dei provvedimenti impugnabili e dei motivi di doglianza. Ma è un'equazione debole, affetta da un automatismo incompatibile allo sviluppo dei fenomeni sociali; la struttura dei controlli va calata nel perimetro delle autonome tradizioni culturali, non trasferibili da un luogo all'altro con un tratto di penna, nemmeno quando questo è assistito da accattivanti nomenclature. Non si può ignorare che la tradizione italiana ha affidato il giudizio ad organi professionali obbligati ad esprimere le ragioni delle scelte compiute e che si tratta di un'opzione radicalmente diversa dagli ordinamenti dove

dominano giurie e verdetti immotivati; già così s'intuisce, stante la radicale diversità delle linee di fondo, come il regime dei gravami possa essere significativamente differenziato tra sistemi, ostacolando confronti assai semplicistici.

Peraltro, la ipotizzata simmetria presuppone una verifica in filigrana sull'effettivo ruolo delle parti e sulla condotta del giudice. Certo, non si nega che il potenziamento del contraddittorio nel primo giudizio può determinare un fisiologico *deficit* dei gradi di controllo; ma una soluzione ragionevole, senza indulgere a schematismi, imporrebbe di analizzare a fondo la disciplina, anche misurando le potenzialità difensive attraverso il diritto vivente.

CONTROLLO SUL "GIUDIZIO DI FATTO"

È un punto controverso – con ricadute centrali in tema di carico di lavoro – l'ampiezza del controllo sulla motivazione¹³.

Ma esistono sintomi evidenti per diagnosticare una conclamata esigenza che la Corte valuti *con effettività* se il provvedimento tramite cui si esprime il giudizio di merito è conforme al suo modello legale; il che vuol dire valorizzare il legame tra argomenti della decisione e prove, tra esercizio del potere giudiziario e contraddittorio.

In primo luogo, è la disciplina che esprime questo rapporto: il raccordo tra gli artt. 192, comma 1 e 546, lett. e), c.p.p. – o, sul versante cautelare, l'art. 292 c.p.p. – enuncia una sagoma normativa dove conta la relazione tra dati probatori acquisiti e argomenti a sostegno della pronuncia¹⁴; cosicché se la Corte non potesse valutare tale relazione, il controllo sulla corrispondenza dell'atto impugnato al suo modello dipenderebbe esclusivamente dalla completezza con la quale il giudice di merito illustra il panorama istruttorio, con inevitabile disegualianza da caso a caso. Il suddetto rilievo si rafforza riflettendo sulla corrispondenza biunivoca tra la disciplina appena richiamata e le regole di giudizio da osservare per la pronuncia di merito: è intuibile come queste siano assorbite dal modello positivo della motivazione. Ancora, negli stessi termini si orienta l'art. 526, comma 1, c.p.p. – disciplina che colpisce pure i giudizi alternativi – dal quale si desume agevolmente che non è possibile invocare nell'apparato esplicativo prove che non sono (legittimamente) acquisite, dunque che processualmente non esistono.

¹⁰ L'irruzione della Corte sul terreno del "fatto" ha prodotto un'ampia letteratura; si legga la sintesi delle problematiche enucleata da Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, 261 ss.

¹¹ Un tema non certo recente, sul quale permane insuperata l'analisi di Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, (1937), Padova, 1964, passim.

¹² «Insomma c'è un'incomprimibile anelito di giustizia che spira nelle asettiche aule dei giudici di ultimo grado»: Iacoviello, *La motivazione*, cit., 279.

¹³ In sintesi, spiegano i termini del problema, D. Siracusano – F. Siracusano, *Cassazione, II) Diritto processuale penale, Enc. giur.*, VI, 2000, Roma, 4.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, Bargi, *Il ricorso per cassazione*, Gaito (diretta), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 511 ss.

Nell'insieme, è il sistema positivo sul quale poggia la legalità della decisione che richiede di non espungere la verifica degli atti per sindacare motivazioni inquinate da apatie o da paradossi relativi all'esame della prova.

Si aggiungano le previsioni sovranazionali (art. 14 Patto int. dir. civ. pol.; art. 2, VII Protocollo Addizionale alla Cedu), le quali impongono che vi sia perlomeno un ulteriore grado nel controllo della colpevolezza, aspetto del tutto negato se alla Corte si precludesse l'indagine sul raccordo motivazione-risultati di prova posto a base di una condanna pronunciata su appello del pubblico ministero¹⁵.

Poi, è la prassi che reagisce al tentativo di evitare il controllo sul legame tra motivazione e dati probatori. Innanzitutto proprio la Corte ha proposto aperture – prima della modifica effettuata sull'art. 606, lett. e), c.p.p. – quando ha allargato l'ambito della verifica oltre «il testo del provvedimento impugnato», per fronteggiare l'iniquità di giudizi basati su prove omesse o travisate, fenomeno che il rigore della disciplina tendeva a precludere¹⁶. È ancora la Corte a pretendere, anche in tempi recenti, l'irrobustimento della motivazione della condanna intervenuta per la prima volta in appello, invocando la necessità di argomentare tenendo conto della regola contemplata dall'art. 533 c.p.p.¹⁷.

Sotto un distinto profilo, quando il controllo di legittimità della decisione risulta debole, altrove si aprono prospettive di recupero: la prova omessa ritrova una sua impropria e tardiva censura tramite l'accesso allargato alla revisione¹⁸. Senza considerare le ricadute in ottica compensativa che si registrano attraverso il proliferare dei procedimenti di esecuzione, ulteriori forme di verifiche "postume" che un più proficuo impegno in sede d'impugnazione potrebbe sensibilmente ridurre.

Dinanzi al deficit di controllo, reagisce anche il legislatore. Prima, introduce il ricorso straordinario¹⁹, dove chiede alla Corte di autocorreggere le sue sviste nella lettura degli atti: l'esegesi è piuttosto riduttiva, escludendo operazioni ortottiche in materia di travisamenti probatori e motivazione²⁰, per quanto niente lo vieti in astratto; poi, estende la revisione

alle sentenze di patteggiamento²¹, una surrettizia modalità di verifica dinanzi al negato controllo sulla motivazione dell'atto negoziale, che pur avrebbe potuto essere soddisfatto sul terreno delle ragioni che hanno indotto ad escludere il proscioglimento immediato o sul fronte della corretta qualificazione giuridica; infine, manipola l'art. 606, lett. e), c.p.p.²². In definitiva, proliferano evidenti sintomi d'insolenza quando si pretende che Corte lavori in un laboratorio "sterile", immune dal controllo effettivo sulla pronuncia che esprime il giudizio di merito

GLI ANTICORPI

Dinanzi alla crescita della domanda di giustizia la Corte si protegge.

In linea di fondo, si propaga l'idea che un amplificato diritto di difendersi impugnando possa rappresentare un abuso del processo, secondo un duplice volto: in primo luogo, l'abuso è in *re ipsa*, nella disciplina dei controlli giudicata ipertrofica; poi, l'abuso investe il potere d'impugnare esercitato con finalità dilatorie²³. Ed ecco l'emergere del *self-restraint* in tema di inammissibilità originaria e prescrizione del reato, di non manifesta infondatezza del ricorso, di motivi deducibili, e via di seguito²⁴; tutte contrazioni praticate mediante un procedimento camerale poco attento al contraddittorio²⁵.

Inoltre, si tenta un'interpretazione riduttiva, se non abrogatrice, della novità introdotta con la cd. legge Pecorella, sostenendo che il confronto tra atti e motivazione non riguardi le prove, con ogni implicazione circa l'ineffettività del controllo²⁶.

Infine, si tracciano confini sul sindacato della motivazione, postulando il teorema della cd "prova di resistenza", secondo cui il ricorso che invochi valutazioni omesse o travisamenti della prova deve rappresentare contenuti di tale decisività da disarticolare l'intero costrutto argomentativo posto a base della pronuncia²⁷.

²¹ Art. 3, l. 12 giugno 2003, n. 134.

²² Art. 8, comma 1, lett. b), l. 20 febbraio 2006, n. 46.

²³ Cfr., nella duplice prospettiva, la sintesi di Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 259 ss.

²⁴ Segnala le menzionate modalità "reattive", Spangher, *Omissioni e recuperi nella disciplina delle impugnazioni*, AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, (Atti del Convegno di Lecce, 23 – 25 ottobre 2009), Milano, 2012, 384 s.

²⁵ Il tentativo di scremare l'entità dei ricorsi è stato praticato tramite l'istituzione della cd sezione filtro (art. 6, l. n. 128 del 2001), la quale giudica sull'ammissibilità dell'impugnativa previo un contraddittorio puramente cartolare.

²⁶ Il fenomeno è accuratamente descritto da Ferrua, *Il "giusto processo"*, cit., 247 ss.

²⁷ Tra le ultime, Cass., sez. IV, 1 marzo 2011, n. 14732, *CED Cass.*, 250133.

¹⁵ Ferrua, *Il "Giusto processo"*, Bologna, 2012, 248.

¹⁶ Cass., sez. un., 24 novembre 2003, n. 45276, *Cass. pen.*, 2004, 837 e, di seguito, con varietà di soluzioni, Cass., sez. IV, 19 aprile 2005, n. 40059, *CED Cass.*, 232439; Cass., sez. IV, 9 giugno 2004, n. 29920, *Cass. pen.*, 2005, 2553; Cass., sez. I, 3 dicembre 2003, n. 1647, *Cass. pen.*, 2005, 93.

¹⁷ Cass., sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, *CED Cass.*, n. 241169

¹⁸ Cass., sez. un., 26 luglio 2001, *Cass. pen.*, 2002, 1952.

¹⁹ Art. 6, comma 6, l. n. 128 del 2001.

²⁰ Una scia aperta da Cass., sez. un., 4 aprile 2002, *Dir. pen. proc.*, 2002, 988 (cui *adde*, Cass., sez. un., 30 aprile 2002, *Cass. pen.*, 2002, 2621).

... GLI ONERI DEL RICORRENTE

È ancora sulla richiesta di controllo relativo alla corrispondenza tra atti e motivazione che la Corte stringe le maglie, prescrivendo al ricorrente di produrre (o indicare) la documentazione probatoria considerata come punto di riferimento della doglianza²⁸; talvolta, si fissa un puntuale decalogo degli elementi integrativi del ricorso, obbligando l'impugnante a spiegare come gli atti richiamati o allegati si rivelino tali da smontare il costruito motivazionale²⁹. Si tratta di un diritto pretorio inaugurato dalla Corte sull'atto introduttivo, emulando soluzioni normative adottate a proposito del processo civile in termini di "autosufficienza del ricorso".

Ma il regime dell'inammissibilità, anche quando attiene a questioni formali, è improntato a stretta determinatezza ed è vincolato ad ipotesi preventivamente rese note; niente vieta che il legislatore obblighi il ricorrente a indicare quali sono gli atti in base ai quali la motivazione non regge, specificando come e quando darne notizia e qualificando l'inosservanza come ipotesi di inammissibilità. Bisognerebbe, però, che l'intervento legislativo non sia irragionevole e risulti proporzionato agli scopi deflativi che persegue, tenendo a mente che sono in gioco diritti inalienabili; occorre valutare quanto, e in che misura, tenere la Corte lontano dagli atti rappresentati un valore da tutelare rispetto al diritto della parte di affermare la tutela di primarie situazioni soggettive.

In ogni caso, è eccentrico che le condizioni di accesso alla giurisdizione, tramite una specie di autoproclamazione del diritto a non ricevere, siano sancite dall'organo al quale si chiede giustizia. Anche se la soluzione si spiegasse nell'ottica della ragionevole durata del processo e si attraesse l'onere del ricorrente all'area delle preclusioni – è molto in voga l'idea della preclusione come *moral suasion* delle iniziative giudiziarie della difesa³⁰ – bisogne-

²⁸ Si forgia un dovere *praeter legem* dove l'atto impugnatorio assolve da solo alla funzione di unico documento tramite cui individuare i vizi della sentenza: tra le altre, Cass., sez. VI, 8 luglio 2009, n. 31778, *Guida dir.*, 2009, 41, 105; Cass., sez. fer., 13 settembre 2007, n. 37368, *Cass. pen.*, 2008, 3372.

²⁹ Richiama il panorama giurisprudenziale formulandone la critica P. Ferrua, *La ragionevolezza oltre il ragionevole dubbio*, Filippi (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, 2007, 152 s; in termini analoghi, sia pure meno pungenti, G. Di Chiara, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, Bargis – Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007, 218 ss.

³⁰ In tema, anche per i richiami alla letteratura che palesa consuetudini *praeter legem* e rischi di indebolimento delle garanzie individuali, Luparia, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 137 ss.

rebbe convenire che il testo costituzionale (art. 111, comma 2) rimette al legislatore le scelte in proposito e non autorizza un intervento in supplenza da parte dell'apparato giudiziario.

Allo stato, la presenza di oneri di matrice pretoria in tema di ammissibilità del ricorso, in assenza di un decalogo normativo, genera: a) incertezze di tutela dovute ai contrasti giurisprudenziali; b) equivoci dovuti ad improvvisi mutamenti di indirizzi; c) sottrazioni a controlli sulla compatibilità costituzionale delle scelte, non essendo esse scrutinabili da nessuno.

RAPPORTO CON L'APPELLO

È difficile pensare che la cognizione della Corte possa essere diversa da quella che è se non si affronta il problema dell'intero settore delle impugnazioni e, principalmente, dell'appello. Esiste un sistema di vasi comunicanti che lega i principali mezzi di reclamo; cosicché, le riforme che toccassero solo i limiti di accesso alla Corte potrebbero provocare un serio effetto *rebond* sulla tenuta dei controlli, rischiando di non essere metabolizzati dal contesto di riferimento³¹. È pensabile contrarre il controllo di legalità sul giudizio di merito lasciando inalterato l'appello della sentenza di proscioglimento del pubblico ministero³² o ritenendo che il suo appello, in tal caso, abbia un effetto integralmente devolutivo? Quale costo pagherebbe la garanzia contemplata dall'art. 111, comma 7 Cost. se si contraesse il controllo della Corte dinanzi all'integrale permanenza della *reformatio in pejus*? Ipotizzando una chiusura all'indagine sul rapporto tra motivazione e prova, sarebbe realisticamente adeguato mantenere la disciplina attuale della rinnovazione istruttoria in appello quale aspetto largamente residuale? Lasciando l'appello com'è e restringendo i margini di accesso alla Corte, l'effettività del giudizio di secondo grado potrebbe implodere contando sul successivo controllo depotenziato?

Forse, un ripensamento sui limiti all'appello del pubblico ministero³³ – ipotesi non esclusa a priori

³¹ Cfr., anche per la limpida espositiva, Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 269 s.

³² Proprio per casi del genere, propone un rafforzamento del controllo sulla motivazione Spangher, *Poche e confuse idee per la riforma dell'appello*, Filippi (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, 2007, 361.

³³ Dopo le censure costituzionali al divieto del pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento, si leggano le moderate proposte di riforma - tese a ridurre il potere di gravame dell'accusa - avanzate da Ciani, *Intervento*, AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità*, (Atti del Convegno - Palermo, 1-2 dicembre 2006), Milano, 2008, 205 s.

dalla Corte costituzionale, purché ragionevolmente colta – potrebbe creare le condizioni per formulare più significative proposte di riforma circa l'ambito della verifica in cassazione.

Ma per capire esattamente, in sede di riforma, quale può essere il limite oggettivo della devoluzione occorre chiarezza non solo sul piano dei rapporti tra appello e cassazione ma anche sul versante della struttura del provvedimento (cioè, come devono essere esposti gli elementi che lo compongono), in particolare della sentenza. Bisognerebbe delineare con precisione i frammenti dell'atto che rappresentano la decisione, scomponendoli in punti (ciascuno potenziale oggetto di doglianza) in modo da ritagliare con meno approssimazione l'eventuale contenimento del controllo³⁴. Su piano operativo, peraltro, ne guadagnerebbe una più immediata individuazione dell'oggetto reclamato e degli argomenti proposti.

POCHE E CAUTE PROPOSTE

Non è tempo di riforme che alterino il giudizio di cassazione, tantomeno di quelle che imporrebbero un *revirement* nella prospettiva del cd. *jus constitutionis*, oggi probabilmente percepito come un atto d'imperio. D'altro canto, modifiche strutturali andrebbero realizzate insieme al rimodellamento dell'intero comparto delle impugnazioni, incluso il sottosistema cautelare; e, poiché l'impalcatura dei gravami non è sganciata dal resto, se si vuole assicurare un equilibrio tra durata del procedimento e garanzie, puntando sui controlli, non si può nemmeno trascurare il rapporto tra giudice e parti cominciando dalla prima fase di merito.

In ogni caso, se si abbandona l'obbiettivo - assai ambizioso - di rimodellare il ruolo della Corte e si punta su quello, meno nobile ma altrettanto importante, di migliorarne il funzionamento, è possibile prospettare qualche intervento legislativo diretto ad attenuare il carico o, quantomeno, a renderne più flessibile la gestione. Ma occorre un'avvertenza di fondo: il rispetto delle libertà fondamentali che, *rebus sic stantibus*, trovano una forte aspettativa di tutela, non può essere sacrificato alla funzionalità dell'apparato; ogni riforma che investa lo snellimento della giurisdizione di legittimità dovrà essere ragionevole e proporzionata alla tutela dei valori individuali di rango primario.

In questi limiti, sul piano dei provvedimenti impugnabili – anche postulando un calibrato ritocco

all'art. 111, comma 7 Cost. – si può pensare a precludere il ricorso verso le sentenze dichiarative di nullità e le sentenze di non luogo a procedere; a restringere, in taluni casi, l'impugnativa delle ordinanze diverse da quelle cautelari (es., in tema di questioni pregiudiziali); a limitare il controllo contro i provvedimenti emessi in esecuzione aventi ad oggetto materie secondarie (es. le spese giudiziali), compensando la perdita con nuove forme di reclamo; a circoscrivere il ricorso contro le sentenze di patteggiamento, magari limitando il controllo alla corretta qualificazione del fatto e alla legalità della pena inflitta e introducendo un correttivo disciplinare per i casi reiterati di motivazione apparente.

Per fluidificare la verifica d'ammissibilità del ricorso, è ipotizzabile una procedura *de plano*, per la sola carenza di requisiti formali (tempo, legittimazione, presentazione e radicale mancanza di motivi) quando esistano al riguardo indirizzi consolidati delle Sezioni Unite³⁵; peraltro, si tratta di aspetti che, erroneamente valutati per svista, possono trovare un rimedio "postumo" tramite la disciplina dell'art. 625 *bis* c.p.p.

Più problematiche le potenziali innovazioni sui profili estrinseci della legittimazione e sulla struttura dell'atto introduttivo.

Innanzitutto, si può meglio ripartire il potere del pubblico ministero, prescrivendo che il procuratore generale impugni i soli provvedimenti emessi dalla corte d'appello e che sia il magistrato assegnatario delle funzioni di pubblico ministero in primo grado l'unico ad avere il diritto di invocare un controllo, con una verifica postuma del capo dell'ufficio in funzione esclusivamente disciplinare.

Forse, in vista di un più meditato esercizio del potere, si potrebbe introdurre – negli stessi casi previsti dall'art. 616 c.p.p. – una segnalazione che abbia maggior peso nel *curriculum* personale del magistrato d'accusa, ogni volta che la sua impugnazione sia respinta o dichiarata inammissibile; in fondo, la parità tra le parti, tenuto conto della disciplina che imputa sanzioni pecuniarie a carico del privato, impone di trovare un rimedio che simmetricamente dissuada il pubblico ministero dal proporre ricorsi destinati ad abortire.

Quanto alla legittimazione dell'imputato, la proposta di affidare esclusivamente al difensore la sottoscrizione del ricorso, eliminando in radice il potere autonomo della parte, è da percorrere con cautela,

³⁴ Profilo acutamente colto da Spangher, *Intervento*, AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno - Palermo, 1-2 dicembre 2006), Milano, 2008, 373.

³⁵ Negli stessi termini, forse più rigidi, è l'indicazione di Lattanzi, *Intervento*, AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione. Controlli di merito e controlli di legittimità* (Atti del Convegno - Palermo, 1-2 dicembre 2006), Milano, 2008, 283 s.

avendo riguardo ai contenuti di una futura disciplina. Innanzitutto, bisogna domandarsi se il diritto di autodifendersi ricorrendo in cassazione – ancorato agli artt. 24, comma 2 e 111, comma 7 Cost. – possa essere eliminato *tout court*³⁶, senza paracaduti che riguardano un rimodellamento della difesa d'ufficio e del gratuito patrocinio; gli interrogativi aumentano pensando al controllo sui provvedimenti in materia di libertà personale e alle difficoltà che incontra un detenuto di raccordarsi in tempi brevi con l'avvocato specializzato.

Ma pure ipotizzando una disciplina di ampio respiro, che tenga conto del rafforzamento della difesa tecnica nei termini precisati, bisognerebbe riflettere, proprio al fine di migliorare lo scrutinio della Corte, su quale sia la figura adatta ad assumere il ruolo di avvocato cassazionista: non basterebbe il sistema attuale, dove lo *status* si acquisisce con il passare del tempo, trattandosi di profilo dove si presume – assai ingenuamente, a tacer d'altro – che l'anzianità d'iscrizione all'albo professionale sia sinonimo di capacità. Meglio pensare, allora, ad un elenco al quale si accede per meriti; tuttavia, qui la scelta dovrebbe seriamente essere ponderata quanto a criteri di selezione, riflettendo sulla fisionomia del ruolo da acquisire, sul tipo di prova da sostenere e sulla categoria degli esaminatori, aspetti di primario rilievo, da tradurre in una disciplina organica di riordino della professione.

Meno convincente è l'ipotesi di obbligare il professionista – anziché la parte – a versare la sanzione irrogabile in caso di inammissibilità o rigetto del ricorso. Non tanto a causa dell'iniquità di un onere imposto ad un professionista che dispensa una prestazione di mezzi e non di risultati, quanto perché le

tariffe fatalmente aumenterebbero mettendo in conto anche l'eventualità della sanzione, senza nessun concreto risultato dissuasivo.

Venendo alla struttura del ricorso, emerge la prospettiva che l'atto indichi (o produca) la documentazione processuale occorrente a valutare la censura dedotta. Si è già detto in ordine alle scelte interpretative della Corte. Sul piano dell'innovazione legislativa, la strategia può essere condivisibile in linea astratta, a condizione che si stabiliscano con chiarezza i contenuti dell'onere e che l'eventuale disciplina rifugga da una moltiplicazione di adempimenti la quale, anziché migliorare ed accelerare la comprensione del *devolutum*, di fatto, servirebbe solo a rendere irragionevolmente arduo l'esercizio del diritto.

Infine, circola l'idea che il ricorso enuclei, come una sorta di premessa, la sintesi della doglianza, indicando le circostanze che si riferiscono alle norme violate. È una proposta affetta da un eccesso di formalismo, al quale le regole delle impugnazioni penali sono tradizionalmente estranee. Peraltro, si rischia di escogitare soluzioni che si prestano ad un'elevata dose di arbitrio interpretativo; anche se, per fronteggiare disorientamenti dovuti al *deficit* di determinatezza, qualcuno potrebbe persino invocare un formulario dai sotterranei intenti didattici. Ma non è pensabile che la tutela di libertà fondamentali, oltre alle numerose condizioni di ammissibilità contemplate dagli artt. 591 e 606, comma 2 e 3 c.p.p., dipenda pure dal cattivo uso della formula posta in premessa alla domanda che chiede giustizia. Ad ogni modo, come già detto prima, una prospettiva del genere – l'indicazione di quesiti puntuali da porre alla Corte – dovrebbe essere accompagnata da un simmetrico intervento normativo che raffini la struttura del provvedimento decisorio, obbligando il giudice di merito ad illustrare la pronuncia secondo una esatta scansione di punti.

³⁶ Sostiene Lattanzi (*Intervento*, cit., 279 ss.) che una riforma in tal senso non violerebbe le garanzie contemplate dalla Cedu e dalla Costituzione.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

LEGGE ANTI-CORRUZIONE

(L. 6 novembre 2012, n. 190)

È entrata in vigore la legge 6 novembre 2012 n. 190, contenente le «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» (G.U., Sr. Gen., 13 novembre 2012, n. 265). Si tratta di un provvedimento vasto e complesso, composto da un unico articolo contenente oltre ottanta commi, approvato all'esito di un tortuoso *iter* normativo con l'obiettivo di prevenire e contrastare efficacemente i fenomeni corruttivi nella pubblica amministrazione.

Con la legge in commento sono finalmente attuate nel nostro ordinamento sia la Convenzione ONU contro la corruzione, adottata il 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida) e ratificata ai sensi della l. 3 agosto 2009, n. 116, sia la Convenzione penale sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata con l. 28 giugno 2012, n.110. In tal modo è stato posto rimedio alla mancata attuazione delle citate Convenzioni da parte delle rispettive leggi di ratifica.

Sul versante penalistico, si introducono nuove fattispecie di reato, quali il "traffico di influenze illecite" (art. 346-*bis* c.p.) e la "corruzione tra privati" (art. 2635 c.c.) dove si procede "a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi", mentre si riscrive il delitto di concussione e si introducono modifiche alla corruzione.

Limitatamente, poi, al codice di procedura penale, oggetto di intervento sono alcune disposizioni concernenti i termini di durata delle misure cautelari interdittive, quali la sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale, ai sensi dell'art. 288, la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, *ex* art. 289, ed infine il divieto di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese (art. 290 c.p.p.). Obiettivo del legislatore è l'allungamento dei termini di durata di tali misure, quando disposte nei pro-

cedimenti relativi ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

Le misure interdittive – secondo quanto sancito dall'art. 308, comma 1, c.p.p. - perdono efficacia decorsi due mesi dall'inizio della loro esecuzione. Tuttavia, qualora siano disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporre la rinnovazione anche oltre il termine di due mesi.

A tal fine l'art. 1, comma 78, della legge in commento introduce il comma 2-*bis* nell'art. 308 c.p.p., che amplia detti termini limitatamente ai procedimenti per i delitti di peculato (artt. 314 e 316 c.p.), malversazione (art. 316-*bis* c.p.), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* c.p.), concussione (art. 317 c.p.), corruzione (artt. 318, 319, 319-*ter*, 320 c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater*, comma 1, c.p.). Per tutte queste fattispecie di reato, le misure interdittive perdono efficacia decorsi sei mesi (e non due) dall'inizio della loro esecuzione. Analogamente, la legge n. 190/2012 interviene anche sulla durata delle misure interdittive disposte per esigenze probatorie, che secondo la disciplina codicistica possono essere rinnovate ad opera del giudice per un periodo di tempo pari al doppio dei termini di durata massima della custodia cautelare disciplinati dall'art. 303 c.p.p.

Secondo la nuova disciplina, per tutti i reati precedentemente elencati, il giudice può disporre la rinnovazione delle misure interdittive anche oltre sei mesi dall'inizio della loro esecuzione, ma la loro efficacia viene meno se dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al triplo dei termini previsti dal citato art. 303.

Il legislatore è, inoltre, intervenuto sui rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare. L'art. 133, comma 1-*bis*, norme att. c.p.p., introdotto dalla l. 27 marzo 2001, n. 97, stabilisce che il decreto che dispone il giudizio sia comunicato alle amministrazioni o agli enti di appartenenza quando è emesso nei confronti di dipendenti di amministrazioni pubbliche o di enti pubblici ovvero di enti

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

a prevalente partecipazione pubblica, per uno dei delitti previsti dagli artt. 314, comma 1, c.p. (peculato) 317 c.p. (concussione), 318 c.p. (corruzione per un atto d'ufficio), 319 c.p. (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-ter c.p. (corruzione in atti giudiziari) e 320 c.p. (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio) e dell'articolo 3 l. 9 dicembre 1941, n. 1383 (militare della guardia di finanza che commette una violazione delle leggi finanziarie costituente delitto).

La legge anti-corruzione estende l'obbligo di comunicazione del decreto che dispone il giudizio alle amministrazioni di appartenenza anche in relazione al delitto di cui all'art. 319-*quater* c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità), introdotto dalla novella, ed incluso anche fra i delitti per i quali è consentita la particolare ipotesi di confisca anti-mafia di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356.

Interessante è l'innovazione introdotta dall'art. 1, comma 51, l. n. 190/2012, secondo cui, nell'ambito del procedimento disciplinare, è garantito l'anonimato al dipendente che denuncia illeciti all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. La denuncia, infatti, è sottratta all'accesso previsto dagli artt. 22 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, e non può essere oggetto di generica richiesta di copia da parte di chi vi abbia interesse.

Ora, ai sensi del nuovo art. 54-*bis* d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Il segreto sull'identità del denunciante, infatti, viene meno quando si evidenzia un contrasto tra il suo diritto a segnalare illeciti senza essere discriminato e il diritto del denunciato a difendersi: l'identità del denunciante, infatti, può essere rivelata solo se la conoscenza di tale identità sia «assolutamente indispensabile» per la difesa del l'inculpato.

Ma il contenuto della denuncia, e soprattutto la firma, diventeranno noti se il denunciato inizia un giudizio per calunnia o diffamazione, oppure se chiede il risarcimento dei danni da reato.

Sotto il profilo strettamente processuale non s'introduce nessuna deroga all'art. 333, comma 3, c.p.p. che non consente alcun uso delle denunce anonime nel procedimento penale, salvo che costituiscano corpo del reato, trattandosi di una norma che incide nel solo ambito del procedimento disciplinare, a tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti,

così come già la rubrica stessa chiarisce. In realtà il vero obiettivo della disposizione di nuovo conio è incoraggiare comportamenti virtuosi nella pubblica amministrazione, dove i dipendenti sono tenuti a denunciare fatti illeciti conosciuti per ragione del loro ufficio che possano dar luogo a responsabilità, evitando nei confronti di chi denuncia misure discriminatorie aventi effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia, e nei casi più gravi il licenziamento o il trasferimento d'ufficio.

L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di sua competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.

Con riguardo alla responsabilità delle persone giuridiche, va segnalato come l'art. 18 della Convenzione penale di Strasburgo del 1999 richieda ad ogni Stato aderente di connettere ai delitti di corruzione e di traffico illecito di influenze una responsabilità delle persone giuridiche per i predetti reati commessi da un soggetto apicale o non apicale. Così la novella ha inserito nei cataloghi dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti sia il delitto di induzione indebita di cui all'art. 319-*quater* c.p., sia quello di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 c.c., limitando la responsabilità all'ente del quale è vertice apicale o dipendente il corruttore.

È escluso, perché non menzionato, il nuovo delitto di "traffico di influenze illecite" che, conseguentemente, porterà alla responsabilità della persona fisica ma non della persona giuridica, non essendo prevista alcuna deroga all'art. 2 d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231 secondo il quale: "L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto".

Infine, per l'efficacia dei controlli antimafia nelle attività imprenditoriali, presso ogni prefettura è istituito l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori.

L'iscrizione negli elenchi della prefettura della provincia in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività.

La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Daniela Vigoni

L'ACCORDO ITALIA-INDIA SUL TRASFERIMENTO DELLE PERSONE CONDANNATE

È ormai cospicuo il numero degli accordi sul trasferimento dei condannati, segno che la cooperazione internazionale in materia penale confida in questo strumento di esecuzione delle sentenze penali, che, consentendo allo straniero di scontare la pena detentiva inflitta all'estero nel suo Paese d'origine, intende sia favorire il reinserimento dei condannati (v. Pisani, *"Reinserimento" del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 525 ss.), sia corrispondere – in quell'ampio contesto – a più specifiche esigenze di carattere umanitario, con il ripristino dei rapporti familiari e sociali e il superamento delle differenze linguistiche e culturali (cfr. art. 35, comma 1, ord. penit.).

Particolare rilievo ha assunto la fonte, di carattere multilaterale, che ha inaugurato la disciplina di settore, e cioè la Convenzione sul trasferimento delle persone condannate (Strasburgo, 1983). Quest'accordo, elaborato nell'ambito del Consiglio d'Europa, è stato ratificato, oltre che dall'Italia, da un considerevole numero di Stati, anche non membri del Consiglio d'Europa.

Minor fortuna ha invece avuto il relativo Protocollo addizionale (Strasburgo, 1997), che riguarda i casi del condannato che si sia rifugiato nel Paese di cui è cittadino e del condannato a cui sia stata inflitta la misura di espulsione o di accompagnamento alla frontiera: sottoscritto, ma non ancora ratificato dall'Italia, non ha, fra l'altro, incontrato alcuna adesione dei Paesi che non fanno parte del Consiglio d'Europa (v., per lo stato delle firme e delle ratifiche inerente alla Convenzione e al Protocollo addizionale, www.conventions.coe.int).

Sempre a livello multilaterale, si registra, poi, l'Accordo relativo all'applicazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate (Bruxelles, 1987), diretto a completare la citata disciplina pattizia per favorirne

l'operatività fra gli Stati membri dell'Unione Europea.

Quanto agli accordi bilaterali, ratificati dall'Italia in materia, si annoverano, nel tempo: il Trattato con la Thailandia di cooperazione per l'esecuzione delle sentenze penali (Bangkok, 1984); il Trattato con il Perù sul trasferimento di persone condannate e di minori in trattamento speciale (Roma, 1994); l'Accordo con Cuba per l'esecuzione delle sentenze penali e relativo scambio di note integrativo (L'Avana, 1998); l'Accordo con Hong Kong sul trasferimento delle persone condannate (Hong Kong, 1999); l'Accordo con l'Albania aggiuntivo alla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate del 1983 (Roma, 2002); il Trattato con la Repubblica Dominicana sul trasferimento delle persone condannate (Santo Domingo, 2002); l'Accordo con la Romania sul trasferimento delle persone condannate alle quali è stata inflitta la misura dell'espulsione o quella dell'accompagnamento al confine (Roma, 2003); l'Accordo con la Bulgaria sul trasferimento delle persone condannate (Sofia, 2005).

È perciò nel solco di una prassi convenzionale ormai consolidata e già sperimentata (ad eccezione degli accordi con la Repubblica Dominicana e con la Bulgaria, tutte le convenzioni sopra menzionate si possono leggere in Pisani-Mosconi-Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, IV ed., Milano, 2004; cfr. anche, per ulteriori atti e documenti, a cura di Zanetti, *Convenzioni sul trasferimento delle persone condannate*, Milano, 1999; in merito ai trattati bilaterali da ultimo ratificati v. sempre Zanetti, *Recenti convenzioni internazionali in tema di cooperazione giudiziaria*, e *Ulteriori convenzioni internazionali in tema di cooperazione giudiziaria*, in *Legisl. pen.*, 2010, rispettivamente pp. 115 ss. e 425 ss.) che s'inserisce l'Accordo Italia-India sul trasferimento delle persone condannate. Di questo accordo, sottoscritto a Roma il 10 agosto 2012, è già stata autorizzata la ratifica con l. 26 ottobre 2012, n.183 (in G.U. 29 ottobre 2012, n. 253), a conclusione di un *iter* parlamentare assai rapido.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

Esso consta di 20 articoli ed è redatto nelle lingue italiana, hindi ed inglese: tutti i testi fanno ugualmente fede, ma, nel caso di diversità di interpretazione, prevarrà il testo inglese; anche le domande di trasferimento e i documenti da allegare dovranno essere in inglese o accompagnati da una traduzione in questa lingua (art. 16).

La possibilità di applicare la procedura di trasferimento all'esecuzione di condanne inflitte anche prima dell'entrata in vigore dell'Accordo (art. 17) ne garantisce la massima estensione operativa sotto il profilo temporale.

Una scelta convenzionale a favore di una titolarità estesa ha indotto a prevedere che siano legittimati a richiedere il trasferimento non solo lo Stato ricevente (quello in cui la persona condannata può essere trasferita per scontare del tutto o in parte la pena), e lo Stato trasferente (quello in cui è stata inflitta la condanna), ma anche il condannato, personalmente o attraverso un suo rappresentante legale (art. 2, §§ 2 e 3).

Il trasferimento è subordinato a specifiche condizioni, alcune di carattere generale, comuni alla prassi convenzionale in materia, altre di tipo particolare, dirette a introdurre ulteriori vincoli.

Innanzitutto, riguardo alle fattispecie penali, vale, in via generale, il principio di doppia incriminabilità (art. 4, lett. f), ma vi è la significativa precisazione che esula dall'ambito di applicazione dell'Accordo l'ipotesi di reati previsti dalla legge militare (art. 2, § 4).

Posto che in ogni caso la sentenza di condanna deve essere definitiva (art. 4, lett. b), occorre che la pena ancora da eseguirsi, sia di almeno un anno alla data di ricevimento della richiesta di trasferimento (lett. d).

Il condannato deve essere un cittadino dello Stato ricevente (art. 4, lett. a) e acconsentire al trasferimento personalmente o, nel caso d'incapacità per ragioni d'età o condizioni fisiche e mentali, per mezzo di un suo rappresentante legale (lett. e). Il requisito della cittadinanza dello Stato di esecuzione è, del resto, tratto caratterizzante la disciplina convenzionale di settore (v., in particolare, l'art. 3, § 1, lett. a, della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate del Consiglio d'Europa; cfr., per il riferimento alla "residenza permanente", l'art. 4, lett. c, dell'Accordo con Hong Kong).

La volontà di essere trasferito può essere manifestata allo Stato trasferente o a quello ricevente (art. 2, § 1). Il consenso del condannato è presupposto di regola caratterizzante ogni procedura convenzionale di trasferimento (cfr., però, gli artt. 3 dell'Accordo con la Romania, 2003, dell'Accordo con l'Albania,

2002, e dell'Accordo con la Bulgaria, 2005), in ragione delle finalità riabilitative che animano questo strumento di cooperazione. Di qui, la duplice previsione (art. 7) che al dovere, in capo allo Stato trasferente, di garantire che il consenso del condannato sia informato, consapevole e volontario (§ 1), affianca la possibilità, per lo Stato ricevente, di verifica al riguardo (§ 2).

Oltre che alla manifestazione di volontà dell'interessato, il trasferimento resta comunque subordinato al consenso dello Stato ricevente e di quello Stato trasferente (art. 4, lett. g).

Si viene ancora a precisare che non può procedersi a trasferimento qualora nello Stato trasferente vi siano dei procedimenti penali a carico del condannato per cui si richiede la sua presenza (art. 4, lett. c).

Quanto agli aspetti procedurali, la richiesta scritta (art. 6, § 1) di trasferimento può essere presentata sia allo Stato trasferente, sia a quello ricevente, il quale è impegnato a trasmetterla a quello trasferente (§ 2).

Per consentire agli Stati di esprimere le proprie determinazioni sulla richiesta, nell'Accordo è prevista la trasmissione reciproca di documenti e informazioni.

In particolare, lo Stato trasferente dovrà trasmettere (art. 6, § 3), oltre alla copia della richiesta qualora sia stata presentata a tale Stato (lett. a) e alla dichiarazione con cui si acconsente al trasferimento (lett. i): i dati anagrafici, il documento d'identità e, se possibile, le impronte digitali della persona condannata (lett. b); l'esposizione dei fatti su cui si basa la condanna (lett. d); la copia autenticata della sentenza definitiva di condanna (lett. e) e la copia delle disposizioni di legge su cui la sentenza è fondata (lett. f); le informazioni sulla «natura, durata [della pena] e data d'inizio [di esecuzione] della condanna» (lett. c), nonché una dichiarazione relativa alla pena già scontata unitamente ad altre informazioni sulla custodia cautelare, sui condoni di pena e ogni altro elemento relativo all'esecuzione della condanna (lett. g); se del caso, ogni rapporto medico-sociale, informazione sul trattamento nello Stato trasferente e raccomandazione per la prosecuzione del trattamento nello Stato ricevente (lett. h).

Sempre che non escluda il trasferimento, o l'altro Stato non si sia già espresso negativamente, lo Stato ricevente dovrà inviare (art. 6, § 4): una dichiarazione o un documento da cui risulti che il condannato è cittadino dello Stato ricevente (lett. a); copia delle disposizioni di legge che attestino la doppia incriminabilità (lett. b); una dichiarazione relativa al trattamento esecutivo-penitenziario a cui sareb-

be sottoposto il condannato dopo il trasferimento, nonché una dichiarazione relativa all'eventuale adeguamento della pena, così come previsto dall'art. 9 dell'Accordo (lett. c); il consenso al trasferimento e alla presa in carico del condannato (lett. d); ogni altra informazione o documento considerato necessario dallo Stato trasferente (lett. e).

Riguardo alla forma e ai canali di comunicazione, le domande e le risposte vanno formulate per iscritto e indirizzate alle autorità centrali degli Stati (art. 6): per l'Italia, il Ministero della Giustizia – Dipartimento per gli Affari di Giustizia – Direzione Generale della Giustizia Penale; per l'India, il Ministero dell'Interno (art. 3). Le autorità centrali, peraltro, sono deputate anche alla risoluzione delle controversie riguardanti l'interpretazione, l'applicazione o l'esecuzione dell'accordo; solo nel caso in cui non siano in grado di risolvere la questione si farà ricorso ai canali diplomatici (art. 18).

Ai fini della decisione sul trasferimento, e conformemente agli obiettivi di reinserimento sociale del condannato, sono espressamente richiamate, quali ulteriori parametri valutativi, considerazioni relative a «la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato nonché la gravità del reato commesso, le precedenti condanne del condannato, i rapporti socio-familiari che il medesimo ha conservato con l'ambiente di origine e le sue condizioni di salute» (art. 8).

La consegna della persona condannata da parte dello Stato trasferente dovrà avvenire in una località concordata fra gli Stati, e lo Stato ricevente sarà responsabile del trasferimento e della custodia del detenuto al di fuori del proprio territorio (art. 19).

A proposito dei profili esecutivi e penitenziari, le clausole convenzionali ripetono alcune regole tipiche della prassi convenzionali in materia.

Fermo il criterio generale per cui l'esecuzione della condanna è disciplinata dalla legge dello Stato ricevente, competente a decidere anche ogni questione al riguardo (art. 9, § 2), la Convenzione considera la sola ipotesi di continuazione dell'esecuzione (§ 1), che impone il vincolo alla «natura» e alla «durata» della sanzione inflitta dallo Stato trasferente, e non quella di conversione della condanna (cfr. art. 11 della Convenzione di Strasburgo), che invece avvierebbe una procedura interna di *exequatur* volta alla sostituzione della pena inflitta nello Stato trasferente con una prevista dalla legge dello Stato ricevente. Di consueto, tuttavia, la continuazione dell'esecuzione della condanna permette comunque, nel caso in cui l'esito sanzionatorio (per natura o/e durata della pena) sia incompatibile con la legislazione dello Stato ricevente, e sempre che vi sia il consenso dello Stato trasferente,

la possibilità di un adeguamento a una pena prevista dall'ordinamento interno per un reato simile. La sanzione così modificata e adattata dovrà corrispondere, per quanto possibile, a quella originariamente inflitta e non potrà consistere in una pena più severa, né in una detenzione più lunga (art. 9, § 3).

Mentre competente a decidere sulla domanda di revisione è soltanto lo Stato trasferente, a cui va riconosciuta una riserva di giurisdizione riguardo al giudizio di merito anche dopo l'irrevocabilità della sentenza (art. 10), entrambi gli Stati possono accordare la grazia, l'amnistia e l'indulto, conformemente alla propria legislazione interna (art. 11, § 1): all'onere di un'immediata comunicazione del provvedimento clemenziale disposto dallo Stato trasferente corrisponde per lo Stato ricevente il dovere di disporre la cessazione dell'esecuzione (§ 2). In ogni caso, lo Stato ricevente, oltre a disporre la cessazione dell'esecuzione appena sia informato dallo Stato trasferente di qualunque decisione o misura che comporti tale conseguenza (art. 12), dovrà fornire informazioni allo Stato trasferente quando sia terminata l'esecuzione della pena, nel caso di evasione, e se vi sia richiesta di un rapporto speciale (art. 13).

La clausola convenzionale che pone l'impegno di una cooperazione diretta a facilitare il transito attraverso il proprio territorio (art. 14), quando uno degli Stati si sia accordato con uno Stato terzo per il trasferimento di una persona condannata, contempla una preventiva richiesta da parte dello Stato nel cui territorio la persona trasferita è diretta (§ 1), e consente di rifiutare il transito quando la persona condannata sia un cittadino dello Stato richiesto del transito (§ 2). I canali di comunicazione delle richieste di transito e delle relative risposte coinvolgono sempre le autorità centrali degli Stati contraenti (§ 3).

Circa gli oneri finanziari (art. 15), sono a carico dello Stato ricevente i costi derivanti dall'applicazione dell'Accordo, ad eccezione delle spese sostenute «esclusivamente» nel territorio dello Stato trasferente (§ 1); è espressamente prevista però la possibilità per lo Stato ricevente di chiedere o tentare di recuperare, in tutto o in parte, le spese sostenute per il trasferimento dalla persona condannata o da altra fonte (§ 2).

Chiudono l'articolato le consuete disposizioni finali (art. 20) sulla procedura di ratifica, sull'entrata in vigore (§ 1), e su eventuali emendamenti o modifiche (§ 2), relativi a un Accordo che «avrà validità per un periodo indeterminato» e che, pur potendo essere oggetto di «denuncia» da ciascuno degli Stati Parte (§ 3), continuerà ad applicarsi all'esecuzione di condanne di persone trasferite prima della data in cui la «denuncia» abbia effetto (§ 4).

DE JURE CONDENDO

di Marilena Colamussi

CANCELLAZIONE DEL DIFFERIMENTO DEL COLLOQUIO TRA IMPUTATO *IN VINCULIS* E DIFENSORE

Il 14 novembre 2012 è iniziato l'esame in prima lettura, da parte della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in sede referente, del d.d.l. C. 5481 - «*Abrogazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 104 del codice di procedura penale, concernenti il differimento dei colloqui del difensore con l'imputato sottoposto a custodia cautelare*».

La proposta di legge, presentata il 27 settembre 2012 su iniziativa dell'on. Contento, condensa in due soli articoli una significativa e radicale riforma della disciplina dei colloqui tra difensore e imputato sottoposto a custodia cautelare o a misura precautelare in quanto cancella qualsiasi possibilità, sia pure eccezionale, di differire tali colloqui, nel preciso intento di affermare pienamente l'effettività del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Com'è noto, la normativa vigente sancisce il diritto dell'imputato in stato di custodia cautelare di conferire con il proprio difensore immediatamente, cioè sin dalla fase iniziale di esecuzione della misura (art. 104, comma 1, c.p.p.). *Idem* per la persona arrestata in flagranza o fermata: il diritto al colloquio col difensore si materializza subito dopo l'arresto o il fermo (art. 104, comma 2, c.p.p.). A garanzia di tale diritto sia la disciplina concernente gli "avvertimenti" rivolti al soggetto privato della libertà personale in ordine alla facoltà di nominare un difensore di fiducia (artt. 293, comma 1, e 386, comma 1, c.p.p.), sia la comunicazione/informazione immediata dell'avvenuta privazione della libertà destinata al difensore (artt. 293, comma 1, e 386, comma 2, c.p.p.), cui si aggiunge il riconoscimento del diritto di quest'ultimo di accesso ai luoghi di custodia per conferire con il proprio assistito (art. 36 disp. att.).

Tale regola soffre di un'eccezione, circoscritta alla fase delle indagini preliminari, giustificata da «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» (art. 104, comma 3, c.p.p.) che consentono al pubblico ministero di chiedere al giudice di dilazionare, per un pe-

riodo non superiore a 5 giorni, il diritto dell'imputato *in vinculis* di conferire con il difensore. In caso di arresto in flagranza o fermo, invece, è lo stesso pubblico ministero che dispone con decreto motivato il suddetto differimento nelle quarantotto ore successive al provvedimento, vale a dire subito prima che l'arrestato o il fermato venga posto a disposizione del giudice per la convalida della misura.

Due precisazioni in merito all'attuale disciplina si rendono doverose: la prima riguarda la portata circoscritta dell'eccezione che opera nella cronologia del procedimento penale solo nella fase delle indagini preliminari, il che esclude qualsiasi possibilità di differire il colloquio con il difensore tutte le volte in cui la misura custodiale venga applicata nelle fasi successive del processo. Va ancora puntualizzata l'inderogabilità delle esigenze di cautela idonee a giustificare il differimento del colloquio che, in base al dettato normativo, devono essere caratterizzate dalla specificità ed eccezionalità (art. 104, comma 3, c.p.p.). A tale proposito la Suprema Corte ha precisato che tali esigenze non sono in alcun modo sovrapponibili a quelle di natura cautelare contemplate dall'art. 274 c.p.p., altrimenti il differimento del colloquio con il difensore conseguirebbe automaticamente all'applicazione della misura coercitiva (Cass., sez. I, 27 aprile 1992, *CED Cass.*, 190379). Diversamente, le ragioni di cautela devono essere "specifiche", nella misura in cui vanno riferite al caso concreto, ed "eccezionali", nel senso di non comuni, vale a dire tali da incidere sullo sviluppo delle indagini che potrebbero subire un pregiudizio od essere fuorviate proprio dal colloquio con il difensore, di cui pertanto si giustifica il differimento.

Paradossalmente, l'assistenza difensiva che sul piano tecnico è insostituibile ed è solo completata da quella materiale nella prospettiva della disciplina attualmente vigente si trasforma in potenziale veicolo di pregiudizio per lo sviluppo delle indagini tanto da giustificare la dilazione di un colloquio

che, invece, non solo è indispensabile per l'imputato privato della libertà personale, ma soprattutto è indegno nei tempi di svolgimento. Accanto, infatti, al fondamentale diritto di difesa che va salvaguardato sin dal primo momento in cui il soggetto viene sottoposto alla misura custodiale, sull'opposto versante non va trascurato che l'onere della prova in ordine alla colpevolezza ricade sul pubblico ministero, il quale evidentemente non può comprimere arbitrariamente o per ragioni attinenti a cautele investigative il pieno esercizio delle potestà difensive dell'imputato.

Senza dire della parità in armi tra accusa e difesa, che impone un'equa distribuzione degli strumenti a disposizione delle parti per tutelare le posizioni processuali contrapposte e che non ammette discutibili dilazioni, specie in prospettiva dell'imminente interrogatorio dell'imputato in *vinculis*, quale mezzo di difesa e non strumento di investigazione. In particolare, occorrerebbe chiedersi se davvero nel bilanciamento degli interessi in gioco le esigenze di carattere investigativo possono superare il diritto alla libertà morale dell'imputato in custodia cautelare.

In definitiva, ritardare l'intervento della difesa tecnica incide inevitabilmente sul diritto dell'imputato di concordare e definire con il proprio difensore le strategie difensive da seguire immediatamente e senza condizionamenti. Merita, dunque, un particolare apprezzamento il d.d.l. C. 5481, che al primo articolo propone la parziale abrogazione dell'art. 104 c.p.p., eliminando così tutte le eccezioni al diritto di conferire con il difensore sin dalla fase iniziale di esecuzione del provvedimento custodiale, dell'arresto o del fermo. Come si legge nella relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge, lo scopo è evidentemente quello di salvaguardare il diritto di difesa che sembra compromesso proprio «nel momento più delicato della vita e della libertà di una persona», attraverso l'inibizione - sia pure temporanea - di qualsiasi contatto con il difensore.

A conferma dell'esigenza di ripristinare pienamente e in tempi brevi le potestà difensive dell'imputato sottoposto a custodia cautelare, arrestato o fermato, l'art. 2 del d.d.l. C. 5481 prevede l'entrata in vigore della presente modifica normativa senza osservare l'ordinaria *vocatio legis*, vale a dire «il giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale*».

* * *

LIBERTÀ SU CAUZIONE

Su iniziativa dell'on. Galli, in data 31 luglio 2012 è stato presentato il d.d.l. C. 5390 - «*Introduzione dell'art. 280-bis del codice di procedura penale, concer-*

nente la misura cautelare personale della libertà su cauzione», allo stato assegnato alla Commissione Giustizia della Camera in sede referente.

Per fronteggiare il drammatico problema del sovraffollamento carcerario e, al tempo stesso, per ricercare soluzioni che sul terreno processuale si uniformino alle scelte dell'Unione Europea, si propone l'introduzione dell'istituto della "libertà su cauzione", attraverso l'inserimento dell'art. 280-bis c.p.p.

Il disegno di legge concepisce la "libertà su cauzione" quale misura alternativa agli "arresti domiciliari" (art. 284 c.p.p.), alla "custodia cautelare in carcere" (art. 285 c.p.p.), o alla "custodia cautelare in luogo di cura" (art. 286 c.p.p.), applicabile limitatamente ai casi previsti dall'art. 280, comma 2, c.p.p. (solo per delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni). La valutazione circa l'opportunità di ricorrere alla misura in esame, ancor prima che venga esercitata l'azione penale, è rimessa alla discrezionalità del giudice per le indagini preliminari, eventualmente in tal senso sollecitato da una richiesta della difesa.

La concessione del beneficio è subordinata al pagamento di una somma di danaro che il giudice determina rispetto a due parametri di riferimento: la gravità del fatto e le condizioni economiche dell'imputato (art. 280-bis, comma 1, c.p.p.). Nella proposta di legge si prevede pure che tale cauzione possa essere versata in favore dell'imputato da soggetti terzi (art. 280-bis, comma 2, c.p.p.).

Suscita perplessità il profilo della disciplina riguardante le cause di esclusione della "libertà su cauzione" costituite dai casi di cui agli artt. 273, 274 e 275 c.p.p. che, di fatto, rappresentano le condizioni generali di applicabilità e i presupposti applicativi (esigenze cautelari), oltre che i criteri di scelta delle misure cautelari in generale, tra cui si annoverano le misure coercitive in alternativa alle quali il beneficio in parola dovrebbe operare.

Il d.d.l. C. 5390 prevede, inoltre, una puntuale elencazione di limiti di natura soggettiva e oggettiva che inibiscono la concessione del beneficio. I primi sono riconducibili a particolari *status* del reo, quali la recidiva (art. 90 c.p.), la presunta commissione di reati della stessa indole (art. 101 c.p.), l'abitualità presunta dalla legge (art. 102 c.p.), l'abitualità ritenuta dal giudice (art. 103 c.p.), la professionalità nel reato (art. 105 c.p.) e, infine, la tendenza a delinquere (art. 108 c.p.). Quanto ai limiti di carattere oggettivo, il disegno di legge esclude la concessione della libertà su cauzione per un elenco tassativo di reati che destano particolare allarme sociale, tra i quali si

DE JURE CONDENDO

annoverano: delitti contro la personalità dello Stato (artt. 241 ss. c.p.); taluni delitti contro l'ordine pubblico (artt. 416, 416-bis, 419, 420 c.p.), delitti contro l'incolumità pubblica (artt. 422, 435, 438, 439 c.p.), delitti contro la persona (artt. 575, 578, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 605, 609-bis, 609-quarter, 609-octies c.p.), cui si aggiungono il "sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione" (art. 630 c.p.) e il "riciclaggio" (art. 648-bis c.p.).

Sul piano operativo è esclusa la possibilità di versare in forma rateizzata la cauzione e si prevede che il giudice, in qualsiasi momento, può procedere alla revoca della libertà su cauzione al verificarsi di una delle condizioni ostative alla concessione della misura (art. 280-bis, commi 6 e 7, c.p.p.).

Le somme versate a titolo di cauzione sono depositate in un conto fruttifero i cui interessi vengono attribuiti al Ministero della giustizia, a cui saranno definitivamente destinati in caso di inosservanza, da parte dell'imputato, degli obblighi di presenza agli atti del procedimento, di inosservanza degli obblighi del controllo giudiziario o sottoposizione all'esecuzione del giudizio e di condanna definitiva; in alternativa dette somme vengono restituite all'imputato in caso di assoluzione (art. 280-bis, comma 8, c.p.p.).

Il d.d.l. C. 5390 in un unico articolo introduce l'istituto della "libertà su cauzione" che non rappresenta un'assoluta novità nel panorama delle proposte di riforma, ma che già in passato ha incontrato molte resistenze a causa della sua connotazione potenzialmente discriminatoria (v. relazione di accompagnamento al d.d.l. C. 5390). Si aggiunga che così come è stata concepita la misura, con una serie di limiti applicativi e poca chiarezza in ordine ai profili procedurali, non sembra possa realmente rappresentare una valida ed efficace soluzione al problema del sovraffollamento carcerario. D'altronde sia l'art. 5 Cedu, sia l'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, contemplano solo in termini possibilistici la rimessione in libertà subordinata ad una generica "garanzia", idonea ad assicurare la comparizione della persona in udienza, senza precisarne la natura, rimettendo così alle legislazioni interne dei singoli Stati le opportune determinazioni, che non sembrano quelle proposte dal d.d.l. C. 5390.

* * *

PROCURA NAZIONALE PER LA SICUREZZA SUL LAVORO

Risulta assegnato alla Commissione Giustizia del Senato in sede referente il d.d.l. S. 3298, di iniziativa del sen. Bugnano e altri - «Istituzione della Procura na-

zionale per la sicurezza sul lavoro», presentato in data 10 maggio 2012.

La proposta di istituire una "Procura nazionale per la sicurezza sul lavoro" nasce quale esigenza di introdurre, come si legge nella relazione di accompagnamento, «una diversa e più efficace organizzazione giudiziaria». Non a caso tale richiesta è stata avanzata non solo da talune associazioni dei familiari delle vittime degli infortuni sul lavoro (c.d. "morti bianche"), ma anche da alcuni uffici giudiziari che, occupandosi della materia, hanno avvertito l'esigenza di un maggiore coordinamento tra le varie specializzazioni coinvolte, del contributo necessario di diverse professionalità e competenze. Esigenze queste ultime alle quali, di fatto, alcune tra le maggiori procure italiane hanno già risposto attraverso l'istituzione di sezioni specializzate che, tuttavia, incontrano l'ostacolo derivante dall'ordinamento giudiziario in ordine alla permanenza nella stessa sede, dopo un determinato numero di anni, di magistrati specializzati. All'uopo si segnala un altro disegno di legge (d.d.l. S. 3154) con cui si intende modificare l'art. 19 d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, in tema di prolungamento degli incarichi di taluni magistrati specializzati.

Ricalcando lo schema organizzativo della "Procura nazionale antimafia", il d.d.l. S. 3298 prevede l'istituzione di una "Procura nazionale per la sicurezza sul lavoro", quale ufficio specializzato, con competenza estesa sull'intero territorio nazionale, che si occupi esclusivamente delle fattispecie criminose di più rilevante allarme sociale poste a tutela della vita e dell'integrità fisica dei lavoratori. L'obiettivo è quello di creare una *task force* che attraverso una visione unitaria e coordinata degli interventi sia in grado fronteggiare più efficacemente i fenomeni criminosi in tale ambito, per favorire lo sviluppo delle indagini tese a stabilire le cause degli infortuni sul lavoro e le relative responsabilità. L'intento, inoltre, è quello di intervenire anche a livello preventivo, attraverso un coordinamento organico e sistematico, attuato anche tramite l'interazione con i diversi organi di vigilanza che operano in questo settore (si pensi all'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro). Senza dire che tutto questo non può che facilitare una più puntuale e diffusa applicazione della responsabilità amministrativa degli enti.

In termini più puntuali, il d.d.l. S. 3298 attribuisce alla "Procura nazionale per la sicurezza sul lavoro" la competenza a sovrintendere e coordinare le indagini di polizia giudiziaria e a promuovere l'azione penale per le fattispecie criminose in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di

lavoro, sotto la direzione del Procuratore nazionale (magistrato di cassazione idoneo alle funzioni direttive e titolare di particolari requisiti di esperienza e competenza specializzata in materia), coadiuvato da tre procuratori aggiunti (anch'essi titolari di specifici requisiti).

A livello distrettuale, si prevede poi che il Procuratore nazionale debba essere coadiuvato da quindici sostituti procuratori, nominati tenendo conto delle loro attitudini ed esperienze professionali. L'obiettivo è quello di assicurare il coordinamento delle indagini di competenza della Procura nazionale, superando la frammentazione organizzativa,

attraverso lo scambio completo e reciproco delle informazioni, lo sviluppo coordinato delle direttive impartite e l'impiego della polizia giudiziaria.

Si segnala, ancora, che la Procura nazionale per lo svolgimento delle funzioni appena illustrate, sempre secondo il d.d.l. S. 3298, si avvale del supporto operativo delle forze dell'ordine, come pure degli strumenti operativi territoriali del Servizio sanitario nazionale, dei vigili del fuoco e delle direzioni territoriali del lavoro, oltre al personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali per quel che concerne le competenze in materia di vigilanza.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Antonio Balsamo

PROCESSO PENALE E LIBERTÀ DI STAMPA

(Corte e.d.u., 22 novembre 2012, Telegraaf Media N. L. B.V. c. Paesi Bassi)

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza emessa il 22 novembre 2012 nel caso *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e altri contro Paesi Bassi*, ha nuovamente affrontato il tema dei rapporti tra il processo penale e la libertà di stampa, che aveva formato oggetto della sentenza pronunciata il 12 aprile 2012 nel caso *Martin e altri contro Francia*.

Con la sentenza *Martin*, la Corte di Strasburgo aveva ravvisato una violazione del diritto alla libertà di informazione, protetto dall'art. 10 della Convenzione, in un caso in cui si era verificata una interferenza "indiretta", consistente nella perquisizione e nel sequestro effettuati nei confronti di un giornalista per identificare le fonti da cui egli aveva ricevuto notizie coperte da segreto professionale o d'ufficio ma attinenti a temi di interesse generale, ed esposte in modo affidabile e preciso nel rispetto delle regole deontologiche (sent. 12 aprile 2012, *Martin* e altri c. Francia).

Una violazione della medesima norma convenzionale è stata rilevata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo ad una diversa forma di interferenza indiretta, consistente nell'ordine, rivolto dalla polizia ad un giornalista, di consegnare documenti relativi a segreti di Stato concernenti le attività operative dei servizi segreti olandesi.

La Corte di Strasburgo, pur osservando che la misura in questione tendeva a fini legittimi come la sicurezza nazionale e la prevenzione dei reati, ha ritenuto che essa non fosse necessaria nell'ambito di una società democratica in quanto i responsabili della indebita diffusione dei documenti avrebbero potuto essere rintracciati semplicemente esaminandone il contenuto ed identificando i pubblici ufficiali che avevano accesso ad essi.

È stata quindi esclusa l'esistenza di quel "bisogno sociale imperioso" che rappresenta il presupposto

necessario di ogni misura investigativa focalizzata sulle fonti di informazione dei giornalisti, la cui protezione è stata considerata dalla Corte come una delle pietre angolari della libertà di stampa, sulla base dell'assunto che l'assenza di tale protezione potrebbe dissuadere le fonti giornalistiche dall'aiutare la stampa ad informare il pubblico su questioni di interesse generale, ridimensionandone così la capacità di svolgere il suo ruolo indispensabile di "cane da guardia" della democrazia e di fornire informazioni precise e affidabili su questioni di interesse pubblico. Si è altresì chiarito che tale protezione prescinde dalla liceità o meno dell'operato della fonte.

Con la medesima pronuncia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato l'avvenuta violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione con riferimento alle misure di sorveglianza speciale mirate (intercettazioni telefoniche e pedinamenti) disposte nei confronti dei giornalisti, sulla base della considerazione che le stesse erano state autorizzate dal Ministro dell'Interno senza alcuna preventiva valutazione da parte di un organismo indipendente avente il potere di ordinare la loro cessazione. La Corte ha così ribadito il proprio orientamento secondo cui le misure di sorveglianza segreta, per la potenziale facilità di abusi nei casi individuali e le dannose conseguenze per l'intera società democratica che esse implicano, richiedono in linea di principio la supervisione di un giudice e, in ogni caso, di un organo indipendente.

* * *

TESTIMONI ASSENTI

(Corte e.d.u., 22 novembre 2012, Tseber contro Repubblica Ceca)

Con la sentenza emessa il 22 novembre 2012 nel caso *Tseber contro Repubblica Ceca*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato i criteri-guida destinati a delineare il volto del nuovo orientamento

giurisprudenziale in materia di testimoni "assenti", lanciato con l'importante pronuncia adottata dalla Grande Camera della Corte e il 15 dicembre 2011 nel caso Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito.

Si tratta di un settore assai vasto del diritto delle prove penali, dal momento che la nozione di testimoni "assenti" (*absent witnesses*) ricomprende, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tutti quei soggetti che, dopo avere reso dichiarazioni a contenuto testimoniale nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale. Si tratta, dunque, essenzialmente di cinque categorie di dichiaranti:

- a) le persone decedute, o in condizioni di salute così gravi da rendere impossibile la prestazione della testimonianza;
- b) i soggetti divenuti irreperibili;
- c) le persone le cui dichiarazioni siano state raccolte all'estero da autorità giudiziarie o investigative di altri Stati;
- d) i soggetti titolari della facoltà di non rispondere in giudizio, in quanto prossimi congiunti dell'imputato ovvero coimputati o imputati in un procedimento connesso;
- e) le persone che non si sottopongono all'esame dibattimentale a causa di uno stato di timore.

Fino al dicembre 2011, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo aveva applicato, in relazione alle suesposte tipologie probatorie, un parametro semplice ed omogeneo di giudizio, rappresentato dalla c.d. "*sole or decisive rule*", secondo cui quando una condanna è basata esclusivamente o in misura decisiva su deposizioni fatte da persone che l'accusato non ha avuto la possibilità di interrogare o fare interrogare né durante la fase investigativa né al dibattimento, i diritti della difesa si considerano ristretti in misura incompatibile con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Alla base di tale criterio, vi è la lettura articolata del principio del contraddittorio elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla scorta del riconoscimento del canone per cui gli elementi di prova devono, in linea di principio, essere prodotti in presenza dell'imputato in udienza pubblica, in vista di un confronto contraddittorio. Da tale premessa è stata tratta la conseguenza che, quando l'imputato ha avuto un'occasione adeguata e sufficiente per contestare e interrogare il testimone a carico (nel momento stesso in cui lo stesso ha reso la sua deposizione oppure in una successiva fase del procedimento), è ammessa l'utilizzazione come prova delle dichiarazioni effettuate da quest'ultimo davanti alla polizia o al pubblico ministero e, in tal

caso, il giudice è libero di attribuire la prevalenza alle dichiarazioni rese in udienza pubblica o a quelle rese nel corso delle indagini preliminari. Per converso, se la difesa non ha avuto la possibilità di interrogare il teste né durante la fase investigativa né nel corso del giudizio, occorre che, al momento della valutazione della prova, operi una adeguata "compensazione" a vantaggio dell'accusato, attraverso il ridimensionamento del valore dimostrativo delle dichiarazioni acquisite in deroga al paradigma del contraddittorio, le quali non possono costituire l'unico o il principale elemento di prova a fondamento di un giudizio di condanna.

Il suesposto indirizzo interpretativo, dopo la sentenza Al-Khawaja, viene inserito in un quadro concettuale più ampio, che riceve compiuto sviluppo nella pronuncia Tseber.

Quest'ultima sentenza fa riferimento ad una fattispecie concreta nella quale il principale elemento di prova a carico dell'imputato era rappresentato dalla dichiarazioni rese davanti ad un commissario di polizia, ed in presenza di un giudice, da un individuo di nazionalità ucraina, escusso nell'ospedale dove si trovava ricoverato. Tale soggetto aveva indicato il ricorrente come autore di un'aggressione compiuta ai suoi danni, concretatasi nel ferimento con arma da fuoco.

Il dichiarante si era poi reso irreperibile e non era comparso nel giudizio instaurato a carico dell'imputato. Nel corso dell'istruttoria dibattimentale era stato escusso un amico della vittima, il quale aveva riferito che, circa mezz'ora prima del momento in cui si sarebbe verificata l'aggressione, aveva incontrato in un bar l'imputato, il quale era armato ed aveva preso congedo da lui come se si incontrassero per l'ultima volta in quanto si preparava a vivere una situazione pericolosa.

All'esito del giudizio, l'imputato era stato condannato ad una pena detentiva, quale autore delle lesioni gravi riportate dalla vittima. Egli, una volta conclusosi il procedimento davanti alle autorità nazionali, aveva fatto ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando di essere stato condannato sulla base della deposizione della principale fonte di accusa a suo carico che egli non aveva avuto la possibilità di interrogare.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato, nel caso concreto, una violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 lett. d) della Convenzione, procedendo ad una valutazione articolata in tre distinte verifiche: se l'impossibilità per la difesa di interrogare il dichiarante era giustificata da un motivo serio; qual'era l'importanza della sua deposizione per la condanna dell'imputato; e se vi erano state garanzie procedu-

CORTI EUROPEE

rali sufficienti a controbilanciare gli inconvenienti connessi all'ammissione della deposizione.

Si tratta di un percorso logico destinato a divenire il nuovo metodo di verifica della compatibilità con la Convenzione dell'utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni "assenti".

La Corte di Strasburgo ha chiarito che la prima verifica - per cui deve esservi una valida ragione alla base dell'ammissione della prova costituita dalle dichiarazioni di un testimone non comparso nel corso del giudizio - ha carattere preliminare e può condurre all'accertamento di una violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 lett. d) anche in vicende processuali nelle quali le stesse dichiarazioni non assumano una valenza determinante ai fini della condanna. Si tratta di una applicazione della regola generale secondo cui i testimoni devono offrire il loro contributo probatorio durante il dibattimento, ed occorre quindi fare tutti gli sforzi ragionevoli per assicurare la loro comparizione.

Con la pronuncia in esame, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esplicitato che la sopravvenuta irreperibilità del testimone può costituire, a certe condizioni, un fattore che giustifica l'ammissione nel processo delle sue dichiarazioni predibattimentali. Occorre, però, che le autorità nazionali abbiano fatto tutto ciò che poteva ragionevolmente attendersi da esse per reperire il testimone, senza mancare di diligenza nei loro tentativi di assicurare la sua comparizione nel dibattimento.

Tale verifica nel caso di specie ha dato esito positivo, posto che il presidente del Tribunale di primo grado si era attivamente impegnato, con l'assistenza della polizia, per far comparire la persona offesa, effettuando anche ricerche attraverso l'amministrazione penitenziaria e l'Interpol, ed ordinando alla polizia giudiziaria di avvalersi di tutti i mezzi tecnici e giuridici disponibili.

Passando alla seconda verifica, la Corte di Strasburgo ha fornito chiarimenti di notevole rilievo sul concetto di prova "determinante" o "decisiva", evidenziando che si tratta di una nozione ben più pregnante della semplice attitudine ad accrescere le probabilità di una condanna. Deve ritenersi, piuttosto, che tale nozione identifichi la prova di tale importanza da determinare la decisione della causa. Pertanto, quando la deposizione del testimone assente è corroborata da altri elementi, la valutazione del suo carattere determinante dipende, secondo un rapporto di proporzionalità inversa, dalla forza probante di questi ultimi. Applicando tale principio al caso di specie, la Corte ha ritenuto che la deposizione della persona offesa assumesse carattere determinante in quanto gli ulteriori elementi di prova

raccolti fornivano ad essa soltanto un riscontro di natura indiretta.

Da tale valutazione la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto discendere la necessità di procedere rigorosamente alla terza verifica, volta a stabilire se vi fossero adeguati fattori di bilanciamento delle difficoltà arrecate alla difesa dall'ammissione della prova, e in particolare se si configurassero solide garanzie procedurali che rendessero possibile un'equa e corretta valutazione dell'attendibilità della stessa prova.

Nel caso di specie, è stato escluso che siffatte garanzie procedurali potessero essere offerte dall'intervento del giudice nel corso dell'interrogatorio (che potrebbe valere a garantire la correttezza dell'operato della polizia, ma non una approfondita verifica della credibilità del testimone, essendo il magistrato ancora privo di una adeguata conoscenza dei fatti di causa nella fase iniziale in cui sono state raccolte le dichiarazioni), dalla possibilità per la difesa di contestare la credibilità del teste anche producendo altri mezzi di prova nel corso del dibattimento svoltosi in sua assenza (trattandosi di una misura che non può supplire alla impossibilità di controesame direttamente il dichiarante), e dalla possibilità di interrogare gli altri testimoni a carico (posto che le dichiarazioni di questi ultimi non assumevano diretta rilevanza per la prova della responsabilità penale dell'imputato).

Nel ragionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha assunto un peso non indifferente anche la circostanza che le decisioni degli organi giudiziari interni si fossero limitate ad enucleare le prove indirette che confermavano alcuni aspetti delle dichiarazioni del testimone assente, senza spiegare le ragioni per cui la deposizione era ritenuta attendibile, nonostante i dubbi sulla credibilità del teste emersi dall'esame degli imputati e dei testimoni addotti dalla difesa. Inoltre, la Corte ha rilevato che le autorità nazionali non si erano adoperate per rinvenire altre prove rilevanti ai fini della verifica dell'attendibilità delle deposizioni della persona offesa, né per individuare altri testimoni che confermassero o smentissero la sua versione dei fatti, né per procedere ad un altro interrogatorio della vittima in presenza dell'accusato. Peraltro, la legislazione interna non prevedeva neppure la possibilità di effettuare una videoregistrazione, suscettibile di essere visionata in udienza, dell'interrogatorio del testimone che rischiava di non poter rendere la sua deposizione in sede processuale.

Alla luce di tutti gli elementi sopra esposti, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il carattere determinante della deposizione della persona offesa

divenuta poi irreperibile, in assenza di prove solide idonee a corroborarla, implichi la conclusione che i giudici nazionali non abbiano potuto valutare correttamente ed equamente l'attendibilità di tale prova, e che quindi i diritti della difesa abbiano subito una limitazione incompatibile con le esigenze del "giusto processo".

I parametri indicati nella sentenza Tseber possono assumere una precisa incidenza nel sistema processuale italiano, dove recentemente la giurisprudenza di legittimità ha rimosso uno dei maggiori "punti di frizione" riscontrabili in passato rispetto all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, leggendo la disciplina interna sulla base del "punto di vista esterno" della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il "dialogo tra le Corti" è così divenuto una importante occasione per un ripensamento delle linee-guida che devono ispirare l'interpretazione della disciplina delle dichiarazioni "irripetibili", alla luce dei principi convenzionali. Da ultimo, tale operazione ermeneutica ha ricevuto l'autorevole avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che con la sentenza n. 27918 del 25 novembre 2010 hanno stabilito che le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della Convenzione - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

Occorrerà adesso verificare se, ed in che misura, il revirement prodottosi nell'ultimo anno nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo possa mitigare l'apparente absolutezza del recente indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione.

In effetti, la sentenza Tseber, per un verso, consolida la linea di pensiero accolta dalla sentenza Al-Khawaja, secondo cui non sarebbe corretto applicare la "sole or decisive rule" in modo inflessibile ed ignorare le particolarità della disciplina probatoria contenuta in ciascun ordinamento giuridico, nell'ottica dell'esame complessivo dell'equità processuale, contrassegnato da un approccio volto a bilanciare i concorrenti interessi della difesa, della vittima, e dei testimoni, nonché l'interesse pubblico all'effettiva amministrazione della giustizia. In questa prospettiva, si è esplicitato che dall'utilizzazione di dichiarazioni rese da testimoni "assenti", anche quando esse costituiscono la prova esclusiva o determinante a carico dell'imputato, non discende automaticamente una violazione dell'art. 6 § 1, occorrendo invece verificare se vi siano adeguati fattori di bilanciamento, che possono consistere in forti garanzie procedurali e misure che rendano possibile un'equa e congrua valutazione dell'attendibilità della stessa prova.

Per altro verso, tuttavia, la sentenza Tseber rende particolarmente stringente la verifica della efficacia di siffatte misure "compensative", richiedendo un particolare impegno probatorio e motivazionale da parte del giudice, tale da fugare ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza mediante la raccolta di tutti gli elementi di convincimento capaci di confermare o smentire la deposizione del teste non contro esaminato dalla difesa, la ricerca di riscontri esterni solidi (non aventi semplicemente natura indiretta), l'utilizzazione di tutte le modalità di documentazione (come la videoregistrazione) suscettibili di agevolare la verifica della credibilità soggettiva, la costruzione di un ragionamento giudiziale che tenga effettivamente conto delle contrapposte tesi delle parti.

CORTE COSTITUZIONALE

di Donatella Curtotti

NUOVE CONTESTAZIONI A DIBATTIMENTO E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO
(C. cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237)

La Corte costituzionale ha pronunciato (sent. 26 ottobre 2012, n. 237) l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che non risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Nell'esaminare la questione, la Corte ricorda che la disciplina originaria dettata dagli artt. 516 e 517 c.p.p. non prendeva in considerazione il profilo problematico delle ricadute, di segno preclusivo, delle nuove contestazioni dibattimentali sui riti alternativi a contenuto premiale (giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti), che venivano inibite allorché l'ordinario termine procedimentale perentorio per la proposizione della richiesta di rito alternativo è ormai spirato.

Non a caso, la Corte è intervenuta varie volte a verificare la compatibilità di tale preclusione con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., rilevando che l'interesse dell'imputato ai riti alternativi trova tutela solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale che, evitando il dibattimento, permetta di raggiungere l'obiettivo di una rapida definizione del processo. Di conseguenza, se, per l'inerzia dell'imputato (che abbia o meno di chiedere il rito alternativo nei termini con riguardo all'originaria imputazione), tale scopo non può più essere raggiunto – essendosi ormai pervenuti al dibattimento – sarebbe irrazionale che si addivenga egualmente al rito speciale in base alle contingenti valutazioni dell'imputato stesso sull'andamento del processo (sentenze nn. 129 del 1993, 316 del 1992 e 593 del 1990; ordinanze nn. 107 del 1993 e

213 del 1992). La stessa Corte ha anche avuto modo di osservare in precedenti decisioni che «la modifica dell'imputazione e la contestazione suppletiva costituiscono eventualità non infrequenti, in un sistema imperniato sulla formazione della prova in dibattimento, e non imprevedibili, anche quando si tratti di contestazione suppletiva di un reato concorrente, dato lo stretto rapporto intercorrente tra imputazione originaria e reato connesso. Il che comporta che il "rischio" della nuova contestazione dibattimentale "rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiedere o meno tale rito, onde egli non ha che da addebitare a sé medesimo le conseguenze della propria scelta" (sentenze nn. 129 del 1993 e 316 del 1992; in prospettiva analoga, sentenza n. 593 del 1990; ordinanze nn. 107 del 1993 e 213 del 1992)».

La conclusione della Corte cambia con la successiva sentenza n. 265 del 1994 che pronuncia l'illegittimità costituzionale - per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. - degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non consentono all'imputato di richiedere il "patteggiamento" relativamente al fatto diverso e al reato concorrente contestato in dibattimento, allorché la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale (c.d. contestazione patologica). In questa ipotesi, non può parlarsi «di "una libera assunzione del rischio del dibattimento" da parte dell'imputato, le cui determinazioni in ordine ai riti speciali risultano sviate "da aspetti di "anomalia" caratterizzanti la condotta processuale del pubblico ministero". Le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito alternativo vengono infatti a dipendere, anzitutto, dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero: sicché, "quando, in presenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il pubblico ministero, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risul-

ta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali"». Ne risulta «violato, altresì, il principio di eguaglianza, venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, sul piano della fruizione dei riti alternativi, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero al momento della chiusura delle indagini stesse».

Con la stessa decisione, però, la Corte dichiara «inammissibile l'omologa questione di legittimità costituzionale relativa al giudizio abbreviato, reputando che, rispetto a tale rito, la scelta tra le varie alternative ipotizzabili per porre rimedio al *vulnus* costituzionale – pure riscontrabile – spetti in via esclusiva al legislatore». La Corte dichiara che, «a differenza del "patteggiamento" – il quale consiste in un semplice accordo sulla pena, con effetti di immediata definizione del processo, così che nulla ostava ad una sua collocazione in sede dibattimentale – il rito abbreviato "si realizza attraverso una vera e propria "procedura", inconciliabile con quella dibattimentale". In simile prospettiva, l'adozione di un meccanismo di trasformazione del rito» non può ritenersi "scelta costituzionalmente obbligata", ponendosi "in termini alternativi rispetto ad altre possibili opzioni, rientranti nella discrezionalità legislativa" (quali, ad esempio, l'applicabilità della riduzione di pena di un terzo da parte del giudice all'esito del dibattimento, ovvero la preclusione, nei casi considerati, della nuova contestazione, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero relativamente ad essa)».

Alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del mancato ripristino della facoltà di accesso al giudizio abbreviato, in presenza di contestazioni dibattimentali "patologiche", la Corte è pervenuta con la sentenza n. 333 del 2009, rilevando che la *ratio* che aveva indotto ad accogliere la questione limitatamente al "patteggiamento", dichiarandola invece inammissibile quanto al giudizio abbreviato, doveva considerarsi superata dai successivi sviluppi della legislazione e, segnatamente, dalle radicali modifiche apportate alla disciplina di tale secondo rito alternativo dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479. Invero, la novella, per un verso, ha svincolato il giudizio abbreviato dai presupposti della possibilità di definire il processo allo stato degli atti e del consenso del pubblico ministero; per altro, ha introdotto quel meccanismo di integrazione probatoria la cui mancanza ha indotto la Corte – con la sentenza n. 129 del 1993, sulla cui scia si era posta la sentenza n. 265 del 1994 – a ritenere necessario, allo scopo di restituire la facoltà di accesso al rito abbreviato nel

caso di perdita "incolpevole" della stessa, un intervento legislativo volto a comporre le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale. A fronte del nuovo assetto dell'istituto, il giudizio abbreviato non può più considerarsi incompatibile con l'innesto nella fase del dibattimento. Si deve, dunque, concludere che è venuto meno l'ostacolo, precedentemente ravvisato dalla sentenza n. 265 del 1994, all'intervento additivo invocato nella circostanza dal giudice rimettente. Tale intervento si impone, d'altro canto, oltre che per rimuovere i profili di contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost. già rilevati da detta sentenza, «anche per eliminare la differenza di regime, in punto di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi di fronte ad una contestazione suppletiva "tardiva", a seconda che si discuta di "patteggiamento" o di giudizio abbreviato»: differenza che, nel mutato panorama normativo, «si rivela[va] essa stessa fonte d'una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.».

In base a tali considerazioni, la Corte ha, pertanto, dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente e al fatto diverso oggetto di contestazione dibattimentale, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale.

Alla luce dello sviluppo della legislazione e delle decisioni costituzionali sull'argomento, la Corte arriva a dire che quanto alla preclusione considerata limitatamente all'ipotesi della contestazione suppletiva "fisiologica" del reato concorrente, *ex* art. 517 c.p.p., gli argomenti posti a base delle ricordate decisioni di rigetto debbono essere rivisti. In particolare, sulla libera assunzione del "rischio" del dibattimento, «il criterio della "prevedibilità" della variazione dibattimentale dell'imputazione, in quanto fenomeno "connaturale" a un sistema di tipo accusatorio, presenta intrinseci margini di opinabilità, specie in rapporto alla contestazione "fisiologica" di un reato concorrente (...). Non si potrebbe, infatti, pretendere che l'imputato valuti la convenienza di un rito speciale tenendo conto – non soltanto della possibilità che, a seguito del dibattimento, l'accusa originaria venga diversamente descritta o aggravata – ma anche dell'eventualità che alla prima accusa ne venga aggiunta una nuova, sia pure connessa. Ciò tanto più ove si consideri che, a seguito delle modifiche apportate all'art. 12, comma 1, lettera b), c.p.p., la connessione rilevante ai fini della contesta-

CORTE COSTITUZIONALE

zione suppletiva può fondarsi anche sul vincolo della continuazione, rendendo così possibile – anche a fronte della lata applicazione giurisprudenziale di tale istituto – l’aggiunta al tema d’accusa di episodi completamente slegati, sul piano spazio-temporale, da quelli originariamente contestati».

«Ma, a prescindere da tali considerazioni, il criterio della “prevedibilità” non appare comunque idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento delle nuove contestazioni “fisiologiche”, rispetto a quello riservato – per effetto delle decisioni costituzionali più volte citate – alle nuove contestazioni “patologiche”. Nella misura in cui risulta acclarata la possibilità di procedere a nuove contestazioni dibattimentali anche sulla base del materiale di indagine, si potrebbe bene sostenere, infatti, che di tale evenienza l’imputato debba farsi carico quando rinuncia a chiedere la definizione anticipata del procedimento, allo stesso modo di come su di lui grava l’alea di una modifica “fisiologica” dell’imputazione». Anzi. «Il diritto di difesa rischia di essere posto in crisi più dalle modifiche dell’imputazione conseguenti a novità probatorie emerse *ex abrupto* nel corso dell’istruzione dibattimentale, che non da quelle basate su elementi già acquisiti al termine delle indagini preliminari: elementi che l’imputato, grazie al deposito degli atti che precede l’esercizio dell’azione penale (art. 415-*bis* c.p.p.), “ha già avuto modo di conoscere e valutare [...] anche sotto il profilo della loro idoneità a propiziare “incrementi” dell’imputazione”, così come osservato da questa Corte in rapporto al parallelo tema della modifica dell’imputazione nell’udienza preliminare (sentenza n. 384 del 2006)».

«L’imputato che subisce una contestazione suppletiva dibattimentale viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, venga chiamato a rispondere fin dall’inizio. La contestazione del reato concorrente, operata ai sensi dell’art. 517 c.p.p., costituisce, in effetti, un atto equipollente agli atti tipici di eserci-

zio dell’azione penale indicati dall’art. 405, comma 1, c.p.p. È fonte, dunque, di ingiustificata disparità di trattamento e di compromissione delle facoltà difensive, in ragione dei tempi e dei modi di formulazione dell’imputazione, la circostanza che, a fronte di tutte le altre forme di esercizio dell’azione penale, l’imputato possa liberamente optare, senza condizioni, per il giudizio abbreviato, mentre analoga facoltà non gli sia riconosciuta nel caso di nuove contestazioni, se non nelle ipotesi di modifiche tardive dell’addebito sulla base degli atti di indagine».

«L’impossibilità di definire con giudizio abbreviato gli addebiti oggetto delle nuove contestazioni “fisiologiche” risulta, peraltro, irragionevole e fonte di ingiustificate disparità di trattamento anche sotto un altro profilo: vale a dire, in ragione del fatto che, in taluni casi, l’imputato potrebbe recuperare detta facoltà per circostanze puramente “occasional”, che determinino la regressione del procedimento, ovvero come conseguenza della decisione del pubblico ministero di esercitare separatamente l’azione penale per il reato connesso.

La regressione del procedimento ha luogo, in particolare – per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 479 del 1999 – allorché, a seguito delle nuove contestazioni, il reato rientri tra quelli per cui si procede con udienza preliminare e questa non sia stata tenuta. In tale ipotesi, infatti, il giudice – ove la relativa eccezione sia sollevata nei prescritti termini di decadenza – deve disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero (artt. 516, comma 1-*ter*, 517, comma 1-*bis* e 521-*bis* c.p.p.), con la conseguenza che l’imputato si vede, di fatto, rimesso in termini per proporre la richiesta di giudizio abbreviato. Da ciò deriva una disparità di trattamento legata ad un fattore casuale: il recupero della facoltà di accesso al rito alternativo, e dunque della fruizione del relativo sconto di pena, viene infatti a dipendere dalla circostanza che la nuova contestazione riguardi un reato per il quale è prevista l’udienza preliminare in un processo radicato dal pubblico ministero con citazione diretta».

SEZIONI UNITE

di Antonio Pagliano

INSUSSISTENZA DELL'INTERESSE AD IMPUGNARE DELLA PARTE CIVILE AVVERSO SENTENZA DI IMPROCEDIBILITÀ PER MANCANZA DI QUERELA
(Cass., sez. un., 17 settembre 2012, n. 35599)

Chiamate a decidere in merito al contrasto interpretativo sorto sulla sussistenza o meno dell'interesse della parte civile a proporre impugnazione contro la declaratoria d'improcedibilità per mancanza di querela, le Sezioni Unite, aderendo all'indirizzo già manifestato in sede di applicazione del codice previgente, hanno ritenuto non configurabile tale interesse.

Il ragionamento su cui si articola la riferita decisione trae origine dalla considerazione che i caratteri qualificanti l'interesse ad impugnare, vale a dire l'attualità e la concretezza, fanno sì che l'interesse sussiste solo ove il gravame possa essere idoneo a determinare una situazione pratica, anche extrapenale, più vantaggiosa rispetto a quella prodotta con la pronuncia di cui si chiede la rimozione.

Allo stesso modo, la pronuncia si preoccupa di individuare i rapporti intercorrenti fra il giudizio penale ed il giudizio civile, evidenziando come, posto che il legislatore ha adottato il principio della separazione della giurisdizione civile rispetto a quella penale, prevedendo solo talune ipotesi nelle quali il giudicato penale ha efficacia nel giudizio civile, l'azione civile assume nel processo penale carattere eventuale, accessorio e subordinato, essendo pertanto sottoposta a tutte le conseguenze e gli adattamenti della struttura del processo penale.

Come terzo elemento di valutazione per la risoluzione della controversia, si sottolinea poi come rilevanti siano i limiti alla cognizione dell'azione civile nel processo penale.

Infine, significativo rilievo viene altresì attribuito alla circostanza che la sentenza di non doversi procedere per mancanza di querela ha carattere meramente processuale e pertanto non contiene alcun accertamento del fatto storico oggetto dell'imputazione.

Poste tali premesse, le Sezioni Unite giungono a ribadire come la presenza della parte civile nel processo penale abbia la finalità esclusiva di preservare e perseguire la responsabilità civile dell'imputato; rispetto a ciò, la sentenza di improcedibilità non comporta per la parte civile alcun effetto pregiudizievole ovvero preclusivo dell'accertamento in sede civile.

Se ne deve dedurre, condivisibilmente, la non sussistenza d'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza di improcedibilità per difetto di querela.

* * *

IRREVOCABILITÀ DELL'ORDINANZA DI AMMISSIONE AL GIUDIZIO ABBREVIATO CONDIZIONATO IN CASO DI IMPOSSIBILITÀ DELL'INTEGRAZIONE PROBATORIA
(Cass., sez. un., 24 ottobre 2012, n. 41461)

Investita della questione relativa alla possibilità di revocare l'ordinanza di ammissione al giudizio abbreviato condizionato ad una integrazione probatoria nel caso in cui essa divenga non realizzabile per circostanze imprevedibili e sopraggiunte, le Sezioni Unite hanno stabilito la non configurabilità di tale potere di revoca non potendosi riconoscere all'imputato il diritto al regresso, con ciò confermando l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente univoco espresso sul punto.

Invero, la questione era stata sollevata in modo preventivo, ipotizzando un potenziale contrasto interpretativo sul presupposto che nel caso d'interesse, a differenza di quanto precedentemente ritenuto, non si potesse prescindere dalla valutazione del ruolo della volontà dell'imputato non solo al momento dell'ammissione al rito ma anche in relazione alla sua prosecuzione in caso di sopraggiunta impossibilità ad espletare l'attività probatoria richiesta.

A giudizio della sezione remittente, infatti, solo accogliendo tale ragionamento sussisterebbe piena compatibilità del giudizio abbreviato con i principi

SEZIONI UNITE

sanciti dalla Costituzione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in virtù delle quali la rinuncia delle garanzie del rito ordinario può avvenire solo ove essa risulti pienamente spontanea. Spontaneità che a giudizio della sezione remittente potrebbe non essere più ritenuta sussistente in caso di non realizzazione della richiesta condizione probatoria.

Ad opinione delle Sezioni Unite, al contrario, deve preferirsi l'opposto approdo ermeneutico e ciò sul presupposto dell'interpretazione tanto letterale quanto logico sistematica degli artt. 438, comma 5 e 441-bis c.p.p.

Infatti, se, da un lato, non può ignorarsi la tassatività dei casi di revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato, fra i quali non risulta essere previsto il caso di specie, dall'altro lato, resta fermo il dato fondamentale della piena disponibilità manifestata dall'imputato all'utilizzo degli atti di indagine ai fini della decisione, accompagnata dalla contestuale rinuncia al contraddittorio. Pertanto, il giudizio abbreviato condizionato e quello semplice rappresentano modalità differenziate di sviluppo di un unico modello processuale; il primo, infatti, si caratterizza rispetto al secondo esclusivamente per un vincolo di subordinazione insito nella domanda che attiene unicamente all'ammissione della integrazione probatoria e non alla sua effettiva assunzione.

Tale orientamento, afferma poi la sentenza, non si pone in contrasto né con i principi della Carta costituzionale, né con quelli della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come invece affermato dalla sezione remittente, proprio in considerazione del fatto che nel momento in cui formula la richiesta di giudizio abbreviato, anche se nella forma condizionata, l'imputato accetta comunque l'utilizzabilità dell'intero materiale probatorio.

* * *

SOLLEVATA QUESTIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ PER LA TRATTAZIONE IN CAMERA DI CONSIGLIO DEL RICORSO PER INGIUSTA DETENZIONE
(Cass., sez. un., ord. 25 ottobre 2012, n. 41694)

A seguito della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lorenzetti c. Italia, le Sezioni unite, chiamate a decidere se per la trattazione del procedimento di riparazione per ingiusta detenzione si debba o meno procedere nelle forme dell'udienza pubblica anziché con le forme del rito camerale e se, in caso positivo, l'avvenuta violazione dell'art. 6 CEDU comporti l'annullamento della decisione assunta, hanno dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costitu-

zionale dell'art. 315, comma terzo, in relazione all'art. 646, comma primo, c.p.p., in riferimento agli artt. 117, comma primo, e 111 Cost., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, la procedura si svolga nelle forme dell'udienza pubblica.

* * *

CONTESTAZIONE A CATENA E COMPETENZA DEL TRIBUNALE DEL RIESAME

(Cass., sez. un., 20 novembre 2012, n. 45246)

(Cass., sez. un., 20 novembre 2012, n. 45247)

Le Sezioni Unite, tornate ad occuparsi dell'art. 297, comma 3, c.p.p., in tema di c.d. contestazione a catena, con due distinte pronunce di analogo contenuto, hanno in questa occasione affrontato l'aspetto della sussistenza della possibilità di dedurre la relativa questione nell'ambito del procedimento del riesame.

Al consolidato orientamento che escludeva la possibilità che il riconoscimento della scadenza dei termini interfascici di custodia conseguenti all'applicazione dell'istituto in parola potesse essere pronunciata nell'ambito del giudizio di riesame, si è opposto una isolata pronuncia in cui il giudice di legittimità aveva statuito che ai giudici aditi ai sensi dell'art. 309 c.p.p. spettasse anche il dovere di rilevare d'ufficio la violazione dei termini massimi di custodia.

Orbene, dopo aver effettuato una minuziosa ricostruzione del rapporto fra procedimento del riesame e procedimenti di revoca dell'ordinanza cautelare, il massimo consesso di legittimità ha stabilito che la questione della retrodatazione della decorrenza del termine di custodia può essere dedotta anche in sede di riesame ma solo ove ricorrano le seguenti condizioni: a) se per effetto della retrodatazione il termine sia interamente scaduto al momento dell'emissione del secondo provvedimento cautelare; b) se tutti gli elementi per la retrodatazione risultino dall'ordinanza cautelare.

In qualsiasi altro caso, la mancanza dei poteri istruttori del giudice del riesame e le esigenze di speditezza del procedimento devono condurre ad escludere il potere di pronunciarsi in merito all'integrazione dei requisiti della retrodatazione della misura cautelare, poiché, ove la decisione fosse favorevole all'indagato essa potrebbe basarsi sulla sola prospettazione difensiva; mentre se sfavorevole all'indagato, potrebbe risultare il frutto di una superficiale disamina, non rimediabile in sede di legittimità, in considerazione del relativo sindacato, con le negative conseguenze correlate al prodursi del giudicato cautelare.

Revisione: nuove prove, vaglio della richiesta e pronuncia d'inammissibilità in udienza pubblica

Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 25 giugno 2012, n. 1395 – Pres. Esposito; Rel. Manna

Se le “nuove prove” risultano inidonee, già per come vengono prospettate, ad inficiare l'accertamento del fatto compiuto nella sentenza oggetto dell'impugnazione straordinaria, ben può il giudice della revisione non assumerle e dichiarare inammissibile l'istanza di revisione in pubblica udienza e nel contraddittorio fra le parti.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

Con sentenza dell'8.11.2011 la Corte d'Appello di Caltanissetta dichiarava inammissibile l'istanza di revisione della sentenza n.338/96 del Tribunale di Palermo (diventata irrevocabile il 10.5.07) proposta da (...) ex art. 630 lett. c) c.p.p.

La Corte territoriale riteneva inidonee a fini di revisione le dedotte prove nuove, consistenti:

- in una consulenza psicologica volta a dimostrare, sul piano scientifico, l'inconciliabilità della disposizione caratteriale dell'istante con l'accusa di collusioni con la criminalità organizzata;

- nella lettera del 7.11.07 dell'ex Presidente della Repubblica (...), contenente manifestazioni di stima e solidarietà nei confronti dell'istante;

- nel tenore delle pagine 81, 82 e 83 del libro (...)

- nelle dichiarazioni rese dallo (...) in sede di investigazioni difensive ex art. 391 bis c.p.p.

Tramite il proprio difensore ricorreva (...) contro la suddetta decisione dei giudici nisseni, di cui chiedeva l'annullamento per i motivi qui di seguito riassunti nei limiti prescritti dall'art. 173 co. 1° disp. att. c.p.p.:

a) violazione degli artt. 631, 634, 636, 637 c.p.p. 3, 24, 111 Cost. e 6 CEDU, per avere la Corte territoriale dichiarato l'inammissibilità dell'istanza di revisione dopo l'emissione del decreto di citazione a giudizio e non in sede di vaglio preliminare di ammissibilità ex art. 634 c.p.p., di guisa che, una volta superata la scansione procedimentale con l'emissione del decreto di citazione cui all'art. 636 c.p.p., si sarebbe dovuta necessariamente svolgere la fase dibattimentale propria del nuovo giudizio, senza più poter dichiarare l'inammissibilità dell'istanza se non, eventualmente, per la sopravvenienza di elementi nuovi e diversi da quelli già

verificati in sede di vaglio preliminare, contrari alla prognosi di proscioglimento; ciò si traduceva, altresì in un vizio di contraddittorietà della motivazione;

b) violazione degli artt. 634, 636, 637 e 591 c.p.p., per essere stata dichiarata l'inammissibilità con sentenza anziché con ordinanza;

c) violazione degli artt. 178 lett. c), 190, 192, 495, 629, 630 lett. c) 637 c.p.p., 634, 636, 637, 641, 591 c.p.p., 3, 24 e 111 Cost. e 6 CEDU, per avere la Corte territoriale ommesso ogni valutazione sulle prove nuove indicate nell'istanza di revisione e non consentito alla difesa di chiedere la loro ammissione, vista la mancata instaurazione del dibattimento, sicché il momento valutativo aveva preceduto, anziché seguito, il previo necessario momento acquisitivo delle prove, solo all'esito del quale se ne sarebbe potuta affermare l'inidoneità a condurre al proscioglimento; diversamente opinando – proseguiva il ricorso – al condannato si sarebbe negato il diritto alla prova pacificamente riconosciuto all'imputato nel giudizio ordinario, in violazione dei diritti di difesa e del principio del contraddittorio;

d) violazione degli artt. 178 lett. c), 190, 192, 630 lett. c) e 637 c.p.p., per non avere i giudici nisseni acquisito il materiale probatorio che a suo tempo era stato posto a sostegno della sentenza di condanna oggetto dell'istanza di revisione, di guisa che risultava meramente apparente la motivazione con cui la Corte territoriale aveva ritenuto incontrovertibili e non scalfiti gli elementi assunti a carico del ricorrente nel giudizio conclusosi con la pronuncia di condanna, elementi che – invece – si sarebbero dovuti sottoporre a rivisitazione alla luce della offerta prova nuova;

e) violazione degli artt. 1 e 2 c.p., atteso che altra sentenza nel frattempo emessa da questa S.C. in diverso giudizio (a carico di...) aveva “presumibilmente” escluso la giuridica configurabilità del delitto di concorso esterno in

REVISIONE: NUOVE PROVE...

associazione di tipo mafioso (vale a dire del delitto per cui l'odierno ricorrente ha riportato condanna), secondo quanto desumibile dalla requisitoria de PG d'udienza.

CONSIDERAZIONI DI DIRITTO

1. Il motivo che precede sub a) è infondato.

Si noti che la giurisprudenza richiamata a pag. 66 del ricorso afferma cosa diversa da quanto ivi preteso: è pur vero che le valutazioni preliminari di inammissibilità della richiesta di revisione possono essere compiute anche *de plano*, spettando alla Corte di appello l'eventuale adozione del rito camerale con la garanzia del contraddittorio per i casi di inammissibilità che non siano di evidente e immediato accertamento (Cass., Sez. V, n. 21296 dell'8.4.10, dep. 4.6.10; conf. Cass. n. 5609/09; Cass. n. 26967/05), ma ciò non vuol dire che la medesima dichiarazione di inammissibilità non possa essere adottata dopo il decreto di citazione ex art. 636 c.p.p.; anzi giurisprudenza ormai consolidata di questa S.C. – cui va data continuità anche nella presente sede – è in senso decisamente opposto, come ricordato dall'impugnata sentenza.

Si veda ad esempio, Cass., S.U., n. 18 del 10.12.97, dep. 30.3.98, secondo cui l'inammissibilità della richiesta di revisione può essere dichiarata, oltre che con l'ordinanza prevista dall'art. 634 c.p.p., anche con sentenza, successivamente all'instaurazione del giudizio di revisione ai sensi dell'art. 636 c.p.p.; puntualizzando le S.U. che il processo di revisione si sviluppa in due momenti, l'uno rescindente e l'altro rescissorio, il cui succedersi non è però scandito dalla formazione di preclusioni (come invece si suppone nel ricorso): il primo è costituito dalla valutazione (che normalmente avviene *de plano*, senza avviso al difensore o all'imputato della data fissata per la camera di consiglio) dell'ammissibilità della relativa istanza e mira a verificare che essa sia stata proposta nei casi e nelle forme di legge e che non sia manifestamente infondata; il secondo è, invece, costituito dal vero e proprio giudizio di revisione mirante all'accertamento e alla deliberazione delle nuove prove – nel caso, come quello odierno, in cui la revisione sia chiesta ai sensi dell'art. 630 lett. c) c.p.p. –, al fine di stabilire se esse, sole o congiunte a quelle che avevano condotto all'affermazione di responsabilità del condannato, siano tali da dimostrare che egli deve, invece, essere proscioltto dal reato ascrittogli.

In questo secondo momento, caratterizzato dalle forme previste per il dibattimento – proseguono le S.U. – è consentito alla Corte d'appello rivalutare le condizioni di ammissibilità dell'istanza e respingerla senza assumere le prove in essa indicate e senza dare corso al giudizio sul merito.

Nello stesso senso le S.U. sono tornate ad esprimersi con sentenza n. 624 del 16.9.01, dep. 9.1.02, rv. 220441.

In breve, a differenza di quanto accadeva nel previgente c.p.p., nell'attuale è improprio distinguere una fase rescindente dall'esito irretrattabile (come suggerisce il ricorso) e una rescissoria (cfr. *ex aliis*, Cass., Sez. I, n. 6286 del 24.1.03, dep. 7.2.03; Cass., Sez. I, n. 4837 del 6.10.98, dep. 28.10.98; Cass., Sez. I, n. 1095 del 23.2.98, dep. 14.3.98; Cass., Sez. IV, n. 890 del 22.2.96, dep. 21.6.96), non essendo più previsto uno stadio della procedura che si concluda con la revoca o l'annullamento della precedente sentenza, di guisa

che, attesa l'espressa previsione, come autonoma causa di inammissibilità della richiesta, della manifesta infondatezza della medesima (v. art. 634 c.p.p.), risulta attribuito alla Corte d'appello, nella fase preliminare, un potere-dovere di valutazione, anche nel merito limitato all'oggettiva potenzialità degli elementi addotti dal richiedente, ancorché costituiti da prove formalmente qualificabili come nuove, a dar luogo ad una pronuncia di proscioglimento.

È dunque, non solo legittima, ma addirittura necessaria la delibazione prognostica circa l'astratto grado di confidenza dei *nova* prima di procedere all'assunzione in dibattimento di quelle che l'istante indica come prove nuove.

Pertanto, malgrado l'emissione del decreto di citazione ex art. 636 co. 1° c.p.p., è consentito alla Corte d'appello non fare luogo a dibattimento in caso d'idoneità delle prove nuove – già per come addotte dall'istante, per il contenuto e/o il relativo *thema probandum* – a provocare il proscioglimento (*adde*, alle sopra citate sentenze delle S.U., Cass., Sez. I, n. 1290 del 30.10.96, dep. 13.2.97; Cass., Sez. V, n. 2258 del 16.1.96, dep. 1°3.96; Cass., Sez. I, n. 10836 del 26.9.94, dep. 22.10.94).

Tale conclusione è viepiù confermata (sempre come rimarca la menzionata giurisprudenza) dal rilievo che il giudizio sull'ammissibilità della richiesta di revisione, a norma dell'art. 634 c.p.p., spetta pur sempre alla Corte d'appello (e non al suo Presidente, che emette il decreto di citazione).

Di conseguenza, a maggior ragione se non ne è stato investito nella prima fase (a cognizione sommaria e comunque solo eventuale), l'organo collegiale ben può pronunciare l'inammissibilità dell'istanza dopo l'emissione del decreto di cui all'art. 636 c.p.p. e senza che sia necessaria la previa assunzione delle invocate prove nuove.

Cosa diversa è il *quantum* di tale deliberazione, che non deve spingersi fino ad un approfondito vaglio circa l'attendibilità e l'affidabilità di una prova nuova non ancora assunta: ma non è questa la censura che si muove al ricorso, anche perché l'impugnata sentenza si è correttamente limitata, nel dichiarare inammissibile la richiesta, a prendere atto che nessuna delle prove nuove in essa addotte era, neppure astrattamente, idonea a condurre al proscioglimento del condannato.

Quanto al vizio di motivazione dedotto sempre nel motivo che precede sub a), basti ricordare che quello spendibile mediante ricorso per cassazione concerne solo la motivazione di fatto, giacché quella in diritto può sempre essere corretta o meglio esplicitata, sia in appello che in cassazione (v. art. 619 co. 1° c.p.p.), senza che la sentenza impugnata ne debba in alcun modo soffrire (cfr. Cass., Sez. IV, n. 6243 del 7.3.88, dep. 24.5.88, rv. 178442, resa sotto l'imperio del previgente c.p.p., ma pur sempre valida e confermata, anche più di recente, da Cass., Sez. II, n. 3706 del 21.1.2009, dep. 27.1.2009, rv. 242634, e altre ancora).

Invero rispetto alla questione di diritto ciò che conta è che la soluzione adottata sia corretta ancorché malamente spiegata o non spiegata affatto; se invece risulta erronea, nessuna motivazione (per quanto dialetticamente suggestiva e ben costruita) la può trasformare in esatta ed il vizio da cui risulterà affetta la pronuncia sarà non già di motiva-

zione, bensì di inosservanza o violazione di legge o falsa od erronea sua applicazione.

2. Del pari infondato è il motivo che precede sub b).

Premesso che ex art. 591 ult. co. c.p.p. l'inammissibilità dell'impugnazione (la revisione è pur sempre un mezzo di impugnazione, ancorché straordinario) può essere dichiarata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, si consideri che Cass., Sez. III, n. 23087 del 13.5.08, dep. 10.6.08, è in senso contrario all'assunto dedotto dal ricorrente, perché statuisce che la declaratoria di inammissibilità della richiesta di revisione va adottata, ove già instaurato il giudizio a norma dell'art. 636 c.p.p. (come avvenuto nel caso di specie), proprio con sentenza (in questo senso si erano pronunciate le S.U. di questa S.C. con sentenza n. 18 del 10.12.97, dep. 30.3.98).

Per altro, il motivo è formulato senza interesse giuridicamente apprezzabile: in proposito è appena il caso di ricordare che l'interesse ad impugnare, richiamato dal co. 4° dell'art. 568 c.p.p. quale condizione di ammissibilità di qualsiasi impugnazione, deve essere correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da rimuovere e sussiste solo se il gravame è idoneo a dare luogo ad una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante rispetto a quella esistente, *id est* sussiste un interesse concreto solo ove dalla denunciata violazione sia derivata una lesione dei diritti che si intendono tutelare e nel nuovo giudizio possa ipoteticamente raggiungersi un risultato non solo teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole (cfr. Cass., S.U., n. 42 del 13.12.95, dep. 29.12.95; Cass. n. 6301/97; Cass. n. 514/98; Cass., Sez. II, n. 15715 del 28.5.04, dep. 8.6.04; Cass., Sez. I, n. 47496 del 17.10.03, dep. 11.12.03 nonché numerose altre analoghe; cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, n. 24272 del 24.3.10, dep. 24.6.10).

In altre parole, l'interesse ad impugnare non è costituito dalla mera aspirazione della parte all'esattezza tecnico-giuridica della motivazione del provvedimento, ma l'interesse a conseguire – dalla riforma o dall'annullamento del provvedimento impugnato – un concreto vantaggio.

Nel caso di specie non si vede quale concreto vantaggio avrebbe ricevuto l'odierno ricorrente a vedersi dichiarare inammissibile l'istanza di revisione con ordinanza anziché con sentenza, vale a dire con una forma – semmai – più garantista, visto il contraddittorio che l'ha preceduta.

Infine, è appena il caso di ricordare che ex art. 177 c.p.p. i casi di nullità sono tassativi e che nessuna norma prevede una nullità a riguardo.

3. Ancora infondato è il motivo che precede sub c), che svolge censure analoghe a quelle espresse nel motivo sub a), aggiungendo alle ragioni di doglianza una pretesa violazione del diritto alla prova e del principio al contraddittorio.

Richiamate in contrario le considerazioni sopra esposte in ordine alla possibilità di dichiarare l'inammissibilità dell'istanza di revisione ancor prima di fare luogo al dibattimento e pur dopo l'emissione del decreto di citazione ex art. 636 co. 1 c.p.p., sicché non è esatto sostene-

re che solo dopo l'acquisizione delle prove nuove se ne possa dichiarare l'inidoneità a fini di proscioglimento, è appena il caso di aggiungere che il diritto alla prova deve essere inteso nei limiti delle ragioni proprie del processo revisionale, ragion per cui, se le nuove prove risultano inidonee, già per come vengono prospettate, ad inficiare l'accertamento del fatto compiuto nella sentenza oggetto dell'impugnazione straordinaria, ben può il giudice della revisione non assumerle (cfr. Cass. Sez. III n. 20467 del 4.4.07, dep. 25.5.07) e dichiarare inammissibile l'istanza di revisione, cosa che la Corte nissena – nella vicenda in esame – ha fatto con motivazione congrua ed immune da vizi logico-giuridici.

La contraria opinione del ricorrente, secondo cui il momento valutativo della prova nuova dovrebbe sempre seguire quello di sua acquisizione, collide con la lettera degli artt. 630 lett. c) e 634 co. 1° c.p.p. oltre che con lo spirito e la natura stessa dell'istituto della revisione, caratterizzato da intuitive esigenze di economia processuale per cui in tanto può farsi luogo a giudizio di revisione mediante assunzione di nuove prove in quanto le stesse si presentino già, per come addotte e per il relativo *thema probandum*, potenzialmente idonee a dimostrare da sole o unitamente a quelle già acquisite nel precedente giudizio, che il condannato deve essere prosciolto.

D'altronde quella della revisione è una sede impropria per indagini a largo spettro, non potendosi attribuire al giudice della revisione poteri addirittura più ampi di quelli riconosciuti al giudice della cognizione, che può dare sfogo solo alle prove – rilevanti, ammissibili e non sovrabbondanti – chieste dalle parti e, se del caso, disporre d'ufficio prove *decisive* nei limiti e nei sensi di cui agli artt. 507 e 603 c.p.p. e non già prove da cui si spera di poter ricavare elementi utili ad ulteriori approfondimenti, in attesa che alla fine emerga una qualche situazione (neppure ben ipotizzata nei suoi contorni essenziali) favorevole al giudicabile.

Quanto al contraddittorio, non si vede come possa essere stato leso, visto che l'inammissibilità è stata dichiarata in pubblica udienza all'esito di discussione delle parti.

Infine, non è esatto affermare che l'impugnata sentenza avrebbe ommesso ogni valutazione sulle prove nuove indicate nell'istanza di revisione, che – anzi – sono state singolarmente esaminate da pagina 10 a pag. 18 della motivazione (su ciò v. anche *infra*).

4. È altresì infondato il motivo che precede sub d), perché in esso sostanzialmente si propone un aggiramento del divieto di cui al co. 3° dell'art. 637 c.p.p., secondo il quale in sede di revisione non può pronunciarsi il proscioglimento esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio.

Da ciò si evince che una loro nuova delibazione, dall'esito eventualmente diverso da quello accolto nella sentenza di condanna, è consentita solo se prima si dà ingresso alle prove nuove – sul presupposto della loro astratta idoneità a fini di revisione ai sensi dell'art. 630

REVISIONE: NUOVE PROVE...

lett. c) c.p.p., in quanto senza il loro concorso non è possibile reiterare l'esperienza conoscitiva e valutativa svoltesi nel processo già celebrato.

Ma è proprio tale astratta idoneità delle dedotte prove nuove ad essere stata preliminarmente e motivatamente esclusa dall'impugnata sentenza, idoneità che, per gli anzidetti motivi, va valutata avendo riguardo al tenore della sentenza irrevocabile di condanna e agli apprezzamenti ivi contenuti.

Nello specifico di tali prove nuove, non può che darsi atto della correttezza delle argomentazioni addotte dalla Corte territoriale e della sostanziale genericità, sul punto, del ricorso, che non le confuta puntualmente, limitandosi a riprodurre (anche in certi passaggi formali) il contenuto della memoria già depositata presso i giudici di merito.

Per la precisione, circa la consulenza psicodiagnostica volta a dimostrare sul piano scientifico, l'inconciabilità della disposizione caratteriale dell'istante con l'accusa di collusioni con la criminalità organizzata, il ricorso non svolge obiezioni all'insuperabile ostacolo, valorizzato dall'impugnata sentenza, costituito dall'art. 220 cpv. c.p.p. che, salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non ammette perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.

Quanto alla lettera del 7.11.07 dell'ex Presidente della Repubblica Francesco Cossiga, da essa si evincono soltanto delle (per altro generiche) dichiarazioni di stima e solidarietà nei confronti dell'odierno ricorrente, il che non è neanche teoricamente assimilabile al concetto di prova nuova ex art. 630 lett. c) c.p.p., atteso che le prove dichiarative non possono consistere in mere opinioni personali (per quanto autorevoli) sulle altrui qualità morali.

In ordine, poi, alle pagine 81, 82 e 83 del libro *"Nel Labirinto degli Dei"* dell'attuale Procuratore Aggiunto della Repubblica di Palermo relative alle dichiarazioni accusatorie rese a carico dell'istante dal collaboratore di giustizia (...) e non riversate nel processo di cui si chiede la revisione, il loro tenore (alla stregua di quanto riportato in ricorso) è ben chiaro nel dare atto che si tratta di dichiarazioni pur sempre accusatorie (ancorché non riscontrate o solo apparentemente riscontrate e ritenute poco convincenti) e non già a discarico, così come non lo sono quelle poi rese, sempre dallo (...), in occasione delle investigazioni difensive svolte ex art. 391 bis c.p.p.

Il punto va evidenziato: non è questa la sede per stabilire la correttezza o meno della mancata trasmissione al giudice della cognizione dei verbali delle dichiarazioni rese dallo (...); quel che conta è che – come esattamente notato dall'impugnata sentenza – dichiarazioni accusatorie non riscontrate (e non, si badi, smentite grazie a riscontri negativi, del che non parla neppure il ricorso), ove pure riversate nel processo celebratosi a carico dell'odierno ricorrente, avrebbero – semmai – potuto avvalorare l'ulteriore materiale accusatorio già raccolto e in base al quale si è pervenuti a pronuncia di condanna.

Né il ricorso in esame ha evidenziato un qualche punto in cui le dichiarazioni dello (...), per quanto accusatorie, divengano dalle prove in base alle quali è stata emessa condanna nei confronti dell'odierno ricorrente, limitandosi a sottolineare che il collaborante afferma che sicuramente qualcuno non aveva in simpatia (...). Ma, come giustamente notato dalla gravata pronuncia, l'ipotesi che per ciò solo egli sia rimasto vittima di qualche complotto non ha alcuna concretezza né aggancio probatorio sicché, non oltrepassando la soglia della mera congettura, è inidonea ai fini dell'art. 630 lett. c) c.p.p.

Nemmeno si chiarisce come e perché un ipotetico mendacio dello (...) ai danni del ricorrente (che, si badi, neppure in ricorso si sostiene essere emerso in qualche modo, non potendosi equiparare a calunnia accuse semplicemente non munite di riscontri e/o intrinsecamente poco convincenti) avrebbe dovuto trascinare nel discredito anche prove che hanno determinato la condanna oggetto dell'istanza di revisione.

Né alcun criterio logico consente di affermare che l'eventuale mendacio di taluno (che, giova ribadire, nel caso di specie non è emerso né è stato allegato) dimostri analoga infedeltà di altri testimoni o collaboratori; al più, ciò resta pur sempre nell'ambito di mere ipotesi congetturali e comunque si scontra, sul piano della revisione, con il già ricordato divieto di cui al co. 3° dell'art. 637 c.p.p.

Si sostiene ancora in ricorso che, ad ogni modo, le dichiarazioni rese dallo (...), se riversate nel processo a carico dell'odierno ricorrente, avrebbero consentito alla difesa di *"esercitare tutte quelle azioni che avrebbero potuto chiarire il contesto in cui andava maturando tutta la vicenda giudiziaria e di usare ogni strumento a far emergere la verità"*.

L'assunto, oltre ad essere generico e (anche qui) meramente congetturale, trascura che:

il giudizio di revisione, come si è già ricordato, non costituisce la sede per svolgere nuove indagini a largo spettro, volte a verificare se per caso non emergano prove nuove favorevoli al condannato, che – anzi – devono preesistere alla richiesta formulata ex art. 630 c.p.p. (diversamente, essa non è ammissibile);

fra i motivi di revisione di cui all'art. 630 c.p.p. non figurano mere violazioni di norme processuali o dei diritti di difesa (che, per altro, il ricorso neppure individua con specifico aggancio normativo).

5. È, infine, manifestamente infondato il motivo di doglianza che sub e), vuoi perché il precedente di questa S.C. cui il ricorso si riferisce (al di là di quelle che possano essere state le considerazioni svolte dal PG d'udienza) non ha affatto messo in dubbio la configurabilità nel nostro ordinamento del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, vuoi perché persino una futura e del tutto ipotetica *abolitio criminis* (che ovviamente nemmeno presuppone la via legislativa e non certo quella giurisprudenziale) andrebbe fatta valere in sede non già di revisione bensì in sede esecutiva ex art. 673 c.p.p.

6. In conclusione, il ricorso è da rigettarsi. Conseguendo, ex art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

[Omissis]

PAOLA MAGGIO*

Ricercatore di procedura penale – Università degli Studi di Palermo

Nella revisione negata di un noto processo di mafia i segni della “mutazione genetica” dell’impugnazione straordinaria

*In the refuse of judicial revision
in a notorius mafia’s trial
the signs about the “genetic modification”
of the extraordinary impugment*

La vasta eco della vicenda giudiziaria che ha coinvolto un noto funzionario del Sisde ha riaccessato i riflettori sulla revisione del processo, costituendo specifica occasione di analisi dei contenuti del vaglio preliminare dell’istanza, della declaratoria di inutilizzabilità degli atti nella stessa fase e, infine, degli spazi riservati al contraddittorio. Gli esiti concreti, collocati nel più ampio e recente dibattito sulla revisione, confermano la progressiva trasformazione ad opera della prassi del modulo procedimentale tipico dell’impugnazione.

The great echo of the judicial event which has involved an official of Sisde has highlighted the reflections on the revision of proceedings, constituting a detailed opportunity of analysis of the contents of preliminary examination of appeals, of the declaratory judgment of the unusability of the acts of the same phase and, eventually, of the space reserved for cross-examination. The actual outcome, found in the broadest and most recent discussion on revision, confirms the progressive transformation of the work of the procedure of module proceedings typical of impugment.

LE RAGIONI SOSTANZIALI DEL RIGETTO

Con il provvedimento in esame, la seconda sezione penale della Corte di cassazione ha rigettato il ricorso avverso la decisione di inammissibilità della Corte di appello di Caltanissetta emessa il 7 novembre 2011, ribadendo il diniego per la revisione del processo a carico di un noto funzionario del Sisde che era stato condannato definitivamente nel 2007 a dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa.

Come si ricorderà, l’articolato quadro di novità probatorie¹, posto dalla difesa a fondamento della

richiesta, si fondava anzitutto sulle dichiarazioni rese da un collaboratore di giustizia, riportate nel libro di un procuratore aggiunto della Repubblica di Palermo. Questi elementi probatori, non sufficientemente avvalorati durante il giudizio di merito, supportavano la tesi di una sorta di “complotto” fra correi ai danni dell’impugnante; efficacia dimostrativa “nuova” avrebbe inoltre rivestito una lettera di solidarietà indirizzata da un *ex* Presidente della Re-

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

¹ In giurisprudenza, Cass., sez. I, 26 settembre 1994, n. 10836,

Mass. Cass. pen., 2005, II, 38; Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, Cass. pen., 2002, 1952. La tematica è ampiamente trattata da Scalfati, *L’ammissibilità della revisione e la «prova nuova» dopo l’intervento delle sezioni unite*, Dir. pen. e proc., 2002, 495 ss.; Id., *L’esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995. Recentemente, Cavallaro, *Il novum probatorio nel giudizio di revisione*, Torino, 2011, *passim*.

REVISIONE: NUOVE PROVE...

pubblica al funzionario del Sisd subito dopo la decisione definitiva; infine, una relazione peritale psicodiagnostica in merito alla personalità del soggetto – prova “nuova” di carattere scientifico – avrebbe consentito un giudizio prognostico orientato a ritenere assai inverosimile l’attribuzione del grave fatto di reato al condannato.

Sia la Corte di merito sia la Corte di legittimità hanno respinto tali doglianze sovvertendone i contenuti assertivi principali.

Esclusa infatti l’ipotizzabilità di una “congiura” ai danni del ricorrente, in difetto di un substrato probatorio idoneo a legittimare la riapertura del processo, grande rilievo hanno assunto le finalità proprie del giudizio di revisione in sede di declaratoria preliminare di inammissibilità.

In particolare, le dichiarazioni del correo, non riscontrate², sono apparse del tutto inidonee a rivestire il significato di implicazioni in astratto favorevoli al condannato, ed al contempo, sprovviste del carattere della “novità” in vista della revisione del processo, sotto il profilo della intrinseca attitudine dimostrativa rispetto all’eventuale proscioglimento. Il dedotto “*novum*” non ha scalfito la capacità di resistenza degli accertamenti compiuti e delle valutazioni espresse con la condanna irrevocabile, né è parso possibile riferire al giudizio di revisione scopi ultra-sistematici quali lo svolgimento di «indagini a ampio spettro» o la realizzazione di richieste relative alla presunta violazione dei diritti difensivi, esulanti dal tassativo elenco codicistico dei motivi utili ad attivare l’impugnazione straordinaria.

In chiave analoga si è negato alla missiva inviata il 7 novembre 2007 da un ex Presidente della Repubblica al difensore del funzionario, (cui potrebbe attribuirsi esclusivamente e al più il senso di un attestato di stima e solidarietà nei riguardi della persona coinvolta in un processo penale), il valore di proposizione probatoria comparabile con gli ulteriori dati posti a fondamento della condanna irrevocabile. Carente è sembrata l’efficacia dimostrativa di tale documento rispetto al proscioglimento in punto di affidabilità della deduzione probatoria nuova; insussistenti sono risultate la persuasività e la congruenza rispetto al contesto già acquisito in sede di cognizione, per saggiare la capacità di resistenza degli accertamenti compiuti con la sentenza di condanna irrevocabile.

² Sui caratteri che la prova dichiarativa proveniente dal coimputato deve possedere per assumere dignità al fine dell’ammissibilità dell’istanza di revisione, con la necessaria indicazione di riscontri, ai sensi dell’art. 192 comma 3 c.p.p.: Cass., sez. I, 4 aprile 2007, n. 24743, *Cass. pen.*, 2008, 2979; Cass., sez. I, 10 marzo 2004, n. 15059, *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 530; Cass., sez. II, 28 ottobre 2003, n. 11616, *Cass. pen.*, 2005, 908; Cass., sez. VI, 1 dicembre 1999, n. 2943, *Cass. pen.*, 2001, 2456.

Secondo i giudici di legittimità, le prove dichiarative non possono infatti consistere in mere «opinioni personali sulle altrui qualità morali», ma devono incidere in senso favorevole all’istante, giustificando la ragionevole previsione che esse, da sole o congiuntamente agli elementi già esaminati nel corso del processo conclusosi con la sentenza di condanna, possano condurre all’“assoluzione”. Tratti, questi, ritenuti del tutto insussistenti nello specifico contesto.

Scontata, infine, l’inutilizzabilità della consulenza psico-diagnostica già prodotta davanti al Tribunale di Sorveglianza di Palermo ed innestata nel giudizio di revisione come prova volta a dimostrare, sul piano scientifico, l’inconciliabilità fra la disposizione caratteriale dell’istante e l’accusa di collusione con la criminalità organizzata.

L’accezione di «nuova prova scientifica»³, ai sensi dell’art. 630, comma 1, lett. c) c.p.p., relativa alle metodologie innovative che possono condurre non solo a valutazioni diverse, ma anche alla cognizione di fatti nuovi, se accreditate e ritenute pienamente attendibili dalla comunità scientifica⁴, non può essere riferita a un accertamento psico-diagnostico di questo tipo. Le indagini peritali volte a stabilire il carattere e la personalità dell’imputato e, in genere, le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche incontrano l’ostacolo insuperabile dell’art. 220, comma 2, c.p.p. e l’inutilizzabilità⁵ inibisce, per conseguenza, la considerazione in sede di verifica, in specie negativa, delle condizioni di ammissibilità della richiesta di revisione, trattandosi di un vizio – sanzione, rilevabile, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del procedimento a norma dell’art. 191, comma 2, c.p.p. che, alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 631, 634, comma primo, e 191 c.p.p., compromette la potenzialità probatoria del palesato “*novum*” rispetto al risultato finale del proscioglimento.

LA DILATAZIONE DEGLI SPAZI DEL VAGLIO PRELIMINARE DI AMMISSIBILITÀ E IL RUOLO DEL CONTRADDITTORIO

Nel caso di specie il giudizio preliminare di ammissibilità dell’istanza di revisione dinnanzi alla Corte territoriale si era svolto con le forme garantite del

³ Per approfondimenti: Aprile, *Nuova prova scientifica e revisione della condanna, nella giurisprudenza di legittimità*, *Riv. it. med. legale*, 2011, 1187 ss.; Conti, *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1204 ss.; Famiglietti, *Nuova prova scientifica e giudizio di revisione*, *Questa Rivista*, 2011, 5, 123 ss. Spinelli, *Il novum scientifico nel giudizio di revisione*, *ivi*, 2011, 1803.

⁴ Cass., sez. II, 8 marzo 2010, n. 9144, *CED Cass.*, 250049.

⁵ Cfr. Galantini, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 64 ss.

contraddittorio, in pubblica udienza e all'esito della discussione delle parti⁶. *Iter*, peraltro, ampiamente invalso nella prassi applicativa e avvalorato dalla Corte di cassazione con la decisione in epigrafe.

Questo aspetto centrale, solo apparentemente procedimentale, finisce per modulare nei contenuti sostanziali la verifica, anticipando *in limine* tutta la valutazione di merito delle allegazioni difensive in palese difformità rispetto ai contenuti dell'impugnazione straordinaria, così come tratteggiati nel codice del 1988.

L'*intentio legis* del riformatore era stata infatti quella di superare la duplice articolazione del procedimento di revisione nel rito penale, delineando un incedere unitario che facesse venire meno lo iato fra il momento rescindente del giudicato e quello rescissorio, nel quale si procedeva al nuovo giudizio di merito⁷. Il giudizio di revisione, celebrato dinanzi ad un unico organo funzionalmente competente individuato nella Corte di appello, è stato infatti configurato come armonico, sebbene ancora articolato in due scansioni nelle quali il giudice della revisione dapprima viene chiamato, in assenza di contraddittorio, alla verifica dei requisiti formali e al vaglio dell'ammissibilità della richiesta di revisione e, successivamente, alla celebrazione del controllo di merito. Ciò spiega sia la rilevabilità della manifesta infondatezza nei soli casi in cui la stessa emerge *ictu oculi*, sia l'esclusione di poteri partecipativi in capo alle parti. L'«unità della struttura» del processo straordinario e la «contrazione della procedura preliminare» esprimevano dunque il potenziamento dell'analisi di merito⁸.

Tale configurazione procedimentale è stata tuttavia progressivamente alterata dalla prassi che ha fatto assumere al vaglio di ammissibilità contenuti selettivi sempre più profondi, via via compensati dall'anticipata adozione delle forme del contraddittorio camerale *ex art. 127 c.p.p.*

In questa direzione, la verifica concreta di persuasività e congruenza dei risultati probatori posti

a fondamento della revisione⁹ per pervenire al proscioglimento del condannato ha subito dunque una sostanziale anteposizione e la valutazione prognostica del grado di conferenza del *novum* si è realizzata prima di procedere all'assunzione in dibattimento di quelle che l'istante ha indicato come prove «nuove».

Così facendo, l'accertamento *in limine* ha finito per assorbire – inibendolo – il secondo momento diretto a controllare il reale risultato rappresentativo, delle prove addotte.

Il sovvertimento è evidente: solo nella seconda fase di epilogo del procedimento probatorio, realizzata con le forme proprie del contraddittorio processuale, dovrebbe saggiarsi la reale implicazione degli elementi portati all'attenzione dei giudici, ossia la verità o la falsità dei medesimi.

Il momento preliminare, connotato da una sorta di presunzione di fondatezza della domanda, dovrebbe limitarsi, invece, all'analisi «orizzontale» della presenza delle condizioni elencate dall'art. 634 c.p.p., senza sconfinare in un vaglio «verticale» dei contenuti che finisce per variare articolazione e caratteristiche¹⁰ dell'impugnazione straordinaria.

In questa direzione, l'effetto della sempre maggiore preponderanza attribuita al segmento procedurale preliminare, proteso a verificare «l'effettivo valore dimostrativo delle allegazioni difensive», ha reso necessario un potenziamento del contributo degli attori processuali¹¹. Ed è proprio per sfuggire alle rigorose maglie della delibazione di ammissibilità che la giurisprudenza ha ritenuto la possibilità di procedere, anziché *de plano*, mediante la procedura camerale delineata dall'art. 127 c.p.p., ogniqualvolta la verifica preliminare richieda un maggiore approfondimento¹².

Una situazione recentemente consacrata anche dalle sezioni unite con l'ulteriore valorizzazione del contraddittorio *a parte accusationis*¹³ che, dietro

⁶ La pronuncia si allinea all'indirizzo interpretativo già tracciato da Cass., sez. I, 5 novembre 2003, n. 45612, *Foro it.*, 2004, II, 1; Bricchetti, *Il giudice deve valutare al momento della domanda se le «nuove prove» sono inutilizzabili nel processo*, *Guida dir.*, 2003, 49, 71 ss.

⁷ Nella fase rescindente competeva alla Corte di cassazione, valutare, anche in base ad apporti istruttori compiuti dal giudice dell'esecuzione o dalla stessa Corte di legittimità, sia l'ammissibilità dell'istanza sia la sua non manifesta infondatezza pervenendo, in caso di esito negativo, rispettivamente a un'ordinanza di inammissibilità o una sentenza di rigetto (sulla previgente regolamentazione v. Presutti, *Revisione del processo penale*, *Enc. giur. Treccani*, XXXI, 1991, 5).

⁸ La terminologia è ripresa da Scalfati, *L'esame sul merito*, cit., 92.

⁹ *Ex plurimis*, Cass., sez. II, 11 novembre 2009, n. 44724, *CED Cass.*, 245718. Altro indirizzo ritiene invece che il controllo debba essere esclusivamente prognostico, astratto, e fondato sulle prospettazioni contenute nella richiesta e nelle relative allegazioni: Cass., sez. IV, 19 giugno 2007, n. 35697, *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 498.

¹⁰ Per tutti, Scalfati, *Ammissibilità e non manifesta infondatezza: limiti e contenuto del giudizio preliminare in materia di revisione*, *Arch. pen.*, 1992, 598 ss.

¹¹ Cfr., in argomento, Rossi, *Note a margine di un'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza dell'istanza di revisione*, *Giur. merito*, 2012, 172.

¹² Cass., sez. III, 11 marzo 2003, n. 11040, *Foro it.*, 2003, II, 445 (con nota critica di Gialuz), secondo cui è nulla l'ordinanza di inammissibilità emessa *de plano*. L'orientamento contrario si rinviene in Cass., sez. I, 11 dicembre 2007, n. 47016, *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 761.

¹³ Da ultima, Cass., sez. un., 20 aprile 2012, n. 15189, (leggi-

REVISIONE: NUOVE PROVE...

evidenti ragioni garantistiche, cela però le palesi alterazioni del modello: l'ampliamento dei margini di verifica dell'ammissibilità nella valutazione dell'istanza di revisione anticipa del tutto la valutazione di merito, che avrebbe dovuto – lo si ribadisce – realizzarsi esclusivamente nella fase di giudizio, a contraddittorio pieno.

SCENARI FUTURI E SPAZI APPLICATIVI DELL'ISTITUTO

L'*impasse* sui contenuti del giudizio preliminare e sul ruolo delle parti configura pertanto una situazione problematica, non facilmente risolvibile sulla base dell'attuale versione del rito.

Da un lato, infatti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur affermando l'applicabilità dell'art. 6 C.e.d.u. nella fase di esame dell'ammissibilità di un'istanza di revisione, non ha ritenuto necessariamente imposto il contraddittorio in questo segmento, data l'esperibilità del successivo ricorso per cassazione. Il vaglio di legittimità, infatti, secondo i giudici di Strasburgo, non pregiudica del tutto il contraddittorio ma ne posticipa semplicemente la realizzazione¹⁴.

Dall'altro lato, l'attuale configurazione assunta dall'istituto non può di certo indurre a suggerire restringimenti degli spazi del contraddittorio nella sede cui la prassi oramai ampiamente assegna il ruolo centrale del giudizio di revisione.

Forse proprio con queste consapevolezza di fondo alcuni autori hanno prospettato *de iure condendo* l'eliminazione della delibazione preliminare, intesa quale mero retaggio del passato¹⁵.

Come si comprende, la vicenda procedimentale analizzata esprime appieno le delineate questioni interpretative, laddove rimarca la possibilità di concentrare nella sede di preliminare delibazione di ammissibilità la valutazione degli elementi probatori

proposti ai fini della revisione, ed afferma altresì la possibilità di una declaratoria di inutilizzabilità nello stesso segmento per la consulenza psicodiagnostica, palesata dalla difesa come *novum* probatorio.

Pure quest'ultima asserzione, frequente in giurisprudenza¹⁶, risulta fortemente influenzata dell'ampiezza dello spettro valutativo riferibile al momento preliminare di ammissibilità dell'istanza. Essa merita dunque – al pari degli altri aspetti sopra delineati – una ponderazione più consapevole nell'ambito del mutato sfondo procedimentale. Non è causale che, in dottrina, accanto a posizioni favorevoli in conformità a ragioni di economia processuale e di rispetto degli oneri formali oggi imposti al difensore¹⁷, si collochino letture maggiormente critiche in proposito, poggiati sul dato che il difensore con la domanda di revisione non aspira a fornire prove, ma solo elementi di prova che andranno trasformati in prove esclusivamente del contraddittorio dibattimentale, proprio in forza dei limiti coesenziali al controllo preliminare¹⁸.

Si avverte dunque l'esigenza di una presa d'atto legislativa sull'attuale dibattito interpretativo, in uno scenario fortemente segnato anche della recente declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., con la quale la Consulta ha "ampliato" i casi di revisione¹⁹.

L'assegnazione alla "revisione europea" del ruolo di strumento di contrasto verso "l'ingiustizia del processo", pur nelle sue chiaroscurali sfaccettature, probabilmente produrrà un aumento dell'incidenza fattuale e statistica dell'impugnazione straordinaria, accentuando ancor più i tratti dello sfondo procedimentale "destrutturato" dalle prassi.

bile su <http://www.processopenaleegiustizia.it/scenari>) ha ritenuto che «non essendo previsto parere alcuno da parte del pubblico ministero sulla richiesta di revisione, ove tale parere sia irrisultante, esso deve essere comunicato a pena di nullità al richiedente, ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio».

¹⁴ Corte e.d.u., 9 maggio 2003, C. 59506/00, Papageorgiou c. Grecia, § 39, leggibile sul sito [www.http://hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int).

¹⁵ Rombi, *Riflessioni in tema di revisione del giudicato penale*, Riv. dir.proc., 2011, 1169.

¹⁶ Con particolare riguardo agli elementi risultanti dalle investigazioni difensive: Cass., sez. I, 5 novembre 2003, n. 45612, cit., 1; Cass., sez. III, 26 marzo 2004, n. 27931, *Foro it.*, 2004, II, 680; App. Brescia, 15 maggio 2008, F., *Giur. it.*, 2009, 1944.

¹⁷ Bricchetti, *Il giudice deve valutare al momento della domanda se le «nuove prove» sono inutilizzabili nel processo*, Guida dir., 2003, 49, 69; Marchetti, *La revisione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. V, *Impugnazione*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, 975; Rombi, *Riflessioni*, cit., 116.

¹⁸ Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 253.

¹⁹ Cfr. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, *Giur. cost.*, 2011, 1542, commentata da Uberris, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*.

Sono necessari i gravi indizi di responsabilità a carico dell'ente per disporre il sequestro preventivo

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 10 settembre 2012, n. 34505 – Pres. Milo; Est. Fidelbo

Per il sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto, ai sensi dell'art. 53 del d. lgs. n. 231 del 2001, deve essere verificato un fumus delicti "allargato", cioè la ricorrenza di gravi indizi della responsabilità dell'ente, come accade per le misure cautelari interdittive.

[*Omissis*]

Motivi della decisione

4. Il ricorso è fondato in relazione al primo motivo, che assorbe il secondo.

4.1. Il sequestro preventivo è stato disposto ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 19 e 53, nei confronti della *Omissis* s.p.a., indagata per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25 D.Lgs. cit., in relazione al reato di corruzione propria di incaricato di pubblico servizio, che sarebbe stato commesso nel suo interesse da parte dei vertici societari, in particolare da *Omissis*, nella qualità di consigliere di amministrazione; l'oggetto del sequestro è costituito dall'equivalente del profitto che la società avrebbe conseguito dalla condotta illecita posta in essere; secondo l'ipotesi accusatorie, recepita dal giudice dell'appello cautelare, i vertici della *Omissis* s.p.a. avrebbero realizzato un accordo corruttivo con *Omissis*, amministratore delegato della società concessionaria del servizio pubblico *Omissis* s.p.a. e quindi ritenuto incaricato di pubblico servizio, e con *Omissis*, presidente della Provincia di (OMISSIS), ritenuto l'amministratore di fatto della stessa società, nonché con *Omissis*, consulente della *Omissis*, avente ad oggetto la transazione tra le due società, conclusa con un accordo favorevole alla *Omissis*, a cui è stata riconosciuta la somma complessiva di 18.800.000 Euro, pari al 30% in più dell'importo originario dell'appalto, somma da corrispondere in più rate; in cambio la *Omissis*, tramite *Omissis*, avrebbe fatto avere, per conto di *Omissis*, la somma di due milioni di Euro a *Omissis*, imprenditore che aveva finanziato in passato l'attività politica dello stesso *Omissis*; in altri termini, si ipotizza che la "tangente" sia stata direttamente indirizzata ad un soggetto estraneo all'accordo, che *Omissis* voleva "rimborsare" per gli aiuti economici che gli aveva offerto in passato.

Sulla base di questa ipotesi accusatoria il Tribunale di Monza ha verificato la sussistenza delle condizioni legittimanti il sequestro preventivo richiesto dal pubblico ministero e non concesso dal G.i.p., individuandole nella sussistenza del *fumus delicti* e del *periculum*.

4.2. Quanto al *fumus* si osserva che il Tribunale di Monza, pur evidenziando come il sequestro preventivo ex art. 53 d.lgs. 231/2001 sia funzionale al provvedimento di confisca previsto dall'art. 19, D.Lgs. cit., a titolo sanzionatorio, ha tuttavia ritenuto che per disporre questo tipo di misura cautelare reale sia necessaria e sufficiente "l'astratta configurabilità, in relazione al fatto attribuito all'indagato, di una delle ipotesi criminose individuate dal pubblico ministero, senza che rilevino né la sussistenza degli indizi di colpevolezza né la loro gravità": in particolare, i giudici di merito hanno espressamente richiamato un consolidato orientamento che con riferimento al *fumus delicti*, quale presupposto per disporre il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., ritiene sufficiente l'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto ad una determinata ipotesi di reato.

Deve rilevarsi che in questa materia non appare corretta una automatica trasposizione del regime dei presupposti legittimanti il sequestro preventivo previsto dall'art. 321 c.p.p., in quanto nel caso del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 53, il sequestro è direttamente funzionale ad anticipare, in via cautelare, la confisca di cui all'art. 19 D.Lgs. cit. che è sanzione principale, obbligatoria e autonoma (così, Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654) e che come tale si differenzia non solo dalle altre ipotesi di confisca disciplinate dal codice penale e da leggi speciali, ma anche dalle altre tipologie di confisca cui si riferisce lo stesso D.Lgs. n. 231 del 2001 (ad esempio, nell'art. 6, comma 5, e art. 15, comma 4).

SONO NECESSARI I GRAVI INDIZI DI RESPONSABILITÀ...

4.3. Con riferimento al sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., l'orientamento giurisprudenziale, teso a far coincidere la valutazione del *fumus delicti* con la verifica sull'astratta sussumibilità della fattispecie concreta in quella legale (Sez. un., 23 aprile 1993, n. 4.), ha risentito del costante riferimento ai diversi presupposti richiesti per l'applicazione delle misure cautelari personali.

La stessa Corte costituzionale (sent. n. 48 del 1994) ha ritenuto del tutto legittima la scelta di non richiamare per le misure cautelari reali i presupposti richiesti dall'art. 273 c.p.p., per le misure cautelari personali, tra cui la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, precisando che i valori che l'ordinamento prende in considerazione sono graduabili fra loro, sicché l'inviolabilità della libertà personale e la libera disponibilità dei beni possono ricevere diverse forme di tutela, in funzione degli interessi collettivi che vengono ad essere coinvolti. In questo senso è stato sottolineato come il sequestro preventivo ha ad oggetto cose che presentano un tasso di pericolosità idoneo a giustificare l'imposizione di cautele, che si ricollegano all'esistenza di un reato, ma che possono prescindere da qualsiasi profilo di colpevolezza, in quanto la funzione preventiva non riguarda necessariamente l'autore del fatto criminoso, ma direttamente il bene la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo. Da qui l'esclusione che le misure cautelari reali debbano essere costruite in maniera speculare a quelle cautelari personali.

Peraltro, la Corte costituzionale ha anche rilevato che il controllo del giudice penale sulla legittimità del sequestro, seppure limitato a verificare che esista un reato, quanto meno nella sua astratta configurabilità, è tutt'altro che burocratico, dovendosi il medesimo incentrare sulla verifica della integralità dei presupposti che legittimano la misura ed è comunque tale da soddisfare pienamente il corrispondente obbligo di motivazione che è prescritto per tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Periodicamente, si sono registrati tentativi volti a svalutare il requisito del *fumus delicti*, equiparandolo all'esistenza di una "notizia di reato": così, in alcune decisioni il sequestro funzionale alla confisca (L. n. 356 del 1992, ex art. 12 *sexies*) prescinde da qualsiasi verifica circa la fondatezza dell'accusa (Sez. 1[^], 19 gennaio 1999, n. 469, Fedele; Sez. 3[^], 8 luglio 1992, n. 1268; Sez. 2[^], 7 maggio 2003, n. 27694,); in altre, il presupposto del *fumus* viene accertato esclusivamente in base alla imputazione formulata dal pubblico ministero (Sez. 1[^], 21 luglio 1993, n. 2994,).

Tuttavia, la Corte di cassazione ha avuto modo di precisare che il controllo sul sequestro preventivo, soprattutto in sede di riesame, deve comunque svolgersi tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando, sotto ogni aspetto, l'integralità dei presupposti che legittimano il provvedimento cautelare (Sez. un., 20 novembre 1996, n. 23; cfr., inoltre, Sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920; Sez. 6[^], 12 gennaio 2010, n. 5452), sicché sembra affermarsi l'esigenza della necessità di individuare il presupposto del sequestro preventivo nella concretezza degli indizi di

reato, pur escludendo la tesi estrema che richiederebbe la presenza dei gravi indizi di colpevolezza.

In realtà, il tendenziale automatismo valutativo legato alla verifica dell'altra condizione del *periculum in mora* - derivante dal fatto che la stessa confiscabilità della cosa contiene in sé anche la valutazione circa la pericolosità - dovrebbe portare ad una maggiore sensibilità nell'accertamento del presupposto del *fumus delicti* ed infatti in dottrina si è sostenuto che il giudice del riesame, nel caso di ricorso contro il sequestro preventivo funzionale alla confisca, non possa limitarsi al riscontro della pendenza di un procedimento penale per uno dei delitti indicati nella disposizione citata, dovendo egli apprezzare la fondatezza della relativa accusa e la probabilità che si pervenga ad una condanna; questa linea interpretativa si ritrova in alcune decisioni che sottolineano come per la sussistenza del *fumus* sia necessaria non solo una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali, in base alle quali vengono in concreto ritenuti esistenti il reato configurato e la conseguente possibilità di ricondurre alla figura astratta la fattispecie concreta, ma anche la "plausibilità di un giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato" (Sez. I, 16 dicembre 2003, n. 1415; Sez. V, 26 gennaio 2010, 18078).

4.4. In ogni caso, quale che sia il definitivo approdo interpretativo sul discusso ambito applicativo del *fumus delicti* in ordine al sequestro di cui all'art. 321 commi 1 e 2 c.p.p., deve rilevarsi come il dibattito in questione non può essere integralmente replicato con riferimento al sequestro previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 53.

In quest'ultimo caso, come si è anticipato, il sequestro è prodromico ad una sanzione principale, che viene applicata solo a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'ente, al pari delle altre sanzioni previste dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 9. Ed è proprio la natura di sanzione principale e obbligatoria della confisca che impone, con riferimento alla misura cautelare reale ad essa funzionale, una più approfondita valutazione del presupposto del *fumus delicti*, che cioè non si limiti alla sola verifica della sussumibilità del fatto attribuito in una determinata ipotesi di reato, così impedendo al giudice il controllo sulla concreta fondatezza dell'accusa.

Anche nel D.Lgs. n. 231 del 2001 si prevede un duplice sistema cautelare, il primo relativo alle misure interdittive, l'altro riferito al sequestro preventivo, tuttavia, a differenza di quanto accade nella disciplina codicistica, le diverse misure cautelari non si differenziano per i beni che mirano a tutelare, in quanto nessuna di esse viene ad incidere sulla libertà personale, ma hanno ad oggetto o l'attività dell'ente, nel caso delle misure cautelari interdittive, ovvero "cose" che in qualche modo sono riferibili all'ente, come, appunto, nel caso del sequestro preventivo, il profitto (o il prezzo) derivante dal reato. La sostanziale omogeneità dei beni presi in considerazione dovrebbe portare ad escludere ogni differenziazione dei presupposti applicativi delle due tipologie di misure cautelari previste nel D.Lgs. n. 231 del 2001, come invece avviene, giustificatamente, per le misure cautelari personali e reali nel sistema del codice. Nella disciplina

della responsabilità da reato delle persone giuridiche le misure cautelari interdittive e quelle c.d. reali sono poste sul medesimo piano, non solo perché intervengono su oggetti analoghi, ma anche in quanto entrambe sono destinate ad anticipare l'applicazione di sanzioni principali e obbligatorie, sanzioni subordinate all'accertamento della responsabilità dell'ente. Per quanto concerne la confisca, il giudice non deve compiere alcuna valutazione in ordine alla pericolosità intrinseca della cosa (nella specie il profitto o il prezzo), perché una volta dimostrata la responsabilità dell'ente l'eventuale profitto (o prezzo) derivante dal reato è obbligatoriamente oggetto di apprensione coattiva, a titolo sanzionatorio, per effetto della commissione del reato. Ne consegue che in questo caso, ai fini dell'applicazione del sequestro, il profilo della colpevolezza rientra nella valutazione del *fumus delicti*, in quanto la funzione preventiva riguarda direttamente l'ente quale autore del fatto illecito e non solo il bene (profitto o prezzo) la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo. Se la valutazione cautelare del giudice non attiene più alla pericolosità della cosa oggetto di confisca, ma è subordinata all'accertamento della responsabilità dell'ente, la verifica del giudice non può che riguardare gli indizi a suo carico. In sostanza, in questa materia un controllo dei presupposti del sequestro limitato alla sola sussumibilità della fattispecie concreta nell'ipotesi delittuosa individuata dal pubblico ministero appare del tutto inadeguato proprio in quanto la misura cautelare è diretta ad anticipare gli effetti di una sanzione principale.

In base a questa ricostruzione di carattere sistematico appare irrilevante la mancanza di ogni riferimento nel D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 53, ai presupposti legittimanti il sequestro preventivo, laddove nel precedente art. 45 D.Lgs. cit., che disciplina i presupposti per l'emanazione delle misure cautelari interdittive, compare il riferimento espresso ai "gravi indizi" in ordine alla responsabilità dell'ente. Si tratta di una diversità che non può essere considerata sintomo di una radicale differenziazione nei presupposti di misure cautelari che, come si è visto, presentano caratteri omogenei in riferimento ai beni cui si riferiscono; piuttosto, l'apparente diversità di formule è dipesa da una tecnica di normazione da parte del legislatore del 2001, ispirata pedissequamente alle norme codicistiche sul sequestro preventivo. Tuttavia, il dato letterale non appare sufficiente a giustificare un'applicazione acritica dell'intera disciplina codicistica del sequestro preventivo in una materia che presenta significative peculiarità. D'altra parte, lo stesso D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 53, non richiama tutte le norme sul sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., ma solo alcune disposizioni di natura prevalentemente processuali, peraltro subordinandone l'applicazione alla clausola di compatibilità, sicché i presupposti sostanziali del sequestro devono essere ricercati all'interno della disciplina contenuta nel decreto legislativo del 2001, quindi tenendo conto della specificità della confisca cui la misura cautelare in questione si riferisce.

In conclusione, presupposto per il sequestro preventivo di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 53, è un *fumus*

delicti "allargato", che finisce per coincidere sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per l'emanazione delle misure cautelari interdittive. Sicché i gravi indizi coincideranno con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non valgono di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità dell'illecito all'ente con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia globalmente apprezzati nella loro consistenza e nella loro concatenazione logica, consentono di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza. L'apprezzamento dei gravi indizi deve portare il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti, ma riferito alla complessa fattispecie di illecito amministrativo attribuita all'ente indagato (cfr., Sez. 6[^], 23 giugno 2006).

Soltanto dopo avere verificato la sussistenza dei gravi indizi il giudice potrà procedere ad accertare il requisito del *periculum*, che, come si è visto, coincide con la confiscabilità del profitto (o del prezzo) derivante dal reato, senza alcuna prognosi di pericolosità. E in questo caso l'accertamento in ordine al *periculum* riguarda esclusivamente l'individuazione e la quantificazione del profitto (o del prezzo) assoggettabile a confisca, secondo i criteri stabiliti dalla sentenza delle Sezioni unite di questa Corte (Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654).

4.5. Tornando al caso in esame, deve rilevarsi che il Tribunale di Monza si è limitato ad effettuare l'accertamento del *fumus delicti* in base al criterio dell'astratta sussumibilità della fattispecie concreta in quella legale, laddove avrebbe dovuto procedere ad accertare la sussistenza dei gravi indizi sulla responsabilità dell'ente.

D'altra parte, deve escludersi che gli elementi presi in considerazione dal Tribunale possano comunque costituire i gravi indizi richiesti quale presupposto del sequestro preventivo.

Il Tribunale ha ritenuto che la natura corruttiva dell'accordo intervenuto tra le due società possa ricavarci dalla consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero, che avrebbe rilevato una serie di irregolarità nella procedura e nelle valutazioni delle riserve, costituite dal ricorso al criterio proporzionale, prescindendo dalla verifica sulla effettività e concretezza delle riserve stesse (quelle da 28 a 59), ma non ha confutato le precise argomentazioni con cui il G.i.p., sulla base delle argomentazioni difensive - peraltro ribadite in sede di appello -, aveva respinto la richiesta di sequestro, evidenziando l'inattendibilità delle conclusioni del consulente, in quanto fondate su dati parziali e su valutazioni apodittiche, senza considerare che si è trattato di una transazione, in cui, naturalmente, le parti prevedono reciproche concessioni ed il cui contenuto "non può essere interpretato in stretta aderenza a quanto dovuto e a quanto spettante a ciascuna delle parti, poiché la finalità della transazione è proprio quella di evitare le incertezze che sono collegate all'accertamento pieno della fondatezza delle reciproche pretese". Del

SONO NECESSARI I GRAVI INDIZI DI RESPONSABILITÀ...

resto è stato anche sottolineato come di fronte ad una richiesta da parte dell'ATI di circa 60 milioni di Euro, alla fine è stata liquidata la somma, di molto inferiore, pari a 18.300.000 Euro, tre dei quali subordinati al rispetto dei nuovi termini di consegna dei lavori.

Anche gli altri elementi considerati dal Tribunale, tra cui la mail del 10.4.2010 inviata da *Omissis* sia a *Omissis* che a *Omissis*, nonché la scritta in calce al contratto preliminare di acquisto dell'immobile attribuita a quest'ultimo, non appaiono indizi di gravità tale da far ritenere il diretto coinvolgimento della *Omissis* s.p.a., potendo riguardare esclusivamente le persone fisiche coinvolte nella complessa vicenda - in particolare, per quanto concerne la società, il consigliere *Omissis* - senza che le condotte poste in essere risultino dirette a vantaggio ovvero nell'interesse della società indagata; del resto, lo stesso Tribunale riconosce che la trattativa sulla compravendi-

ta immobiliare è stata condotta dal solo *Omissis*, peraltro omettendo ogni indagine circa il ruolo e i poteri, formali e sostanziali, che questi aveva all'interno della società, sicché allo stato non può neppure escludersi che l'ipotizzato reato, attribuito anche al *Omissis*, sia stato posto in essere nel suo esclusivo interesse oppure nell'interesse di un terzo, che potrebbe corrispondere, stando alla stessa ricostruzione dell'ordinanza, alla persona del *Omissis*.

5. In conclusione, l'ordinanza impugnata deve essere annullata e gli atti rinviati al Tribunale di Monza che, in diversa composizione, dovrà procedere ad un nuovo esame facendo applicazione dei principi di diritto sopra indicati, in particolare subordinando l'eventuale emissione del sequestro preventivo richiesto alla accertata sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'ente indagato.

[*Omissis*]

FEDERICO CERQUA*

Dottorando di ricerca in diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano

La Corte di cassazione precisa i presupposti applicativi del sequestro preventivo *contra societatem*

*The supreme court specifies conditions
for application of preventive seizure
contra societatem*

La Corte di cassazione, modificando il proprio orientamento, precisa che un controllo dei presupposti del sequestro preventivo disposto nei confronti dell'ente e limitato alla sola sussumibilità della fattispecie concreta nell'ipotesi individuata dal pubblico ministero appare del tutto inadeguato, dal momento che la misura cautelare è diretta ad anticipare gli effetti di una sanzione principale. Di conseguenza, ai fini dell'applicazione del sequestro, il profilo della colpevolezza rientra nella valutazione del *fumus delicti*, in quanto la funzione preventiva riguarda direttamente l'ente quale autore del fatto illecito e non solo il bene (profitto o prezzo) la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo.

*The Supreme Court, changing its orientation, specifies that a control of the conditions of preventive seizure disposed against the institution and limited to the only subsumption of the individual case in the event identified by the public prosecutor seems completely inadequate, since the precautionary measure is intended to anticipate the effects of a main penalty. Therefore, for the purposes of seizure, the profile of guilt is part of the assessment of the *fumus delicti*, as the preventive function directly affects the institution such as the author of the illegal act and not just the good (profit or price) whose free availability may constitute a situation of danger.*

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

LA DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE

I principi di diritto espressi nella motivazione della sentenza in epigrafe¹ assumono non poca rilevanza in una duplice ottica: in primo luogo, la decisione in commento detta le nuove coordinate entro cui iscrivere la latitudine operativa del sequestro preventivo, *ex art.* 53²; in secondo luogo, volendo allargare l'orizzonte interpretativo anche alla disciplina del codice di rito, la pronuncia in esame ha il pregio di suggerire i binari entro cui condurre l'istituto del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, previsto dall'art. 321, comma 2, c.p.p.

La vicenda giudiziaria esaminata dalla Corte di cassazione ha ad oggetto un addebito di corruzione propria realizzata, secondo l'ipotesi accusatoria, da un membro del consiglio di amministrazione di una società, al fine di favorire l'Associazione Temporanea di Imprese di cui la società stessa faceva parte, nell'aggiudicazione di un appalto per la realizzazione di lavori diretti all'ampliamento di un tratto autostradale.

In particolare, il tribunale, in riforma del provvedimento negativo emesso dal giudice per le indagini preliminari, aveva disposto il sequestro preventivo per equivalente, finalizzato alla confisca del profitto, conseguente all'accordo criminoso, nei confronti della società indagata per il reato di corruzione commesso nel suo interesse dal vertice societario, ritenendo sufficiente l'astratta configurabilità, in relazione al fatto attribuito all'indagato, di una delle ipotesi delittuose individuate dal pubblico ministero, senza che rilevasse, né la sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità.

Ebbene, la Suprema corte, formulando una nuova ricostruzione dei presupposti della misura cautelare reale applicabile all'ente, che valorizza la funzione del sequestro preventivo prodromico alla irrogazione della confisca, ha annullato l'ordinanza applicativa con rinvio al tribunale del riesame per un nuovo esame della vicenda alla luce dei principi di diritto indicati.

I PRESUPPOSTI ED I LIMITI DEL SEQUESTRO PREVENTIVO CONTRA SOCIETATEM NELL'IMPOSTAZIONE TRADIZIONALE

Il legislatore delegato, superando le indicazioni fornite dalla legge delega, che si limitavano a ri-

chiedere la previsione di un'adeguata tipizzazione dei requisiti applicativi in sede cautelare delle sanzioni interdittive³, ha costruito un sistema di cautele all'interno del d. lgs. n. 231 del 2001 modulato su quello disciplinato dal libro IV del codice di rito⁴.

Ne è pertanto derivato un complesso normativo "asimetrico"⁵ destinato a disciplinare, da un lato, i presupposti applicativi e le vicende cautelari delle sanzioni interdittive e, d'altro lato, a regolare, mediante la disciplina dettata dagli artt. 53 e 54, le modalità dispositive delle cautele reali⁶.

Il d. lgs. n. 231 del 2001 prevede, dunque, due misure cautelari reali: il sequestro preventivo⁷, diretto a salvaguardare l'esecuzione della confisca, *ex art.* 19, ed il sequestro conservativo, funzionale a evitare la dispersione delle garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato.

I maggiori dubbi interpretativi sono stati registrati con riferimento alla lacunosa disciplina del sequestro preventivo. L'art. 53 si compone infatti

³ Il sospetto di una illegittimità costituzionale delle misure reali *tout court*, in ragione di un eccesso di delega, è avanzato da Bonzano, *Il procedimento penale a carico degli enti: restano incerti i confini per l'applicazione delle norme in tema di sequestro preventivo*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 940; sul punto, altresì, Lorenzetto, sub Art. 53, Presutti – Bernasconi – Fiorio, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 457. L'eccezione di legittimità costituzionale è stata peraltro sollevata, senza esito, dinanzi al tribunale del riesame nel procedimento concluso con la decisione delle Sezioni Unite, Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Cass. pen.*, 2008, 4562, con nota di Pistorelli, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*; *Dir. pen. proc.*, 2008, 1267, con commento di Epidendio; nonché in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 1738, con nota di Morgillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni unite*; Lorenzetto, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*.

⁴ Nella *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Guida dir.*, 26, 51, viene spiegato che l'anticipazione di tali effetti della decisione di merito mediante l'adozione di misure cautelari è funzionale all'effettività dell'accertamento giurisdizionale e che l'inserimento dell'accertamento dell'illecito amministrativo nel processo penale determina l'estensione del processo di giurisdizionalizzazione delle misure anche a favore dell'ente.

⁵ L'asimmetria e, più in generale, le aporie del sistema cautelare disciplinato nel d. lgs. n. 231 del 2001 sono sottolineate da Presutti, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 181 ss.

⁶ Sul duplice meccanismo cautelare, il primo relativo alle misure interdittive, l'altro riferito al sequestro preventivo, di recente Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 187 ss.

⁷ L'istituto del sequestro preventivo inoltre risulta essere l'unico strumento cautelare utilizzabile verso le banche e le società di intermediazione mobiliare, nei cui confronti non sono applicabili, secondo il disposto dell'art. 97 – bis del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, le misure cautelari interdittive, in argomento Mazzotta, *Le misure cautelari*, D'Avirro – Di Amato, *La responsabilità da reato degli enti, Trattato di diritto penale dell'impresa*, X, Verona, 2009, 877.

¹ La sentenza in esame è commentata anche da Caneschi, *Sulla necessaria valutazione dei gravi indizi di responsabilità a carico dell'ente per l'applicazione del sequestro preventivo di cui all'art. 53 del d. lgs. 231/01*, *www.penalecontemporaneo.it*

² Il numero dell'articolo senza alcuna ulteriore indicazione deve ritenersi riferito al d. lgs. n. 231 del 2001.

SONO NECESSARI I GRAVI INDIZI DI RESPONSABILITÀ...

di due proposizioni: la prima attribuisce al giudice la facoltà di disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca; la seconda richiama, in quanto applicabili, le norme che il codice di rito dedica al potere attribuito eccezionalmente al pubblico ministero di disporre il sequestro preventivo ed alla successiva dinamica cautelare⁸.

Delineati i contorni della cautela reale disciplinata dall'art. 53, risultano quindi evidenti le diverse finalità perseguite rispetto alla misura prevista dall'art. 321 c.p.p.: il sequestro preventivo disciplinato dal codice di rito è finalizzato a scongiurare il pericolo dell'aggravamento dell'illecito; mentre l'istituto disciplinato dall'art. 53⁹ impone un vincolo sulla *res* in vista della attuazione del provvedimento di confisca¹⁰.

Nonostante le differenze funzionali, la giurisprudenza di legittimità, rilevando che per il sequestro preventivo il legislatore non ha richiamato l'apparato di condizioni previste invece dall'art. 45 per le misure interdittive, ha proposto un modello di sequestro preventivo ancorato ai presupposti *fumus delicti* e del *periculum in mora*¹¹, derivati direttamente

dalla elaborazione dei principi previsti per l'art. 321 c.p.p.¹².

Di conseguenza, nella ricostruzione delle condizioni applicative del sequestro preventivo, *ex art. 321 c.p.p.* operata dalla giurisprudenza di legittimità, è esclusa la valutazione degli indizi di colpevolezza, mentre viene prevista solamente la verifica dell'astratta configurabilità del reato ipotizzato, in quanto le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari, stabilite dall'art. 273 c.p.p., non sono ritenute estensibili per le loro peculiarità, alle cautele reali¹³.

Tale impostazione ha trovato peraltro la conferma della Corte Costituzionale che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 321 e 324 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 24, 27, 42, 111 Cost., ha stabilito che al tribunale, investito del gravame circa l'applicazione di misure cautelari reali, sia preclusa la valutazione della sussistenza e della gravità degli indizi di colpevolezza. Secondo la Corte infatti la scelta legislativa di non riprodurre per le misure cautelari reali i presupposti stabiliti dall'art. 273 c.p.p. in relazione alle cautele personali non sarebbe in contrasto con l'art. 24 Cost., potendo essere tra loro graduati i valori – la libertà personale, da un lato, e la libera disponibilità del bene, dall'altro, – che l'ordinamento prende in considerazione¹⁴.

Le conclusioni formulate con riguardo alle condizioni di applicabilità del sequestro preventivo, *ex art. 321 c.p.p.*, sono state dunque poste alla base anche dell'individuazione dei parametri operativi dell'art. 53: per l'integrazione del *fumus* del sequestro *contra societatem* è stata così ritenuta sufficiente l'astratta configurabilità dell'illecito e non la sussistenza di gravi indizi in ordine alla responsabilità dell'ente¹⁵.

⁸ L'efficace sintesi del dettato normativo è offerta da Ruggeri, *sub Art. 53*, Cadoppi – Garuti – Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 621.

⁹ Alla luce della mancata aderenza tra la rubrica ed il testo normativo è stato proposto di attribuire alla locuzione che caratterizza il sequestro come "preventivo" una valenza meramente temporale da parte di Roberti, *L'applicazione delle misure interdittive: il sequestro*, G. Lancelotti (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 168.

¹⁰ Sulla natura "proteiforme" della confisca nell'ordinamento italiano e, in particolare, sulla confisca come sanzione nel sistema del d. lgs. n. 231 del 2001, Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit. In dottrina sulla fisionomia della confisca quale sanzione, tra gli altri e senza pretesa di completezza, Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 167 ss.; Epidendio, *Il sistema sanzionatorio cautelare*, Bassi – Epidendio, *Enti e responsabilità*, Milano, 2006, 309 ss.; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 315 ss.; Giavazzi, *sub Artt. 17 – 23*, Giarda – Mancuso – Spangher – Varraso (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Milano, 2007, 157 ss.; Prete, *La confisca – sanzione: un difficile cammino*, *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 105 ss.; De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 217 ss.; Lorenzetto, *sub Art. 53*, cit., 458 ss.; Vizzardi, *sub Art. 19*, Presutti – Bernasconi – Fiorio, *La responsabilità degli enti*, cit., 228 ss.; Battaglia, *Le sanzioni*, D'Avirro – Di Amato, *La responsabilità da reato degli enti*, *Trattato di diritto penale dell'impresa*, cit., 333 ss.; Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 37 ss.; Picotti, *Punti critici della confisca e prospettive europee*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 359 ss.; Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 395 ss.; Santoriello, *La confisca e la criminalità d'impresa*, Bargi – Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, 847 ss.; Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 86 ss.; Vergine, *Il "contrasto" alla illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 237 ss.

¹¹ Un'ampia panoramica dell'elaborazione giurisprudenziale sui presupposti del sequestro preventivo disciplinato dal codice

di rito è offerta da Gualtieri, *Sequestro preventivo*, Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari. Le misure cautelari*, Vol. II, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, 365 ss.

¹² Sulla ricerca di un equilibrio tra garantismo e difesa sociale, quale fondamento della disciplina del sequestro, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., si rinvia alle riflessioni, sempre attuali, di Amodio, *Misure cautelari reali*, Amodio – Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Vol. III, pt. II, Milano, 1990, 241 ss.

¹³ Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, *Cass. pen.*, 1993, 1669; Più di recente, Cass., sez. I, 3 maggio 2006, n. 15298, *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 400; nonché Cass., sez. III, 27 gennaio 2000, n. 414, *ivi*, 2000, 271. Sulle diverse ipotesi avanzate dalla dottrina per calibrare il requisito del *fumus delicti* alle finalità cautelari, che devono comunque sorreggere l'applicazione del sequestro preventivo, *ex art. 321 c.p.p.*, Gualtieri, *Sequestro preventivo*, cit., 368 ss.

¹⁴ C. cost., 17 febbraio 1994, n. 98, *Cass. pen.*, 1994, 1455.

¹⁵ Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, n. 9829, *Giur. it.*, 2006, 2139 ss.; G.i.p. Napoli, 26 giugno 2007, *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 34. In dottrina, Nuzzo, *Le misure cautelari. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, *Dir.*

La fattispecie cautelare prevista dall'art. 53 nella impostazione tradizionale trova, infine, il suo completamento nella pericolosità sociale della *res*, intesa come rischio di sottrazione del bene, prodotto o profitto del reato, all'esecuzione della confisca successiva alla condanna¹⁶.

IL REVIREMENT DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La sentenza in commento, preceduta da un'altra decisione con la quale la Corte di cassazione¹⁷ ha precisato che la verifica sui presupposti per le misure cautelari reali non deve risolversi in un mero controllo formale e cartolare ma deve essere concreto e condotto secondo il parametro del *fumus* del reato ipotizzato, ha dunque il pregio di superare l'impostazione tradizionale che, individuando il *fumus* nell'astratta configurabilità dell'illecito, comportava un'indebita sovrapposizione tra la cautela prevista nel codice di rito, *ex art.* 321 c.p.p. ed il sequestro preventivo disciplinato dall'art. 53.

L'aspetto che invece deve essere valorizzato, per una corretta ricostruzione della fattispecie prevista dall'art. 53, consiste nella finalità peculiare della cautela reale *contra societatem*: il sequestro preventivo è teleologicamente diretto all'applicazione della sanzione principale e obbligatoria della confisca¹⁸, con la conseguenza che proprio la natura della sanzione ablativa impone una valutazione più approfondita del presupposto del *fumus delicti*.

In altri termini, è la natura punitivo – afflittiva della confisca, cui il sequestro è preordinato, a “dettare le cadenze logiche dell'interpretazione”¹⁹ delle condizioni di applicabilità del sequestro preventivo.

La ricostruzione offerta dalla decisione in esame prende quindi le mosse dall'osservazione della so-

stanziale omogeneità dei beni sui quali incidono le cautele interdittive e quelle reali.

Nella disciplina codicistica si registra una distinzione fondamentale tra misure cautelari personali e reali in ragione dei diversi beni giuridici sui quali insistono: le prime limitano la libertà personale o la libertà di determinazione nei rapporti familiari, lavorativi o sociali; mentre le seconde incidono su beni mobili o immobili ed impongono il divieto di disporre di tali beni. Nel sistema che regola la responsabilità da illecito amministrativo delle persone giuridiche, invece, le misure cautelari interdittive e quelle reali sono poste sul medesimo piano sia in ragione dell'oggetto cui ineriscono, le cautele interdittive sull'attività dell'ente mentre le cautele reali sulle *res* riferibili all'ente; sia per la loro medesima finalità di anticipare l'applicazione delle sanzioni principali e obbligatorie, in caso di accertamento della responsabilità dell'ente.

Il vincolo del sequestro preventivo, in particolare, è preordinato all'applicazione della confisca, quale sanzione derivante dall'accertamento del reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Ne consegue, pertanto, che, come chiarito nella motivazione della sentenza in esame, ai fini dell'applicazione del sequestro, il profilo della colpevolezza rientra nella valutazione del *fumus delicti*, in quanto la funzione preventiva riguarda direttamente l'ente quale autore del fatto illecito e non solo il bene, profitto o prezzo, la cui libera disponibilità può costituire una situazione di pericolo: ad un'anticipazione della sanzione deve corrispondere una preventiva verifica degli indizi di responsabilità dell'ente.

In definitiva, il presupposto del sequestro preventivo, *ex art.* 53, consiste in un *fumus delicti* “allargato”, coincidente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, previsti dall'art. 45, quali condizioni applicative delle misure interdittive. I gravi indizi, pertanto, coincidono con gli elementi a carico dell'ente che, sebbene privi di un'autonoma valenza dimostrativa della responsabilità dell'ente ogni oltre ragionevole dubbio, complessivamente apprezzati consentono di fondare una qualificata probabilità di colpevolezza.

Lo schema di valutazione dei presupposti cautelari, elaborato dalla Corte di cassazione nella decisione in commento, impone al giudice, una volta che sia stata verificata la sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, di accertare il requisito del *periculum*, che coincidere con la confiscabilità del profitto o del prezzo derivante dal reato, senza alcuna prognosi di pericolosità. L'accertamento del

pen. proc., 2001, 1494; Morelli, *Il sistema cautelare: vicende evolutive. Le cautele reali*, Bernasconi (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, 2003, 195; Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 73. Pur condividendo la prospettiva giurisprudenziale, sottolinea che all'astratta configurabilità dell'illecito debbano comunque seguire i gravi indizi della sussistenza del reato – presupposto e la sua riferibilità ai soggetti apicali o sottoposti dell'ente, Bricchetti, *Le misure cautelari*, AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 293.

¹⁶ Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, n. 9829, cit.; Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., 95.

¹⁷ Cass., sez. III, 11 maggio 2011, n. 23677, *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di Ceresa-Gastaldo, *Tra i presupposti del sequestro preventivo “per equivalente” anche l'accertamento del collegamento tra bene sequestrato e profitto del reato*.

¹⁸ Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, cit., 77 ss.

¹⁹ Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 211.

SONO NECESSARI I GRAVI INDIZI DI RESPONSABILITÀ...

periculum attiene quindi esclusivamente all'individuazione ed alla quantificazione del profitto o del prezzo assoggettabile alla confisca²⁰.

Il passaggio argomentativo avrebbe forse meritato una maggiore precisazione nella individuazione della latitudine operativa del *periculum*. Sembra infatti necessario specificare che il controllo del giudice deve estendersi sino ad effettuare un'indagine sulla concreta possibilità che il prezzo o il profitto del reato si volatilizzino²¹.

Del resto, la differenza fondamentale tra il sequestro preventivo, ex art. 53, e l'omologa figura disciplinata dal codice di rito concerne la peculiarità dell'oggetto di ablazione: il sequestro preventivo nei confronti delle persone giuridiche non incide su un "bene pericoloso", il pericolo, semmai, è altrove, e inerisce la possibilità di dissipazione dell'oggetto medesimo, tale da giustificare, appunto, la sua apprensione in sede cautelare²².

GLI "EFFETTI DIRETTI" DELLA PRONUNCIA: LA RISAGOMATURA DEL SEQUESTRO PREVENTIVO, EX ART. 53

La soluzione ermeneutica proposta dalla Corte di cassazione con la sentenza in commento, secondo cui il giudice può disporre il sequestro preventivo *contra societatem*, solamente dopo aver verificato l'esistenza di elementi indiziari a carico della persona giuridica, che globalmente apprezzati permettono di fondare allo stato una qualificata probabilità di colpevolezza, ha il pregio di orientare la disciplina dettata dall'art. 53 lungo le coordinate costituzionali.

La funzione del sequestro preventivo, finalizzato ad anticipare l'applicazione del vincolo sulle *res* delle quali, una volta accertato l'illecito amministrativo dipendente da reato, sarà possibile eseguire la confisca, impone infatti all'interprete un'interpretazione della lacunosa disciplina normativa in conformità alla presunzione di non colpevolezza, ex art. 27, comma 2, Cost.²³

²⁰ I criteri giurisprudenziali sulle modalità di calcolo del profitto sono indicati da Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit. In dottrina, tra gli altri, Bontempelli, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, cit., 209 ss.

²¹ Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, cit., 213; Lorenzetto, sub Art. 53, cit., 466.

²² Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, cit., 212; Lorenzetto, sub Art. 53, cit., 467.

²³ Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, cit., 212.

La compatibilità della cautela reale con i principi costituzionali può quindi essere ottenuta individuando un dovere di controllo a carico del giudice, che deve verificare la presenza di gravi indizi di responsabilità a carico dell'ente: il controllo giudiziale, infatti, è diretto ad evitare l'improprio utilizzo della confisca in sede cautelare²⁴.

Sotto una diversa angolatura, inoltre, la fisionomia autonoma dei presupposti cautelari, ex art. 53, permette di recidere il vincolo solidaristico che collega l'individuo alla società²⁵, impedendo quindi l'automatica estensione dell'ablazione al soggetto apicale o sottoposto, per il quale il provvedimento cautelare, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., deve avere un contenuto necessariamente differente.

Ne deriva, quindi, che, anche nell'ottica di una maggiore "responsabilizzazione" dell'ente²⁶, deve essere individuato un modello operativo degli strumenti cautelari *contra societatem* autonomo rispetto a quello delineato dal codice di rito. In tale modello il giudice, che riceve la richiesta di applicazione della misura cautelare reale ovvero il decreto emesso dal pubblico ministero in via di urgenza, deve compiere un giudizio di accertamento che si snoda lungo un complesso *iter* valutativo²⁷. In primo luogo, attraverso il controllo giudiziale deve essere verificato che gli elementi probatori raccolti dal pubblico ministero possano condurre con apprezzabile probabilità ad una sentenza di condanna nei confronti dell'ente; in secondo luogo, va accertato che il bene oggetto di apprensione sia il prezzo o il profitto del reato e che, laddove debba essere disposto il sequestro per valore, l'entità sia determinata scorrendo profitti e costi²⁸; il giudice, infine, può disporre

²⁴ Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, cit., 212; Lorenzetto, sub Art. 53, cit., 466; Presutti, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, cit., 181.

²⁵ Secondo l'impostazione seguita dalla giurisprudenza di legittimità, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato di corruzione può incidere contemporaneamente od indifferentemente sui beni dell'ente, che dal medesimo reato ha tratto vantaggio, e su quelli della persona fisica che lo ha commesso, con l'unico limite per cui il vincolo cautelare non può eccedere il valore complessivo del profitto derivante dal reato, Cass., sez. II, 5 marzo 2009, n. 15641, Cass. pen., 2010, 4274, con nota critica di Lorenzetto, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*.

²⁶ In argomento, per tutti, Pellissero, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca del difficile equilibrio tra modelli punitivi e prospettive di efficienza*, Leg. pen., 2003, 363 ss.

²⁷ Bernasconi, *Confisca e sequestro preventivo: vecchi arnesi interpretativi e nuove frontiere di legalità*, cit., 213; Ruggeri, sub Art. 53, cit., 627.

²⁸ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit., secondo cui, ai fini dell'individuazione dell'entità del profitto sequestrabile all'ente per valore, è necessario scomputare i profitti ed i costi re-

il sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 53, qualora rilevi il concreto pericolo di dispersione dell'oggetto della confisca.

La complessa valutazione dei gravi indizi di responsabilità dell'ente attribuita al giudice, garantendo il rispetto dei parametri costituzionali, stabiliti dall'art. 27, comma 2, Cost., ha quindi la funzione di evitare le pericolose derive del sistema verso un'applicazione anticipata della confisca in sede cautelare.

GLI "EFFETTI INDIRETTI" DELLA PRONUNCIA: UNA PROPOSTA PER IL SUPERAMENTO DELLE APORIE DEL SISTEMA

I parametri applicativi individuati dalla Corte di cassazione nella motivazione della sentenza in esame potrebbero inoltre fornire all'interprete le linee guida per una ricostruzione costituzionalmente orientata dei presupposti del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, ex art. 321, comma 2, c.p.p.²⁹, dal momento che la cautela reale disciplinata dal codice di rito presenta i medesimi limiti strutturali³⁰ della fattispecie cautelare speciale.

Il vuoto normativo derivante dall'unica proposizione dell'art. 321, comma 2, c.p.p., secondo cui il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca, viene infatti colmato dalla prassi giurisprudenziale con l'individuazione di un'unica condizione di applicabilità, identificata nella "mera asseverazione dell'ipotesi prospettata dal p.m., mediante un'operazione di semplice sussunzione della fattispecie concreta in quella legale ipotizzata dal richiedente"³¹. Il sequestro preventi-

alizzabili nell'esercizio della lecita attività di impresa, in quanto non direttamente riferibili alla realizzazione del delitto fondante la responsabilità dell'ente. Risulta quindi evidente che una simile definizione non può automaticamente trasmettersi all'oggetto del sequestro preventivo di valore nei confronti della persona fisica rispetto alla quale dovrebbero essere escluse le risultanze di valutazioni aziendalistiche, in argomento, più ampiamente, Lorenzetto, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, cit., 4281 ss.; nonché Amato, *Le interferenze tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica*, *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 15 ss.

²⁹ L'indeterminatezza normativa dei presupposti di adozione del sequestro funzionale alla confisca è sottolineata da Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al "tipo" cautelare*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 533 ss.

³⁰ La scarna formulazione dell'art. 321, comma 2, c.p.p., è sottolineata in particolare da Ceresa - Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, *Cass. pen.*, 2010, 4439 ss.

³¹ Caneschi, *Connotazione "oggettiva" o "soggettiva" del sequestro preventivo e valutazione del fumus commissi delicti dopo il rinvio a giudizio*, *Cass. pen.*, 2011, 595 ss. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, *Cass.*, sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, *Cass. pen.*, 2004, 1182, con nota di Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex*

vo disciplinato dal codice di rito, secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, quindi, non richiede il presupposto del *periculum in mora*, ritenuto presunto *ex lege*, con la conseguenza che il giudice è chiamato unicamente ad attestare la parvenza del reato e la confiscabilità della *res*³². Il sequestro, ex art. 321, comma 2, c.p.p., sembra quindi allontanarsi dal modello cautelare, risultando invece sempre più contiguo all'area delle misure di prevenzione³³.

Ne deriverebbe, pertanto, un'incongruenza sistematica, resa ancora più evidente dalle "nuove" condizioni di applicabilità del sequestro preventivo, ex art. 53, stabilite dalla Corte di cassazione con la pronuncia in esame: mentre la figura cautelare speciale sarebbe vincolata da garanzie che valorizzano la strumentalità cautelare, il sequestro preventivo del codice di rito risulterebbe sganciato da qualunque presupposto cautelare, finendo per trasmodare in un meccanismo repressivo *ante iudicatum*.

Il ritorno del sequestro preventivo funzionale alla confisca nell'alveo delle cautele reali sarebbe dunque attuabile solamente attraverso "un'esegesi virtuosa" dei presupposti applicativi della cautela: il *fumus* andrebbe individuato nella presenza di concreti elementi indiziari relativi a fattispecie processuali "che, se dimostrate, darebbero luogo alla condanna o anche al proscioglimento (non luogo a procedere o archiviazione) se è consentita la confisca"³⁴. Quanto invece al *periculum in mora*, il

art. 12 - sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti, con particolare riguardo alle condizioni dispositive del sequestro preventivo di beni confiscabili, ai sensi dell'art. 12 - *sexies*, commi 1 e 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 1992, n. 356, hanno individuato il *fumus commissi delicti* nell'astratta configurabilità di una delle ipotesi criminose presupposte per l'applicazione del sequestro senza che rilevino né la sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità e, quanto al *periculum in mora*, coincidendo quest'ultimo con la confiscabilità del bene, nella presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della lecita provenienza dei beni stessi. Nello stesso senso, più recentemente, *Cass.*, sez. II, 12 giugno 2011, n. 32563, *Giur. it.*, 2012, 1417 ss. con nota di Sola, *Sequestro preventivo e confisca "allargata" tra disfunzioni strutturali e inversione dell'onere della prova*.

³² Ceresa - Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, cit., 4442, il quale rileva altresì che, quando si procede per reati commessi in concorso da più persone, si può operare il sequestro preventivo finalizzato alla confisca sui beni dell'indagato di valore equivalente al profitto anche quando questo, sin dalla fase delle indagini preliminari, risulti interamente ed esclusivamente incamerato da altri, anche persone estranee al reato.

³³ In questo senso, Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al "tipo" cautelare*, cit., 535.

³⁴ Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al "tipo" cautelare*, cit., 537.

SONO NECESSARI I GRAVI INDIZI DI RESPONSABILITÀ...

presupposto dovrebbe essere ravvisato “nel pericolo attuale e concreto, fondato su elementi verificabili, che la circolazione della *res* aggravi o protragga le conseguenze dell’illecito, oppure ne consenta di nuovi; sempre che i tempi della verifica giudiziaria siano tali da svilire, sotto questi aspetti, l’effettività del provvedimento finale”³⁵.

L’“esegesi virtuosa” potrebbe dunque essere realizzata attraverso il richiamo ai canoni ermeneutici sui quali la Suprema corte con la sentenza in commento ha fondato i presupposti applicativi del sequestro preventivo *contra societatem*, poiché non sembrano sussistere ragioni che impediscano di esportare tali principi dalla disciplina speciale alla figura cautelare generale. In particolare, la concisa formulazione letterale, pressoché identica tra la norma generale e quella speciale, deve essere integrata con un’interpretazione costituzionalmente orientata, *ex art. 27, comma 2, Cost.*³⁶, che valorizzi il rap-

³⁵ Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al “tipo” cautelare*, cit., 537, il quale osserva altresì che “ferme le ipotesi in cui la legge permette la confisca, l’adozione della misura dovrebbe essere evitata quando, pur postulando la colpevolezza, la sentenza sia strutturalmente inidonea ad eliminare il *vulnus*; si pensi ad un reato consumato, i cui effetti antiggiuridici non sono solubili nemmeno con la condanna. Al contrario, il sequestro in esame produrrebbe conseguenze più ampie di quanto ci si attende dal provvedimento finale, con ineludibile *vulnus* alla “strumentalità” cautelare”.

³⁶ Un approccio “basico”, costituzionalmente orientato, “secondo cui la comminatoria penale compete al giudizio e non può essere surrettiziamente anticipata con interventi attuati durante il processo” è suggerita da Scalfati, *Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al “tipo” cautelare*, cit., 537. La necessità di un’interpretazione costituzionalmente orientata dei presupposti applicativi della cautela reale in esame è proposta

porto funzionale tra provvedimenti strumentali e provvedimenti di merito.

Ne conseguirebbe, pertanto, il consolidamento di una fattispecie cautelare reale ancorata ai requisiti della concreta sussistenza degli elementi probatori che possano condurre con apprezzabili probabilità ad una sentenza di condanna e del concreto pericolo di dispersione dell’oggetto della confisca.

Di conseguenza, è auspicabile l’elaborazione di un unico modello di sequestro preventivo funzionale alla confisca fondato su presupposti comuni e modulabile in ragione delle caratteristiche peculiari del provvedimento ablativo³⁷ cui è diretto. Del resto, la specialità dell’art. 53, rispetto alla figura generale disciplinata dal codice di rito, è giustificata dalla peculiarità della confisca del prezzo o del profitto del reato, *ex art. 19*³⁸.

In conclusione, la previsione di presupposti applicativi comuni tra la fattispecie generale, *ex art. 321, comma 2, c.p.p.*, e quella speciale, *ex art. 53*, avrebbe l’indubbio merito di evitare incongrue discontinuità normative all’interno del sistema processuale penale.

altresì da Ceresa – Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, cit., 4444.

³⁷ Per una ricognizione della confisca nel sistema penale, tra gli altri, Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, cit., 395 ss.

³⁸ Sui rapporti tra la confisca disciplinata dall’art. 19 e le altre forme di confisca, Giavazzi, sub *art. 19*, cit., 176 ss., cui si rinvia anche per la bibliografia richiamata; in argomento, cfr. altresì, Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., 86 ss.

In una società democratica non si può costringere il giornalista a svelare le proprie fonti, nemmeno se ha diffuso notizie riservate

Corte e.d.u., Sezione V, 28 giugno 2012, ricc. 15054/07 e 15066/07, Ressiot e altri c. Francia

Gli ordinamenti nazionali devono assicurare ai giornalisti la massima libertà di divulgare notizie, pur nelle forme previste dall'art. 10 Cedu; così, non sono legittimi atti d'indagine invasivi dell'attività professionale dei reporter o della loro sfera privata, il cui scopo sia individuare l'origine delle informazioni di cui i cronisti sono in possesso. È questo un principio assoluto, che non viene meno neanche nel caso in cui i giornalisti abbiano reso note informazioni riservate riguardanti l'accertamento di un fatto penalmente rilevante.

[Omissis]

En droit

I. Jonction des requetes

62. Compte tenu de la connexité des requêtes quant aux faits et aux questions de fond qu'elles posent, la Cour juge approprié de les joindre, en application de l'article 42 § 1 de son règlement.

II. Sur la violation alléguée de l'article 10 de la Convention

63. Les requérants allèguent que les investigations menées en l'espèce étaient contraires aux dispositions de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radio-diffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentiel-

les ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

64. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

65. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 (a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Argumentation des requérants

a) Les requérants Ressiot et Issartel

66. Les deux premiers requérants soulignent qu'au terme d'une instruction de cinq ans, seuls les cinq journalistes requérants dans la présente affaire ont été renvoyés devant le tribunal et ce, pour recel de pièces du dossier d'instruction.

67. Ils soulignent que le délit de recel n'est pas un délit de presse et que, dans un jugement du 14 novembre 2006 qui est définitif, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que les journalistes ne peuvent être poursuivis pour recel du secret de l'instruction, alors que dans leur propre cas, le tribunal s'est fondé sur l'absence de preuve d'une détention matérielle de copies de procès-verbaux pour les relaxer. Ils en concluent que l'ingérence n'était pas prévue par la loi.

68. En ce qui concerne le but légitime, les requérants font observer que le respect des droits d'autrui est garanti par de nombreuses infractions de presse, que la protection

des informations confidentielles est également assurée par la loi sur la presse et que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont protégées par de nombreuses dispositions du code pénal.

69. Pour ce qui est de la nécessité et de la proportionnalité de l'ingérence, ils contestent l'argument du Gouvernement selon lequel les saisies et perquisitions ont été décidées « en dernier recours » et ils n'auraient été ni sanctionnés, ni affectés dans leur droit à la liberté d'expression.

Ils exposent que des mesures d'instruction préalables auprès des auteurs possibles de la violation du secret de l'instruction n'ont pas été prises avant la saisie des listings de leurs appels téléphoniques.

Ils ajoutent que les perquisitions, en l'occurrence effectuées au petit matin, et la saisie des listings téléphoniques ont nécessairement affecté les deux journalistes, tout comme la rédaction qui, le temps d'une matinée, dut interrompre partiellement son travail, alors que celui-ci consiste à confectionner et éditer un journal quotidien.

70. Pour ce qui est du refus d'accorder aux domiciles personnels des journalistes le bénéfice des dispositions spéciales protectrices posées par l'ancien article 56-2 du code de procédure pénale, les requérants font valoir que pour nombre de journalistes, notamment tous ceux qui effectuent leur travail en qualité de pigiste, le domicile est effectivement leur lieu de travail, c'est-à-dire l'endroit où ils stockent leurs informations et archives.

Ils soutiennent que le Gouvernement ignore ainsi l'esprit de la loi du 4 janvier 1993, qui avait instauré ce régime particulier pour la protection des sources des journalistes, et non pas seulement pour les entreprises qui les emploient.

En outre, le législateur français a ensuite étendu ses garanties notamment au domicile des journalistes, et même à toute personne qui travaille habituellement avec des journalistes.

71. Ils considèrent que le dispositif légal applicable désormais en droit français, qui a été adopté pour une mise en conformité avec les règles conventionnelles, n'était certes pas applicable au moment où les faits litigieux se sont produits, mais constitue, pour autant, l'aveu de leur non-conformité avec l'article 10 de la Convention, déjà au moment où ils furent commis.

b) Les requérants Labbé, Decugis et Recasens

72. Les requérants soutiennent que, si le code de procédure pénale en son article 56-2 alors applicable prévoyait bien, en l'encadrant, la possibilité de procéder à une perquisition dans les locaux d'une entreprise de presse, il n'en résultait pas pour autant qu'une perquisition pouvait être diligentée dans le seul but d'identifier les sources des journalistes. Ils ajoutent que le recel, qualification sous laquelle l'instruction a été menée, n'est pas un délit de presse mais un délit de droit commun. Ils en concluent que la perquisition litigieuse ne pouvait, dans son objet, être considérée comme « prévue par la loi ».

73. Ils se réfèrent au même jugement du tribunal de grande instance de Paris du 14 novembre 2006 que leurs confrères et en concluent que, dans des juridictions limitrophes, l'incrimination de recel n'est pas

prévisible et que les perquisitions n'étaient donc pas « prévues par la loi ».

74. En ce qui concerne le but légitime, les requérants font valoir les mêmes arguments que leurs confrères et renvoient aux mêmes textes et soulignent qu'aucun de ces textes n'a été mis en œuvre à leur encontre par les parties civiles, les magistrats en charge du dossier, ou le ministère public.

Ils ajoutent encore que le Gouvernement ne démontre pas en quoi l'enquête ou l'instruction sur les faits de dopage auraient été entravées par les articles publiés par l'hebdomadaire *Le Point*.

Les requérants concluent que l'ingérence dans leur liberté d'expression ne poursuivait pas un but légitime.

75. Ils soutiennent par ailleurs que l'ingérence dans leur liberté d'expression n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

Ils exposent que les mesures de saisie et de perquisition effectuées dans les locaux du journal *Le Point* et les autres mesures critiquées n'ont pas été prises « en dernier recours », contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement.

76. Ils soulignent que le Gouvernement ne répond pas à l'argument tiré du fait que, postérieurement aux mesures d'investigation en cause et notamment à la perquisition du 13 janvier 2005, des investigations conséquentes ont été effectuées sur des personnes soupçonnées d'avoir commis le délit principal de violation du secret de l'instruction.

77. Ils citent plusieurs procès-verbaux de recherches et d'auditions de fonctionnaires de police qui ont eu lieu entre janvier 2004 et avril 2005. Ils font observer que ces investigations ne découlaient pas de la perquisition effectuée le 13 janvier 2005 dans les locaux du journal *Le Point*, puisque celle-ci fut infructueuse. Ils en concluent qu'à l'époque des perquisitions dans les locaux du *Point* et de *l'Équipe*, des investigations sur la téléphonie des journalistes, et des écoutes téléphoniques visant les conversations du troisième requérant, les solutions alternatives n'étaient ni inexistantes ni épuisées.

78. Les requérants contestent l'affirmation du Gouvernement selon laquelle la protection du secret journalistique ne saurait interdire à l'autorité judiciaire d'exécuter les mesures coercitives nécessaires à la manifestation de la vérité, dès lors que celles-ci ne tendent pas à faire à la personne astreinte une injonction de révélation.

Ils soutiennent qu'au contraire une perquisition, au cours de laquelle des enquêteurs disposant de pouvoirs d'investigation très étendus surprennent des journalistes sur leur lieu de travail, est un acte plus grave et plus coercitif qu'une simple sommation de divulguer ses sources ou *a fortiori* une simple question posée en ce sens à un journaliste.

79. Ils font encore observer que dans la présente affaire, les journalistes ont été seuls renvoyés et poursuivis devant le tribunal correctionnel, ce qui revient à leur reprocher indirectement la violation du secret de l'instruction auquel ils ne sont pas tenus.

80. Ils estiment enfin qu'une perquisition est, en soi, une entrave à la mission et au travail des journalistes et, de surcroît, un acte de nature à dissuader leurs sources et

constitue donc une atteinte disproportionnée à leur droit à la liberté d'expression.

Ils soulignent que la loi votée le 4 janvier 2010 prévoit que les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source ne peuvent être transcrites.

2. Argumentation du Gouvernement

81. Le Gouvernement souligne d'emblée que les requérants n'ont subi aucune sanction pénale et ont été relâchés par le tribunal.

82. Il ne conteste pas que les mesures prises ont constitué une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression des requérants au sens de l'article 10 de la Convention. Il soutient toutefois qu'elle poursuivait des buts légitimes : la recherche des indices et preuves du délit de violation du secret de l'instruction afin d'en identifier les auteurs et de caractériser l'infraction de recel, ainsi que d'empêcher de nouvelles divulgations ; la nécessité de garantir le respect des droits des personnes qui n'étaient pas encore jugées et enfin une bonne administration de la justice en évitant toute influence extérieure notamment sur le déroulement des investigations.

83. Le Gouvernement estime également que l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique.

Il ne conteste pas que les articles publiés concernaient une question d'intérêt général, toutefois, il considère que les requérants ont porté atteinte à la présomption d'innocence et au secret de l'instruction en publiant des documents qui n'avaient jamais été publiés et dont certains n'avaient pas encore été transmis au juge d'instruction.

84. Le Gouvernement estime que les actes litigieux n'étaient pas contraires au principe du secret des sources des journalistes. Il expose que ces mesures étaient destinées à établir la preuve des délits de violation du secret de l'instruction et de recel. Elles étaient donc justifiées par les nécessités de l'enquête et constituaient les seuls moyens à la disposition du magistrat pour parvenir à la manifestation de la vérité.

Il rappelle qu'à la suite de la publication de l'article du *Point*, le 22 janvier 2004, les premières investigations ont consisté en l'audition des policiers susceptibles d'être mis en cause et ayant pu avoir des contacts avec les journalistes. Plusieurs policiers ont fait l'objet de mesures de surveillance technique de leur ligne téléphonique. L'interception de la conversation téléphonique survenue entre le troisième requérant et un fonctionnaire de police est intervenue dans ce cadre et non suite à la surveillance de la ligne téléphonique du journaliste.

85. Le Gouvernement souligne par ailleurs qu'à la date de la saisie litigieuse des listings des appels téléphoniques des deux premiers requérants, ceux-ci avaient déjà été entendus par le magistrat instructeur, les 7 et 9 octobre 2004. Une série d'auditions concernant des journalistes et des policiers avait eu lieu entre le 20 octobre et le 25 novembre 2004 et des interceptions téléphoniques visant des policiers avaient été ordonnées.

Néanmoins, le caractère insuffisant des éléments recueillis dans ce cadre rendait nécessaire de poursuivre les diligences en accomplissant les saisies contestées afin d'identifier les auteurs de l'infraction pénale.

86. Il fait observer que, dans la présente affaire, les actes contestés ont été précédés de mesures d'instruction préalables et ne peuvent être regardés comme des opérations massives ou excessives, notamment au regard du nombre des objets saisis.

Il ajoute que les perquisitions aux sièges des journaux *Le Point* et *L'Équipe* ont été limitées dans le temps (respectivement une heure trente et deux heures vingt) et ont conduit à la saisie de seulement deux ordinateurs, une liste de messagerie et de numéros de télécopie.

87. Le Gouvernement insiste sur le fait qu'en l'espèce, les mesures incriminées n'ont été effectuées qu'en dernier recours et constituaient les seuls moyens à la disposition du juge d'instruction pour parvenir à la manifestation de la vérité. En effet, les faits se rapportant à une violation du secret de l'enquête, les investigations ont d'abord concerné les policiers en charge de l'affaire et il s'agissait, pour les autorités judiciaires, d'identifier les fonctionnaires de police ayant sciemment transmis des actes de procédure à des journalistes.

88. Il expose qu'à la suite des publications de janvier 2004, une enquête a été ouverte par l'Inspection Générale des Services (IGS) pour violation du secret de l'enquête et qu'elle visait uniquement les forces de l'ordre.

Parallèlement, le parquet a demandé l'ouverture d'une information judiciaire qui a conduit à l'audition des policiers en charge du dossier dont certaines pièces confidentielles avaient été diffusées. Des réquisitions ont été adressées aux opérateurs téléphoniques afin d'obtenir les listes détaillées des appels sortants et entrants à partir des postes utilisés par les policiers suspectés. Des demandes de même nature ont ensuite été formulées au sujet des requérants.

89. Ce n'est qu'à l'issue de la deuxième série d'articles publiés les 9 et 10 avril 2004 qu'une plainte a été déposée pour violation du secret de l'enquête et recel. Des surveillances téléphoniques visant les policiers et les requérants ont ainsi été opérées; des auditions ont également eu lieu. Toutefois, ces mesures d'investigation n'ayant pas permis l'identification des auteurs du recel mais surtout de la divulgation de pièces d'instruction, le magistrat instructeur a alors ordonné les perquisitions litigieuses. Ces dernières ont été opérées le 13 janvier 2005, soit près d'un an après le début de l'enquête et après de nombreuses auditions, réquisitions et surveillances téléphoniques.

90. Le Gouvernement conclut que, pour l'ensemble de ces considérations, et dès lors que les mesures d'enquête litigieuses n'ont pas permis de découvrir les auteurs de l'infraction reprochée, les requérants n'ont été ni sanctionnés, ni affectés dans leur droit à la liberté d'expression.

91. Pour ce qui est des perquisitions opérées aux domiciles de deux des requérants, le Gouvernement expose que les juridictions internes ont estimé que les domiciles des requérants ne relevaient pas du champ d'application de l'article 56-2 du code de procédure pénale alors applicable. Il ajoute que ces perquisitions répondaient aux mêmes nécessités de l'enquête que celles effectuées aux sièges des journaux.

Il conclut que, si la loi du 4 janvier 2010 a modifié l'article 56-2 du code de procédure pénale en étendant notam-

ment les garanties prévues aux domiciles des journalistes, ses dispositions offraient déjà antérieurement une protection sérieuse des sources journalistiques.

3. Observations des tierces parties

92. Les tiers intervenants sont le syndicat national des journalistes, dont l'un des objets est la défense des intérêts communs à tous les journalistes, et la fédération internationale des journalistes, dont les objectifs sont notamment la protection et le renforcement des droits et libertés des journalistes et le respect et la défense de la liberté d'information.

93. Ils soulignent qu'il n'y a pas de journalisme sans « source », nécessaire à la production d'une information de qualité. La presse ne remplirait pas sa fonction et le droit du citoyen ne serait pas satisfait si, faute de protection, la source était dissuadée d'informer le journaliste. Il n'y a donc pas de liberté de la presse sans protection des sources.

94. Ils ajoutent que la source est tout à la fois l'informateur du journaliste et l'information que le journaliste reçoit de l'informateur. Il convient donc de protéger la « source », prise dans son identité, et l'information recueillie, sur support matériel ou non. La protection de l'information est nécessairement limitée dans le temps, jusqu'au moment où le journaliste décide de la révéler au public. La protection de l'identité de l'informateur se doit, au contraire, d'être permanente, la protection de l'information ne se posant que lorsque la source du journaliste a commis une faute en lui communiquant l'information, la faute étant le plus souvent pénale. Ils en concluent que l'objet de la protection est toute information permettant d'identifier la personne qui l'aura communiquée au journaliste, quel que soit le support de cette information et où que cette information se trouve. Protéger la source, c'est protéger l'identité d'un informateur le plus souvent auteur d'une infraction pénale.

95. Ils exposent par ailleurs les insuffisances du droit français en la matière avant la loi du 4 janvier 2010. Ainsi, l'article 56-2 du code de procédure pénale ne protégeait, en cas de perquisition, que le local de l'entreprise de presse et non le domicile ou le véhicule du journaliste, pas plus que sa source. De même, l'article 100 du code de procédure pénale ne protégeait pas particulièrement la ligne téléphonique d'un journaliste ou une conversation avec un journaliste. Enfin, la détention seule d'une pièce couverte par un secret était constitutive du délit de recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel.

96. Concernant la loi du 4 janvier 2010, les tiers intervenants font observer que, s'agissant des perquisitions et saisies, le nouvel article 56-2 du code de procédure pénale étend le régime dérogatoire aux véhicules professionnels des entreprises ou agences de presse et au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle. En outre, les perquisitions et saisies doivent être désormais motivées *a priori* sous le contrôle d'un magistrat qui veille à ce qu'elles ne portent pas atteinte au secret des sources. Le journaliste peut s'opposer à la saisie d'un document, lequel est placé sous scellés opaques.

97. Les tiers intervenants se réfèrent ensuite à la situation dans différents États européens. Ainsi, au Luxembou-

rg, les perquisitions sont interdites dans les rédactions et au domicile des journalistes dans un but d'identification des sources. Au Royaume-Uni, la police doit démontrer que l'identité de la source a une importance essentielle dans le cadre d'une affaire pénale et le juge peut ensuite autoriser la recherche des preuves. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a jugé que des perquisitions dans des rédactions dans le cadre de dossiers portant sur des secrets d'État violaient la liberté de la presse. Toutefois, cette protection ne s'applique pas aux télécommunications. Enfin, en Belgique, la loi du 7 mai 2005 protège les journalistes et les personnes qui travaillent pour les rédactions de l'obligation de révéler leurs sources ou de remettre tout document ou tout renseignement qui conduirait à leur identification. La mise sous surveillance, les perquisitions, les fouilles, les saisies sont interdites, et les journalistes ne peuvent être poursuivis, en cas de refus de témoigner, pour recel d'informations volées ou pour violation du secret professionnel.

Les tiers intervenants se réfèrent enfin à la recommandation R (2000) 7 du Comité des Ministres sur le droit des journalistes à ne pas révéler leurs sources d'information.

4. Appréciation de la Cour

a) Principes généraux

98. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière (voir, entre autres, *Worm c. Autriche*, 29 août 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V, pp. 1550-1551, § 47 ; *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I, § 45 et *Dupuis c. France*, n° 1914/02, § 33, 7 juin 2007, CEDH 2007-...).

99. La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde », et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie (*Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mars 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, § 39 ; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, § 57, CEDH 2003-IV ; *Ernst et autres c. Belgique*, n° 33400/96, § 91, 15 juillet 2003 et *Tillack c. Belgique*, no20477/05, § 53, 27 novembre 2007).

100. La presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique; si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et idées sur toutes les questions d'intérêt général (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, arrêt du 24 février 1997, *Recueil* 1997-I, pp. 233-234, § 37 ; *Fressoz et Roire* précité, § 45).

101. D'une manière générale, la « nécessité » d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante. Certes, il revient en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer s'il existe un « besoin social impérieux » susceptible de

justifier cette restriction, exercice pour lequel elles bénéficient d'une certaine marge d'appréciation. Lorsqu'il y va de la presse, comme en l'espèce, le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. De même, il convient d'accorder un grand poids à cet intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 10, si la restriction était proportionnée au but légitime poursuivi (voir, *mutatis mutandis*, *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, pp. 500-501, § 40, *Worm c. Autriche*, précité, § 47 et *Tillack c. Belgique*, précité, § 55).

102. Par ailleurs, comme la Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Dupuis et autres* (précité, § 42), l'importance du rôle des médias dans le domaine de la justice pénale est très largement reconnue.

De plus, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a d'ailleurs adopté la Recommandation Rec (2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales ; celle-ci rappelle que les médias ont le droit d'informer le public eu égard au droit de ce dernier à recevoir des informations et souligne l'importance des reportages réalisés sur les procédures pénales pour informer le public et permettre à celui-ci d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système de justice pénale. En annexe à cette Recommandation figure notamment le droit du public à recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias, ce qui implique pour les journalistes le droit de pouvoir librement rendre compte du fonctionnement du système de justice pénale voir paragraphe 61 ci-dessus). Ainsi, il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « chiens de garde » de la démocratie.

Par conséquent, les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux (*Roemen et Schmit*, précité, § 46, *Goodwin*, précité, §§ 39-40 et *mutatis mutandis Nordisk Film & TV A/S c. Danemark* (déc.), n° 40485/02, CEDH 2005-XIII), et une ingérence ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public (*Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], n° 38224/03, § 51, 14 septembre 2010).

b) Application en l'espèce des principes susmentionnés

103. Les mesures litigieuses s'analysent en une « ingérence » dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté d'expression, ce que reconnaît le Gouvernement. Pareille immixtion enfreint l'article 10 de la Convention, sauf si elle est « prévue par la loi », dirigée vers un ou plusieurs des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 de l'article 10 et « nécessaire » dans une société démocratique afin d'atteindre le ou lesdits buts.

i. "Prévue par la loi"

104. La Cour rappelle que l'on ne peut considérer comme une « loi » au sens de l'article 10 § 2 qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen

de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique (*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, *Recueil* 1998-VI, § 35 et *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, § 43, CEDH 2004-VI).

105. La Cour rappelle également que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires (*Cantoni c. France*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1629, § 35). La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (voir, notamment, les arrêts *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A n° 316-B, p. 71, § 37, et *Grigoriades c. Grèce*, 25 novembre 1997, *Recueil* 1997-VII, p. 2587, § 37).

106. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte (*Cantoni, ibidem*).

107. Dans le cas d'espèce, en ce qui concerne plus précisément l'accessibilité et la prévisibilité de la loi, la Cour constate que les requérants sont journalistes et travaillent respectivement pour un quotidien et pour un hebdomadaire.

Elle note par ailleurs que le droit applicable et appliqué en l'espèce consistait en un article du code de procédure pénale édictant le secret de l'instruction (article 11) et en plusieurs articles du code pénal traitant de l'infraction de recel (articles 321-1 et 226-13 notamment).

108. La Cour considère dès lors que le fait qu'un autre tribunal de premier degré ait tranché différemment dans une affaire portant également sur des faits de recel du secret de l'enquête et de l'instruction ne suffit pas à établir que la loi était imprévisible.

En conclusion, la Cour est d'avis que les requérants ne sauraient soutenir qu'ils ne pouvaient prévoir « à un degré raisonnable » les conséquences que la publication des articles en cause était susceptible d'avoir pour eux sur le plan judiciaire. La Cour en déduit que l'ingérence litigieuse était « prévue par la loi » au sens du second paragraphe de l'article 10 de la Convention.

ii. But légitime

109. La Cour a déjà considéré qu'une ingérence découlant du secret de l'instruction tendait à garantir la bonne marche d'une enquête, donc à protéger l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (*Weber c. Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A n° 177, § 45 et *Ernst et autres*, précité, §

45). Eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, la Cour estime que l'ingérence visait à empêcher la divulgation d'informations confidentielles, à protéger la réputation d'autrui et plus globalement à garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

iii. *Nécessaire dans une société démocratique*

110. La question essentielle est celle de savoir si l'ingérence critiquée était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre le but poursuivi. Il y a donc lieu de déterminer si l'ingérence correspondait à un besoin social impérieux, si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants.

111. L'article 10 protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique (*Columbani et autres c. France*, arrêt du 25 juin 2002, § 65, CEDH 2002-V et *Masschelin c. Belgique* (déc.), n° 20528/05, 20 novembre 2007).

112. En particulier, on ne saurait penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. A la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. Toutefois, il convient de tenir compte du droit de chacun de bénéficier d'un procès équitable tel que garanti à l'article 6 § 1 de la Convention, ce qui, en matière pénale, comprend le droit à un tribunal impartial (*Tourancheau et July c. France*, n° 53886/00, § 66, 24 novembre 2005).

Comme la Cour l'a déjà souligné, il convient que les journalistes, qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours, gardent ce principe à l'esprit car les limites du commentaire admissible peuvent ne pas englober des déclarations qui risqueraient, intentionnellement ou non, de réduire les chances d'une personne de bénéficier d'un procès équitable ou de saper la confiance du public dans le rôle tenu par les tribunaux dans l'administration de la justice pénale (*ibidem*, et *Worm*, précité, § 50). Enfin, il y a lieu de rappeler que toutes les personnes, y compris les journalistes, qui exercent leur liberté d'expression assument des « devoirs et responsabilités » dont l'étendue dépend de la situation (*Dupuis et autres*, précité, § 43, et *Campos Dâmaso c. Portugal*, n° 17107/05, § 35, 24 avril 2008).

113. En l'espèce, il convient tout d'abord de relever que les requérants étaient soupçonnés de recel de violation du secret de l'instruction car ils avaient publié dans plusieurs articles des passages *in extenso* de procès-verbaux de transcriptions d'écoutes téléphoniques, une liste de produits trouvés lors d'une perquisition et des pièces de procédure concernant une enquête en cours sur l'usage de substances prohibées dans le milieu du cyclisme.

114. La Cour observe d'emblée que le thème des articles publiés, le dopage dans le sport professionnel, en l'occurrence le cyclisme, et donc les problèmes de santé publique

en découlant, concernait un débat qui était d'un intérêt public très important.

115. Elle rappelle que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général (*Sürek c. Turquie* (n° 1) [GC], no 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV).

116. A la fonction de la presse qui consiste à diffuser des informations et des idées sur des questions d'intérêt public, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir (voir, parmi d'autres, *Jersild*, précité, § 31 ; *De Haes et Gijssels*, précité, § 39). Il en allait tout particulièrement ainsi en l'espèce, s'agissant d'un problème de dopage dans le cyclisme professionnel. La découverte de ces faits suscita un vif intérêt dans l'opinion publique. Les articles en cause répondaient ainsi à une demande croissante du public désireux de disposer d'informations sur les pratiques de dopage dans le sport et les problèmes de santé qui en découlent. Le public avait dès lors un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur cette enquête.

117. Certes, quiconque, y compris des journalistes, exerce sa liberté d'expression assume des « devoirs et responsabilités » dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, *mutatis mutandis*, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49 *in fine*).

118. En l'occurrence, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles considéra que la publication de nombreuses informations couvertes par le secret de l'enquête, avait causé une « gêne considérable » dans l'organisation du travail du juge d'instruction et que celui-ci avait estimé que cette publication avait « torpillé » l'instruction en cours.

119. Toutefois, la Cour note que ce même juge d'instruction, interrogé dans le journal *Le Monde* sur des complications éventuelles ayant émaillé l'enquête, répondit que cette affaire n'était pas prioritaire pour le ministère de la Justice, que les effectifs de police qui l'assistaient étaient en nombre insuffisant et que des erreurs techniques avaient été commises. Il ne mentionna à aucun moment les articles qui avaient été publiés et leur répercussion négative éventuelle sur l'enquête en cours (voir paragraphe 32 ci-dessus).

120. Néanmoins, les auteurs, journalistes expérimentés, ne pouvaient ignorer que lesdits documents provenaient du dossier d'instruction et étaient couverts, selon les personnes à l'origine de la remise des documents, par le secret de l'instruction ou par le secret professionnel. Tout en reconnaissant le rôle essentiel qui revient à la presse dans une société démocratique, la Cour souligne que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression. Il convient donc de déterminer si, dans les circonstances particulières de l'affaire, l'intérêt d'informer le public sur un sujet important tel que le dopage des sportifs (voir paragraphes 114 et 116 ci-dessus) l'emportait sur les « devoirs et responsabilités » pesant sur les requérants en

raison de l'origine douteuse des documents qui leur avaient été adressés (*Dupuis et autres*, précité, § 42).

121. La Cour doit plus particulièrement déterminer si, en l'espèce, l'objectif de préservation du secret de l'instruction offrait une justification pertinente et suffisante à l'ingérence.

En effet, comme elle l'a déjà établi, une ingérence ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public (voir *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 51, CEDH 1999-I).

122. Elle note que, dans la présente affaire, les mesures prises furent relativement tardives puisqu'intervenant entre le 24 septembre 2004 et janvier 2005, alors que les articles en cause avaient été publiés respectivement les 22 et 29 janvier et 9 et 10 avril 2004 et avaient été abondamment commentés entre temps.

Au moment où les perquisitions et les interceptions téléphoniques litigieuses eurent lieu, il est évident qu'elles avaient pour seul but de révéler la provenance des informations relatées par les requérants dans leurs articles. En effet, les démarches entreprises par les enquêteurs précédemment n'avaient pas permis de déterminer l'auteur ou les auteurs d'une éventuelle violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel.

123. Ces informations tombaient ainsi, à n'en pas douter, dans le domaine de la protection des sources journalistiques. L'absence de résultat apparent des perquisitions et saisies opérées aux sièges des journaux et aux domiciles de certains des requérants n'enlève pas à ces dernières leur objet, à savoir trouver le responsable de la divulgation des informations confidentielles (voir, *mutatis mutandis*, *Ernst et autres c. Belgique* précité, § 100).

124. La Cour souligne que le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection. Cela vaut encore plus en l'espèce, où les requérants traitaient d'un problème de santé publique et ne furent finalement pas condamnés (paragraphe 55 ci-dessus).

125. La Cour constate par ailleurs l'ampleur des mesures ordonnées en l'espèce (voir paragraphes 15 à 28 ci-dessus). Certaines d'entre elles ont certes été annulées par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles (voir paragraphes 42 à 45 ci-dessus). Toutefois, il convient de souligner que, dans des circonstances comme celles de l'espèce, si des mesures restreignant la liberté d'expression des journalistes ne peuvent être envisagées qu'en dernier recours, le respect de cette seule exigence ne dispense pas le Gouvernement d'établir l'existence d'un besoin social impérieux propre à justifier l'ingérence litigieuse. Or, la saisie et le placement sous scellés des listings des appels des premiers et deuxième requérants, les perquisitions et saisies opérées le 13 janvier 2005 aux sièges des journaux *Le Point* et *L'Equipe* et les perquisitions opérées aux domiciles des deux premiers requérants furent validées par la chambre de l'instruction sans que soit démontrée l'existence d'un

besoin social impérieux. Lors de la perquisition dans les locaux du journal *Le Point* furent notamment saisis et placés sous scellés les ordinateurs des troisième et quatrième requérants, la liste de la messagerie du quatrième requérant étant, quant à elle, éditée et également placée sous scellés. Ces perquisitions aux sièges de deux journaux, impressionnantes et spectaculaires, ne pouvaient que marquer profondément les professionnels qui y travaillaient et être perçues par eux comme une menace potentielle pour le libre exercice de leur profession.

En effet, les enquêteurs qui, munis de mandats de perquisition, surprennent des journalistes à leur lieu de travail ou à leur domicile, ont des pouvoirs d'investigation très larges du fait qu'ils ont, par définition, accès à toute leur documentation. La Cour, qui rappelle que « les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux » (voir *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 40), estime ainsi que les perquisitions et saisies litigieuses avaient un effet encore plus important quant à la protection des sources journalistiques que dans l'affaire *Goodwin*.

126. La Cour en arrive à la conclusion que le Gouvernement n'a pas démontré qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée. A cet égard, elle rappelle que « les considérations dont les institutions de la Convention doivent tenir compte pour exercer leur contrôle sur le terrain du paragraphe 2 de l'article 10 font pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique » (voir *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 45). En l'occurrence, même si l'on devait considérer que les motifs invoqués étaient « pertinents », la Cour estime qu'ils n'étaient pas en tout cas « suffisants » pour justifier des perquisitions et saisies d'une telle envergure.

127. Elle en conclut que les mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention.

[Omissis]

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

1. Décide de joindre les requêtes ;
2. Déclare les requêtes recevables ;
3. Dit qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;
4. Dit,
 - a) que l'État défendeur doit verser :
 - aux deux premiers requérants conjointement 18896, 80 EUR (dix-huit mille huit cent quatre-vingt-seize euros et quatre-vingt cents) pour frais et dépens, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ;
 - aux troisième, quatrième et cinquième requérants conjointement 25 064, 78 EUR (vingt-cinq mille soixante-quatre euros et soixante-dix-huit cents) pour frais et dépens,

dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au

versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage.

[Omissis]

FRANCESCO TRAPPELLA

Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Esigenze d'indagine e tutela delle fonti giornalistiche secondo la Corte e.d.u

Needs of investigation and protection of journalistic sources according to the e.c.h.r.

La Corte di Strasburgo eleva la tutela delle fonti giornalistiche a valore assoluto, prevalente sulle esigenze d'indagine e di accertamento processuale; così, non si ammettono ingerenze del potere giudiziario nell'attività dei *reporter* giustificate dalla necessità di scoprire l'origine delle informazioni di cui i cronisti sono in possesso, nemmeno quando questi ultimi hanno ottenuto e diffuso dati riservati, coperti da segreto istruttorio.

The Strasbourg Court elevates the protection of journalistic sources in absolute terms, mainly on the needs of investigations and criminal trial; so, the Court does not allow interference of the judiciary in the activity of the reporter justified by the need to uncover the source of the information that the reporters are in possession, even when they have obtained and disseminated confidential data, a secret investigation.

IL "CANE DA GUARDIA DELLA DEMOCRAZIA"¹

«La qualità dell'informazione in una società moderna è un indice della sua organizzazione sociale. Quanto migliori sono le istituzioni, tanto più facilmente gli interessi relativi sono formalmente rappresentati, tanto più questioni vengono dipanate, tanto più obiettivi sono i criteri adottati, tanto più perfettamente si può presentare come notizia una vicenda»². A novant'anni di distanza queste parole

¹ Espressione ormai d'uso comune per indicare la stampa e definirne il ruolo in rapporto alle istituzioni democratiche, usata anche dalla giurisprudenza europea – si veda, *ex plurimis*, Corte e.d.u., 6 maggio 2003, ric. 48898/99, P. c. Italia, § 43, *Cass. pen.*, 2003, 3562 – e interna – *ex multis*, *Cass.*, sez. V, 21 febbraio 2007, n. 25138, *Guida dir.*, 2007, 34, 66.

² Lippman, *L'opinione pubblica* (1922), Roma, ed. 2004, passim, nella traduzione di Mannucci.

appaiono quanto mai attuali, inquadrando efficacemente il difficile e fondamentale ruolo dell'informazione nelle società democratiche, tema su cui torna³

³ Si usa appositamente il verbo "torna", con chiaro riferimento alle tante decisioni della Corte sul punto: a titolo d'esempio – giusto per citare le più note e recenti –: Corte e.d.u. 7 giugno 2007, ric. 1914/02, *Dupuis* e altri c. Francia – con riguardo alla tutela del segreto istruttorio in pendenza di un processo penale e al ruolo dei giornalisti, appunto, come "cani da guardia" della democrazia –; Corte e.d.u., 25 gennaio 2011, ric. 30865/08, *Reinboth* e altri c. Finlandia – sulla legittimità della condotta di *reporter* che avevano diffuso informazioni sulla vita privata di un uomo politico, per tale sua connotazione oggetto di interesse pubblico – o, pur con riferimento a casi tra loro ovviamente diversi, ma sempre sulla funzione dei *media* come controllori della democrazia: Corte e.d.u., 21 dicembre 2010, ric. 27570/03, *NGV* c. Russia; Corte e.d.u. 17 luglio 2007, ric. 30278/04, *Ormanni* c. Italia; Corte e.d.u. 25 giugno 2002, ric. 51279/99, C. e altri c. Francia; Corte e.d.u., 8 giugno 1999, ric. 25067/94 e 25068/94, E. e I. c. Turchia.

la Corte di Strasburgo con sentenza del 28 giugno 2012, *Ressiot* e altri c. Francia.

La vicenda è in sé chiara. Nel 2004 due settimanali francesi pubblicavano alcuni passaggi di intercettazioni telefoniche di un'indagine per doping riguardante certi ciclisti; veniva aperta un'inchiesta a carico dei *reporter* responsabili della pubblicazione, con tanto di perquisizioni nelle loro case e nelle redazioni dei periodici, controllo delle relative utenze telefoniche e sequestro di materiale informatico e cartaceo; avverso tali provvedimenti i cronisti si rivolgevano prima alla giustizia nazionale e poi alla Corte di Strasburgo, che si è pronunciata con la sentenza in commento segnando una serie di punti essenziali. Anzitutto, viene ripetuta la *guideline* per cui «la stampa gioca un ruolo essenziale nelle società democratiche». In secondo luogo si osserva che «se, da un lato, essa non deve oltrepassare determinati limiti concernenti soprattutto la tutela della reputazione e dei diritti dei terzi, oltretutto la necessità di evitare la divulgazione di dati confidenziali, d'altra parte, sulla medesima incombe l'obbligo di comunicare informazioni e idee su questioni di pubblico interesse»; ciò, nel rispetto dei suoi doveri e delle sue responsabilità⁴. Infine la Corte ha riconosciuto l'inosservanza dell'art. 10 Cedu nell'imposizione da parte degli ordinamenti nazionali di obblighi sui giornalisti di svelare le proprie fonti e/o di limitare la diffusione delle notizie.

Così inquadrata la vicenda processuale, si analizzerà la decisione in parola alla luce della giurisprudenza strasburghese su stampa e processo penale; ciò tenendo conto in particolare: a) dell'ammissibilità di limiti ai *media* per la pubblicazione di notizie riservate (qui ovviamente con riferimento a indagini e a processi penali in corso); b) dell'illegittimità di qualsivoglia ingerenza sui cronisti finalizzata ad accertarne le fonti.

IL PUNTO DI VISTA DEI RICORRENTI

Si distinguono le argomentazioni di due dei cinque ricorrenti da quelle degli altri tre, comunque tra loro non troppo diverse e sicuramente complementari.

In via preliminare, i primi sottolineavano che la legge francese sulla stampa assicura opportunamente il segreto sulle fonti delle informazioni

confidenziali di cui giornalisti entrano in possesso, con ciò rendendosi illegittimo qualunque ordine di rivelarle; essi poi contestavano le misure adottate dall'autorità giudiziaria nel caso in parola (perquisizioni di case e uffici, e sequestri di documenti) in quanto avrebbero influenzato negativamente la loro attività di cronisti, impedendo la divulgazione delle notizie – e addirittura di «realizzare e montare un quotidiano»⁵ – così ponendosi in contrasto con l'«*esprit*» della legge 4 gennaio 1993 a tutela dei giornalisti e delle agenzie che li impiegano⁶.

D'altra parte gli altri tre ricorrenti – approfondendo un tema comunque toccato anche dai primi due – rilevavano anzitutto una questione di qualificazione giuridica del fatto: i *reporter* erano giudicati per «*recel*»⁷ – letteralmente: occultamento –, cioè per un delitto comune, risultando, così, inapplicabili le norme su perquisizioni e sequestri a danno dei giornalisti, essendo misure che si giustificano solo secondo lo *ius speciale*, laddove cioè gli inquirenti intravedano gli specifici estremi dei reati di stampa e non quelli di un generico delitto di occultamento⁸.

⁵ La traduzione dal francese è ancora di chi scrive. Il testo originale: «*confectionner et éditer un journal quotidien*»: ciò in cui «*consiste*» «*le travail*» del giornalista: si veda la sentenza in commento, §69.

⁶ Si fa evidentemente richiamo alla l. 4 gennaio 1993, n. 93-2, «*portant réforme de la procédure pénale*», e in particolare all'art. 55 del codice di rito: «*il est inséré, après l' article 56-1 du code de procédure pénale, un article 56-2 ainsi rédigé: "Art. 56-2. - Les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifiés à la diffusion de l'information"*».

⁷ Cioè per il fatto «*de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit*» (art. 321-1, Code pénal français).

⁸ Tutti e cinque i ricorrenti richiamano la sentenza del *Tribunal de grande instance* di Parigi del 14 novembre 2006. Nel processo ad esito del quale fu emessa tale pronuncia un giornalista era accusato di *recel de violation de secret professionnel et du secret de l'enquête et de l'instruction* e i documenti del cui occultamento egli era imputato furono rinvenuti presso la sua abitazione. Considerato che ogni cronista ha «*pour seule mission, y compris sur les affaires judiciaires en cours, de contribuer à l'information du public*», «*la condamnation d'un journaliste pour recel de violation du secret professionnel et du secret de l'enquête et de l'instruction, du chef de la détention des pièces couvertes par le secret et utilisées par lui pour des publications contribuant à l'information du public, ne peut pas être considérée comme nécessaire dans une société démocratique*» (citazioni dalla sentenza del 14 novembre 2006 da *Le Monde* del 19 novembre 2006 con commento di Diard, *Secret de l'instruction et information*). È ora chiaro perché i ricorrenti abbiano citato la pronuncia in parola: quello del *reporter* è un mestiere particolare che importa garanzie e misure altrettanto speciali: non è applicabile il diritto comune – e quindi le tradizionali fattispecie delittuose – ma occorre una disciplina *ad hoc* non solo per le ipotesi di

Tutte le pronunce sono consultabili integralmente sul sito della Corte: www.echr.coe.int.

⁴ Corte e.d.u., 28 giugno 2012, ricc. 15054/07 e 15066/07, *Ressiot* e altri c. Francia, www.echr.coe.int, §100. Traduzione dal francese di chi scrive.

Per questa via, sempre contestando la legittimità di perquisizioni e sequestri *de quibus* – finalizzati solo a scoprire l'origine delle informazioni ottenute dai *reporter* – i ricorrenti richiamavano la legge 4 gennaio 2010, che, pur successiva al caso di specie, tutela espressamente il segreto sulle fonti dei cronisti⁹: di ciò avrebbe dovuto tenersi conto nell'adeguare le regole dei rapporti tra processo penale e informazione e nel valutare comportamenti a essa contrari, anche in ragione di fonti sovranazionali quale, appunto, la Convenzione edu.

... DEL GOVERNO FRANCESE

In prima battuta il Governo francese sottolineava che, nel caso di specie, in esito al processo i giornalisti erano stati prosciolti, con ciò non potendosi parlare di una reale violazione della loro libertà di esprimersi; le misure contestate sarebbero poi state del tutto legittime in quanto: *a)* finalizzate a perseguire uno scopo pienamente conforme alla legge, quale la ricerca delle prove di un reato e la tutela dei diritti delle persone offese dall'indebita divulgazione di notizie riservate; *b)* necessarie in una società democratica in quanto, appunto, strumentali all'esigenza di vagliare la penale responsabilità dei cronisti indagati. Sempre secondo il Governo le perquisizioni e i sequestri impugnati dai ricorrenti non sarebbero state misure eccessive, ma anzi adottate solo in quanto altre non sarebbero state ipotizzabili nel contesto *de quo*. Risulterebbe quindi – secondo la ricostruzione operata dalla pubblica autorità – la totale conformità dei provvedimenti adottati rispetto alla legge¹⁰.

... E DEI "TERZI"

I "terzi" – nel testo francese della sentenza: «*les tiers intervenants*» – erano il sindacato nazionale dei giornalisti¹¹ e la F.I.J.¹²: perseguendo l'obiettivo di tutelare gli interessi dei *reporter* e la libertà d'informazione, essi sottolineavano che «non può esservi giornalismo senza le "fonti" necessarie a produrre un'informazione di qualità».

Secondo costoro, «la stampa non può esple-

reato ma anche per le conseguenti misure applicabili, che devono essere *necessary in una società democratica*, evitando arbitrarie limitazioni del diritto/dovere di cronaca.

⁹ È la l. 4 gennaio 2010, n. 2010-1, «*relative à la protection du secret des sources des journalistes*».

¹⁰ In particolare, rispetto all'art. 56-2 del codice di rito penale francese, come modificato dalla legge 4 gennaio 2010, già citata dai ricorrenti.

¹¹ È il *Syndicat national des journalistes* (S.N.J.).

¹² *Fédération Internationale des Journalistes*.

tare la propria funzione e il diritto del cittadino [a essere informato, ndr.] non sarà realizzato se, mancando un'adeguata tutela, la "fonte" sarà dissuasa dall'informare il giornalista. Non c'è, insomma, libertà di stampa senza protezione delle "fonti"»¹³.

Si chiariva, ancora, che per "fonte" s'intende «sia colui che rende l'informazione, considerato nella propria identità, che la stessa informazione ricevuta, sia essa incorporata su un supporto materiale o no»¹⁴. È quindi necessario proteggere l'*informatore* così come l'*informazione*, senza distinzioni: in questo l'ordinamento francese sarebbe stato manchevole prima della legge 4 gennaio 2010, che avrebbe finalmente salvaguardato il giornalista e il suo domicilio da perquisizioni volte a scoprire la provenienza delle notizie da lui divulgate: la legislazione *ante* 2010, infatti, avrebbe protetto solo la sede dell'agenzia o dell'impresa presso cui il *reporter* era impiegato al momento della diffusione delle informazioni riservate. La legge del 2010 – nell'imporre l'aprioristica motivazione dei provvedimenti di perquisizione e sequestro, oltretutto un controllo del giudice sul mantenimento del segreto sulle "fonti" – si colloca nella direzione auspicata dal Consiglio d'Europa: il Comitato dei Ministri, con Raccomandazione R(2000), n. 7 chiedeva infatti agli Stati di «prevedere esplicite e chiare misure di tutela del diritto dei giornalisti di non divulgare le informazioni idonee a identificare le loro fonti, conformemente all'art. 10 della Convenzione edu» (principio 1)¹⁵.

LA DECISIONE DELLA CORTE: A) LIMITI ALLA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE

Un dato è costante nella giurisprudenza di Strasburgo: l'art. 10 Cedu si pone a presidio della «libertà di espressione nella sua accezione più ampia, comprensiva anche di quella *libertà di informazione*, che, come tale, era sino ad allora¹⁶ estranea ai cataloghi

¹³ Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §93. Traduzione dal francese di chi scrive.

¹⁴ Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §94. Traduzione dal francese di chi scrive.

¹⁵ Traduzione dal francese di chi scrive. Il testo integrale della Raccomandazione, su www.wcd.coe.int.

¹⁶ Cioè fino all'immediato dopoguerra: si legga l'art. 10 Cedu in connessione al coevo art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo – per cui «ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere» – e all'omologo art. 19 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici che, al paragrafo 2, enuncia espressamente «la libertà di diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta». Per una

dei diritti di libertà, contenuti nelle Costituzioni dei Paesi europei¹⁷: la libertà di stampa è un fondamento essenziale delle società democratiche, per cui il tema delle garanzie riconosciute ai giornalisti assume primaria importanza¹⁸.

Posta una tale premessa, ne risulta che barriere all'attività dei cronisti sono ammissibili solo in presenza di un interesse superiore che prevalga sul diritto a divulgare informazioni¹⁹: in tal senso vanno intesi i cd. *test*²⁰ di legalità e di necessità, e la nozione di "obiettivi legittimi", che tradizionalmente giustificano le limitazioni alla libertà di espressione.

A) *Limitazioni previste dalla legge, ossia il test di legalità*. Occorre anzitutto chiarire che cosa s'intende per "legge"; la decisione in commento lo spiega, confermando un orientamento già chiaro sul finire degli anni Settanta²¹: si fa riferimento a una norma – non importa se di "diritto scritto"²² – determinata al punto da permettere al cittadino di regolare i propri comportamenti in conformità ad essa. Ne deri-

panoramica su queste e sulle successive norme in punto di libertà di espressione, Caporale, *Etica del buon giornalista e servizio pubblico radiotelevisivo*, Gardini-Lalli (a cura di), *Per un'etica dell'informazione e della comunicazione. Giornalismo, radiotelevisione, new media, comunicazione pubblica*, Milano, 2009, 43, nota 2.

¹⁷ Caretti, sub art. 10. *Libertà d'espressione*, Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), *Comm. alla Convenzione europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2010, 339.

¹⁸ Oltre alla sentenza in commento (al §98) si vedano in giurisprudenza *ex multis*: Corte e.d.u., 7 giugno 2007, ric. 1914/02, Dupuis e altri c. Francia, cit., §33; Corte e.d.u., 21 gennaio 1999, ric. 29183/95, Fressoz e Roire c. Francia, §45 o ancora Corte e.d.u., 29 agosto 1997, ric. 22714/93, Worm c. Austria, §47 (testi delle decisioni, sul sito della Corte, www.echr.coe.int); in dottrina, Valentini, *Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata*, in questa rivista, 2011, 4, 137 o Casiraghi, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 197. Più risalente ma ugualmente importante nella definizione di un quadro sulla giurisprudenza europea in materia: Petitti, *La libertà d'espressione: la Convention européenne des droits de l'homme et la vie politique*, AA.VV, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos: droit et justice*, Parigi, 1999, 459 ss.

¹⁹ Sul punto, Oetheimer, *Protecting Freedom of Expression: the Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2009, 3, 427, ss.

²⁰ Per questa efficacissima espressione – *test di legalità o di necessità* – si veda ad esempio Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), sub art. 10, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 405, ss.

²¹ E il riferimento va a Corte e.d.u., 26 aprile 1979, ric. 6538/74, *The Sunday Times* c. Regno Unito (n. 1), §47: «the Court observes that the word "law" in the expression "prescribed by law" covers not only statute but also unwritten law». Il testo integrale è sul sito della corte: www.echr.coe.int.

²² Ma nemmeno se ascrivibile al rango delle fonti primarie: tra le tante, Corte e.d.u., 19 dicembre 1994, ric. 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs e Gubi* c. Austria, §31, che applicava a una circolare interna alla pubblica amministrazione la nozione di 'legge' ex art. 10 Cedu.

va che il limite posto dalla disposizione in parola dev'essere *prevedibile*, e questo per il noto principio della *certezza del diritto* secondo cui la regola va strutturata in modo da porre «ogni persona in grado di valutare e prevedere [...] le conseguenze giuridiche della propria condotta»²³. In definitiva, quindi, la regola deve rivolgersi a un numero di soggetti sufficientemente ampio perché sia generalmente conoscibile e riconosciuta come canone comportamentale – in tal senso essa è *accessibile*²⁴ – e in modo che siano ipotizzabili le conseguenze di eventuali trasgressioni.

Nel caso di specie i giudici europei affermavano che «l'ingerenza della pubblica autorità, di cui alla causa in commento, era del tutto prevedibile ex art. 10, paragrafo 2, Cedu»²⁵: vi sono tre norme del codice penale francese – gli articoli 11, 321-1 e 226-13 – che trattano del segreto istruttorio e delle conseguenze derivanti dalla sua violazione, e «il fatto che un altro tribunale di primo grado si sia pronunciato diversamente circa un altro caso di violazione del segreto istruttorio non basta ad affermare che le norme in parola [fossero] 'imprevedibili'»²⁶.

B) *Gli obiettivi legittimi* sono quelli dell'art. 10, paragrafo 2, Cedu: sicurezza nazionale, integrità territoriale, pubblica sicurezza, difesa dell'ordine, prevenzione dei reati, salute e diritti altrui, tutela di informazioni riservate, garanzia dell'autorità e dell'imparzialità del potere giudiziario. Nella controversia *de qua* rilevavano gli ultimi due: da un lato v'era la necessità di evitare che dati e notizie confidenziali fossero resi noti, dall'altro occorreva salvaguardare il potere giudiziario, inteso come autorità in grado di ispirare la fiducia e il rispetto nel pubblico²⁷. Restrizioni alla libertà di espressione per evitare la divulgazione di informazioni riservate sono ammissibili non solo per coloro la cui attività sia coperta da segreto professionale, d'ufficio, istruttorio, di Stato o di altro tipo, ma anche per terzi che accedano ai dati secretati e li diffondano²⁸. Del pari, rientra tra i limiti dell'art. 10, paragrafo 2

²³ Si veda voce *Certezza del diritto*. I) *Profili teorici*, *Enc. giur. Treccani* online.

²⁴ Sull'accessibilità, Corte e.d.u., 26 settembre 1995, ric. 17851/91, *Vogt* c. Germania. Il testo integrale è sul sito della corte: www.echr.coe.int.

²⁵ Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §108. Traduzione di chi scrive.

²⁶ Sempre Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §§107 e 108, con riferimento alla sentenza parigina del 14 novembre 2006 (v. *supra*, nota 8).

²⁷ Su questo sempre, Corte e.d.u., 26 aprile 1979, ric. 6538/74, *The Sunday Times* c. Regno Unito (n. 1), cit., §§55-56.

²⁸ Come nel noto caso del giornalista svizzero che fu condannato per avere divulgato taluni documenti diplomatici segreti; in quel caso, i giudici di Strasburgo dichiararono la non-violazione dell'art. 10 Cedu. Corte e.d.u., 10 dicembre 2007, ric. 69698/01, *Stoll* c. Svizzera.

ogni atto che offenda l'apparato della giustizia, inteso in senso lato, comprendendo quindi anche le persone dei giudici nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali²⁹.

La Corte ha considerato perquisizioni, sequestri e intercettazioni a danno dei *reporter* come *astrattamente* funzionali al buon esito di un'indagine e così a preservare la funzione dell'autorità giudiziaria³⁰: sotto questo profilo pertanto non può ravvisarsi la violazione dell'art. 10 Cedu.

C) *Limitazioni necessarie, ovvero il "test di necessità"*. È il *punctum dolens* della questione: la denunciata restrizione della libertà d'informare è necessaria in una società democratica? S'anticipa sin d'ora che nel caso in commento i giudici europei hanno risposto negativamente a questa domanda, dichiarando così infranto l'art. 10 Cedu dall'autorità francese.

In prima battuta è opportuno comprendere il significato dell'aggettivo "necessario". Ancora una volta sono estremamente chiarificatrici le parole della Corte di Strasburgo, risalenti ad una decisione degli anni Settanta: «se l'aggettivo "necessario", ai sensi dell'art. 10 par. 2 non è sinonimo di "indispensabile", non ha nemmeno la duttilità di termini quali "ammissibile", "normale", "utile", "ragionevole" od "opportuno". [...] Pertanto l'art. 10 par. 2 riserva agli Stati contraenti un margine di apprezzamento. Esso lo accorda al legislatore nazionale e agli organi giudiziari, chiamati a interpretare e ad applicare le leggi in vigore»³¹. In sostanza, fissato un obiettivo – *rectius*, utilizzando le parole della stessa Corte nella citata decisione, un *bisogno sociale imperioso*³² –, è necessaria quella limitazione alla libertà del singolo che sia in grado di realizzarlo; è ancora una volta questione di bilanciamento: si

cerca la soluzione più efficace³³, il che implica una valutazione di proporzionalità tra il male e la cura, tra il pericolo di non soddisfare il "bisogno sociale" fornito delle caratteristiche di cui sopra e la lesione alla libertà (qui, d'informazione) dell'individuo.

Venendo alla sentenza in analisi, la Corte ha premesso che il tema del *doping* possiede senz'altro una forte rilevanza sociale: è dunque dovere della stampa informare il pubblico di quanto attenga ad esso. Alla luce di siffatta premessa, l'unico argomento sostenibile contro i *reporter* sarebbe stato che la divulgazione di informazioni confidenziali avesse nuociuto alle indagini: rilevava, però, la Corte un'evidente discrepanza cronologica tra le date delle pubblicazioni incriminate (22 e 29 gennaio, 9 e 10 aprile 2004) e quelle di perquisizioni, sequestri e intercettazioni (24 settembre 2004 e gennaio 2005). È chiaro, dunque, che l'obiettivo delle misure adottate dall'autorità non era impedire la diffusione di una notizia a tutela delle indagini, o determinare l'autore della violazione del segreto, ma scoprire le fonti delle informazioni confidenziali di cui i ricorrenti erano entrati in possesso³⁴. Ciò ha portato inevitabilmente il *test* di necessità a un esito negativo, essendosi leso quello che non è un immotivato privilegio, ma un diritto del giornalista³⁵: proteggere il segreto sulle proprie fonti.

SEGUE. B) IL SEGRETO SULLE FONTI

I confini delle libertà tratteggiate dalla Convenzione sono determinati in concreto dal bilanciamento tra i vari interessi che entrano in gioco nelle situazioni particolari esaminate dalla Corte³⁶. Questa ineliminabile premessa impone nel caso *Ressiot* una domanda: le necessità connesse alla funzione esplorativa di un'indagine o all'accertamento processuale possono azzerare il diritto dei giornalisti a mantenere segrete le proprie fonti? La questione va posta esattamente in questi termini: come già visto, la Corte ha sottolineato che il fine di perquisizioni, sequestri e intercettazioni sui ricorrenti era stato solo quello di «ri-

²⁹ Sul punto, ancorché risalente, Shachor-Landau, *Freedom of expression and its limits under the European Convention on Human Rights*, *Israel Yearbook of Human Rights*, 1993, 49, ss.. Per una completa panoramica su questi argomenti, sempre sub art. 10, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 407, ss.

³⁰ È il paragrafo 109 di Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., che laconicamente esaurisce il tema dei fini legittimi: «la Corte ha già considerato che un'ingerenza conseguente alla violazione del segreto istruttorio tende a garantire la buona riuscita di un'indagine e così a proteggere l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario. Riguardo alle circostanze particolari, la Corte ritiene che l'ingerenza fosse volta a impedire la divulgazione di informazioni confidenziali, a proteggere l'altrui reputazione e più generalmente a garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario». Traduzione dal francese di chi scrive.

³¹ Corte e.d.u., 7 dicembre 1976, ric. 5493/72, *Handyside* c. Regno Unito, §48. Traduzione di chi scrive. Il testo integrale della decisione, nelle sue versioni francese e inglese, è sul sito della Corte (www.echr.coe.int).

³² Così sempre in *Handyside*, §48.

³³ Su questi temi, sulla tecnica del bilanciamento nella Cedu e sulla nozione di 'misure effettive' nella Convenzione, Gambino, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009, 41.

³⁴ Così, Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §122.

³⁵ Con le parole della Corte, «un véritable attribut du droit à l'information»: si veda la decisione in commento, §124.

³⁶ Quella che Bin (*Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 91) con attenzione al diritto interno definiva 'delega del bilanciamento in concreto'. Sul punto – anche in considerazione dell'influenza della Cedu sull'applicazione di tale tecnica –, Guazzarotti, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e Cedu*, www.forumcostituzionale.it.

velare la provenienza delle informazioni svelate dai ricorrenti nei loro articoli»³⁷.

I giudici strasburghesi hanno risposto negativamente, secondo una giurisprudenza costante: la fonte assicura al cronista le informazioni che formeranno oggetto della sua attività, di evidente rilevanza sociale; quella del *reporter* – già si è detto – è una funzione di primaria importanza, specie oggi, dove è sempre crescente da parte dell'opinione pubblica l'istanza di trasparenza nella gestione degli affari pubblici³⁸; ne consegue che le fonti assicurano – o almeno contribuiscono a farlo – una più limpida amministrazione della *res publica*. Qualora non fosse sicuro il segreto su di esse, assai probabilmente s'interromperebbe il rapporto tra loro e il giornalista, anche per il timore della fonte d'essere scoperta e quindi magari punita per avere reso note informazioni riservate. D'altra parte l'esigenza che la collettività conosca ciò che la riguarda – e che a chiunque sia data la possibilità di esprimere le proprie opinioni e quindi di informare il pubblico – ha portato la Corte in una causa di qualche anno fa ad affermare che «il ricorrente [era] stato penalizzato essenzialmente per il semplice fatto di avere diffuso delle informazioni che un terzo aveva ottenuto e registrato illegalmente. La Corte non [era] convinta che questo solo fatto bast[asse] a privare il ricorrente della tutela offertagli all'art. 10 Cedu»³⁹. In definitiva, quindi, eventuali illeciti commessi nell'acquisizione della notizia non inibiscono l'applicazione dell'art. 10 Cedu: si distingue, così, da un lato la libertà d'espressione – comprimibile solo nei casi e per fini previsti *ex lege*, e quando necessario in base ai connotati tipici della società democratica – e dall'altro la sfera delle (eventuali) scorrettezze commesse dal giornalista o dalla sua fonte nell'entrare in possesso della notizia riservata. Si capisce quanta importanza acquisisca tale dicotomia nei casi in cui entra in gioco la sicurezza nazionale, dandosi luogo a possibili diverse interpretazioni, allorché s'intenda la predetta sicurezza come obiettivo suscettibile di limitare la libertà d'informazione oppure ne venga dichiarata la soccombenza a fronte del preminente interesse della collettività ad essere informata: in questo caso – come si ritiene preferibile – chi ha diffuso la notizia potrebbe essere sanzionato solo per averla acquisita illecitamente o per avere violato il segreto di Stato, ma non certo per non avere rivelato le proprie fonti⁴⁰.

³⁷ Ancora Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §122.

³⁸ Su questo, Harris-O'Boyle-Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 435.

³⁹ Corte e.d.u., 19 dicembre 2006, ric. 62202/00, *Radio Twist* A.S. c. Slovacchia, §62.

⁴⁰ Sulla distinzione tra illeciti commessi nella trasmissione di notizie riservate e tutela della libertà d'informazione (meglio: del diritto a essere informati), Corte e.d.u., 21 gennaio 1999, cit., §53:

Per tornare a *Ressiot*, si noterà come la Corte ha censurato l'operato della pubblica autorità francese accogliendo nella sostanza le argomentazioni dei cosiddetti "terzi": la violazione del diritto dei giornalisti di tacere le proprie fonti ha deviato rispetto agli "obiettivi legittimi" che pure nel caso di specie sussistevano; si è verificato, così, uno sviamento di potere che ha determinato l'assunzione di misure sproporzionate (*rectius*: inappropriate) rispetto al corretto bilanciamento tra diritti dei giornalisti ed esigenze d'indagine, con conseguente violazione dell'art. 10 Cedu⁴¹.

CONCLUSIONI

Si ragioni per assurdo, immaginando una decisione di segno opposto. Si ipotizzi dunque che la Corte europea avesse dato ragione al Governo francese, affermando la legittimità di perquisizioni, sequestri e controlli di altro tipo sui giornalisti, finalizzati esclusivamente a scoprire l'origine delle notizie in loro possesso: una decisione siffatta non si sarebbe posta contro l'art. 10 Cedu, in quanto, evidentemente, nel bilanciamento tra esigenze d'indagine e tutela delle fonti giornalistiche, le prime avrebbero prevalso sulla seconda. Esisterebbero, in questa prospettiva, situazioni di tale importanza da giustificare limiti all'attività dei *reporter*; tuttavia, se questi fossero obbligati a svelare le proprie fonti, probabilmente non ne avrebbero più: chi mai si fiderebbe a trasmettere una notizia riservata a un giornalista, sapendo che questo potrà poi rivelare l'origine della "fuga di notizie", una volta messo alle strette da un provvedimento della pubblica autorità?

Così, l'accertamento penale rappresenterebbe un interesse a tal punto forte da elidere contenuti importanti delle libertà personali che, quindi, nel nome della più efficace repressione dei reati potrebbero venire meno.

La conclusione porta ai tratti caratteristici del modello inquisitorio. Pur senza indulgere a una dettagliata trattazione, si ricorderà che nell'inquisitorio v'è «un procedimento che coincide largamente con l'istruttoria segreta ed "offensiva", tesa cioè a ricercare tutti gli elementi a carico dell'accusato, prima che a quest'ultimo vengano consentite possibilità di con-

«a tal proposito occorre rilevare che, se la condanna dei ricorrenti riposa unicamente sulla riproduzione dei documenti detenuti dai servizi fiscali e comunicati ai Sig.ri F. e R. in violazione del segreto professionale, essa toccava esclusivamente l'infrazione del segreto. Ci si può poi altresì domandare se nel caso di specie sussisteva un legittimo interesse a mantenere segrete le informazioni il cui contenuto già era stato reso pubblico e suscettibile d'essere conosciuto da un gran numero di persone». Traduzione di chi scrive.

⁴¹ Corte e.d.u., 28 giugno 2012, cit., §127.

IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA...

testazione e difesa»⁴²: balza agli occhi la totale divergenza rispetto ai principi ispiratori della Cedu.

⁴² Marmo-Musella, *La costruzione della verità giudiziaria*, Napoli, 2003, 17.

Il ragionamento per assurdo, insomma, conduce ad un *impasse*: esaltare in assoluto l'interesse dell'indagine significa mortificare i diritti individuali e, per quella via, la stessa "giustizia" del procedimento.

Alla Corte costituzionale la questione di legittimità della custodia cautelare obbligatoria per gli imputati dei delitti aggravati dal “metodo” o dalla “agevolazione” mafiosi

Corte di cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 10 settembre 2012, n. 34473 – Pres. Lupo

Le Sezioni Unite, dopo aver confermato che la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, comma 3, c.p.p. non opera soltanto in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, ma anche nelle vicende successive, dichiarano non manifestamente infondata e rilevante la questione di legittimità costituzionale della norma in relazione all'art. 7 d.l. 152/1991.

1. Il Tribunale di Palermo, in funzione di giudice dell'appello cautelare, accoglieva, con provvedimento del 14 ottobre 2011 - dep. il 2 novembre successivo - l'impugnazione proposta dal pubblico ministero avverso l'ordinanza del 26 settembre 2011, con la quale il Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale aveva applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari, in luogo di quella della custodia carceraria inizialmente disposta, nei confronti di Marco [...], condannato in esito a giudizio abbreviato per il reato di favoreggiamento personale aggravato dalla circostanza di cui all'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991, così riqualificata l'originaria imputazione di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso.

Il Tribunale, dopo aver rilevato che anche per i reati aggravati secondo la previsione di cui all'art. 7 del citato decreto opera la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, ai sensi dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., concludeva nel senso che detta misura non poteva essere sostituita, in corso di esecuzione, con altra meno afflittiva.

2. Avverso detta ordinanza ricorre per cassazione, per mezzo del difensore, il [...], deducendo violazione di legge e difetto di motivazione con argomentazioni che possono così sintetizzarsi: a) la sentenza di condanna ha riqualificato il fatto, evidenziando l'assenza di significativi contatti del [...] con la consorteria mafiosa; b) la recente giurisprudenza costituzionale ha individuato, nelle presunzioni di adeguatezza, aspetti della disciplina processuale contrastanti

con il principio di uguaglianza, ove non rispondano a “dati di esperienza generalizzati”; c) la presunzione di adeguatezza, nel caso di specie, sarebbe irragionevole, stante l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata di tipo mafioso; d) l'ordinanza impugnata non avrebbe valutato le deduzioni difensive circa la prospettata insussistenza dei presupposti per l'adozione di misure cautelari.

Con atto successivo, il ricorrente, per mezzo di altro difensore, ha depositato motivi nuovi con i quali, richiamato il contrasto giurisprudenziale in materia e dedotta la necessità di una rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, ha sottolineato il carattere eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. e, dunque, l'impossibilità di farne oggetto di interpretazione estensiva e di applicazione analogica per regolare anche le ipotesi diverse da quella della primigenia applicazione della misura e quindi le vicende successive del regime cautelare.

3. La Seconda Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato in relazione ai criteri tabellari, con ordinanza n. 7586 del 14 febbraio 2012, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, rilevando un contrasto circa resistenza o meno di un automatismo legale in riferimento anche al perdurare della presunzione legale di pericolosità in ordine ai delitti di matrice mafiosa.

Con decreto del 29 febbraio 2012, il Primo Presidente ha disposto la restituzione del procedimento alla Seconda Sezione Penale per una nuova valutazione circa la sussistenza e attualità del denunciato contrasto, alla luce del

ALLA CORTE COSTITUZIONALE...

principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte, n. 27919 del 31/03/2011, secondo cui «anche nel momento della sostituzione della misura cautelare giocano le presunzioni» di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.; «una diversa soluzione, evidentemente, renderebbe del tutto irrazionale il sistema».

In merito a detto decreto presidenziale la difesa del ricorrente ha depositato note, osservando, tra l'altro, che, a suo avviso, la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere potrebbe trovare giustificazione soltanto nei casi di condotte di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso e non anche nei casi di addebiti qualificati dalla circostanza aggravante di cui al citato art. 7: ha chiesto quindi la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

Con ordinanza del 18 aprile 2012, depositata l'11 maggio successivo, la Seconda Sezione Penale, pur dopo il decreto del Primo Presidente di restituzione del procedimento - di cui sopra si è detto - ha nuovamente rimesso il ricorso del [...] alle Sezioni Unite, rilevando che, alla luce della recente giurisprudenza costituzionale sull'art. 275, terzo comma, cod. proc. pen., il momento genetico di applicazione della misura cautelare e le vicende successive del titolo dovrebbero essere autonomamente considerati in riferimento alla ragione che giustifica la deroga alla disciplina ordinaria prevista per i procedimenti di mafia. La massima di esperienza, secondo cui il vincolo di appartenenza a un sodalizio criminoso può essere interrotto soltanto dalla misura cautelare della custodia in carcere, sarebbe altamente persuasiva in riferimento al momento applicativo, non così relativamente al periodo successivo, proprio perché il vincolo associativo sarebbe stato nel frattempo contrastato dall'applicazione della misura. La parificazione dei due momenti ai fini della presunzione legale di adeguatezza non risulterebbe allora giustificata secondo il criterio della ragionevolezza. Peraltro, non sembrerebbe ragionevole l'estensione di questo trattamento derogatorio, dagli addebiti cautelari di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, agli addebiti per qualsivoglia delitto che sia soltanto aggravato dall'uso del metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione di un'associazione mafiosa, secondo la previsione di cui all'art. 7 della legge n. 203 del 1991, perché in tali ultime ipotesi non sarebbe ravvisabile la necessità di recidere un vincolo nemmeno contestato.

4. Con decreto del 14 maggio 2012, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni

Unite, fissando l'odierna udienza per la trattazione in camera di consiglio.

5. In data 3 luglio 2012 sono state depositate ulteriori note difensive da uno dei difensori, con le quali sono state richiamate tutte le precedenti argomentazioni svolte con il ricorso e con i motivi nuovi, ed è stato inoltre evidenziato quanto segue: *a)* con la recente sentenza n. 110 del 2012, la Corte Costituzionale ha sottolineato che le precedenti declaratorie di incostituzionalità concernenti l'art. 275, comma 3, del codice di rito, non possono estendersi alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate e che la lettera della norma impugnata - il cui significato non può essere validato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzio-

nalmente conforme - non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre: in proposito, il difensore ha pertanto richiamato la questione di legittimità costituzionale della normativa di riferimento quale già prospettata con le precedenti note; *b)* la imputazione originariamente elevata a carico del [...] è stata poi derubricata in favoreggiamento personale aggravato dall'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991, con conseguente riconosciuta estraneità del [...] stesso alla compagine associativa mafiosa: vengono quindi riprese le argomentazioni della Corte Costituzionale circa le presunzioni assolute e si osserva che, quanto ai [...], la presunzione di adeguatezza della più grave misura cautelare rimarrebbe collegata all'aggravante ritenuta in sentenza; *c)* nel ritenere giustificato il regime derogatorio In rapporto ai delitti di mafia, la Corte Costituzionale ha in particolare valorizzato l'appartenenza del soggetto ad associazioni mafiose, situazione non riscontrabile nel caso del [...] in conseguenza della derubricazione del reato; *d)* nel corso della vicenda cautelare andrebbe sempre verificata ed assicurata la conformità della misura ai principi di adeguatezza e proporzionalità, potendo il giudice disporre, nel prosieguo, di elementi di valutazione delle esigenze cautelari diversi da quelli presenti al momento dell'applicazione della misura restrittiva: ed in proposito si sostiene che, diversamente opinando, ci si porrebbe in contrasto con i principi affermati dalla Corte Costituzionale nelle numerose sentenze in materia nonché con l'indirizzo di fondo della stessa sentenza A. delle Sezioni Unite. A conclusione delle note quali appena illustrate, il difensore ha ribadito la richiesta principale di accoglimento del ricorso e, in subordine, ha chiesto che venga sollevata questione di legittimità costituzionale della normativa di riferimento - artt. 275, comma 3, e 299, comma 2, cod. proc. pen. - sotto i seguenti profili: 1) nella parte in cui è prevista l'obbligatorietà della custodia in carcere per ogni delitto aggravato dal citato art. 7 ovvero, in più stretta relazione al caso di specie, «commesso al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis cod. pen.»; 2) nella parte in cui non prevede che l'obbligatorietà della misura della custodia in carcere operi soltanto in occasione del provvedimento genetico, e non quando siano invece successivamente acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il tema di indagine e di decisione sul quale le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi consiste nello stabilire «se la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, comma 3, cod. proc. pen. operi solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva o riguardi anche le vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari» (nella concreta fattispecie relativa a reato aggravato ai sensi dell'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. dalla legge 12 luglio 1991, n. 203).

Pertanto, i riferimenti normativi di carattere procedurale sui quali bisogna focalizzare l'attenzione in questa sede sono gli artt. 275, comma 3, e 299, comma 2, cod. proc. pen., disposizione, quest'ultima, in cui risulta espressamente richiamato lo stesso art. 275, comma 3.

2. L'art. 275 cod. proc. pen. indica i criteri cui il giudice deve attenersi per individuare la misura da ritenersi idonea in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto; nel comma 3 dello stesso articolo è però stabilita una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura della custodia in carcere per i delitti ivi elencati, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari»: dunque, per tali delitti, è obbligatoria la più afflittiva delle misure cautelari, purché sussistano esigenze cautelari, a nulla rilevando la natura ed il grado delle stesse.

Il comma 2 dell'art. 299 cod. proc. pen. è così formulato: «Salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose».

In relazione alle due norme citate, è sorto nella giurisprudenza di questa Corte un contrasto interpretativo in ordine alla questione se la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, per i reati indicati nell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., debba trovare applicazione solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva o riguardi anche le vicende successive a tale momento, con conseguente irrilevanza dell'eventuale attenuazione delle esigenze cautelari (a meno che, ovviamente, le stesse non siano venute a mancare del tutto).

3. Il quadro giurisprudenziale che si è delineato sulla questione giuridica controversa può essere sinteticamente illustrato come segue.

3.1. [omissis]

3.2. [omissis]

4. [omissis]

5. Così descritto il quadro giurisprudenziale, ritengono queste Sezioni Unite di dover confermare l'opzione interpretativa privilegiata dalla prevalente giurisprudenza e, già recentemente avallata dalle Sezioni Unite con la citata sentenza A..

A tanto inducono - e fermo restando quanto già argomentato con le sentenze che hanno dato vita all'orientamento maggioritario e con la stessa sentenza delle Sezioni Unite, - le ragioni di ordine letterale, sistematico e logico di seguito indicate.

Una corretta operazione ermeneutica, finalizzata ad individuare la *ratio* sottesa alla norma da interpretate, deve muovere innanzi tutto dal dato letterale.

Orbene, la formulazione delle disposizioni che rilevano ai fini della soluzione della questione *de qua* non sembra possa dare adito a particolari difficoltà interpretative, in considerazione della sua sufficiente chiarezza; ed è noto che, in presenza di un dato testuale sufficientemente chiaro, l'interprete deve attenersi a tale dato, il cui significato va ricostruito senza sovrapposizione di opzioni per le valutazioni politico-criminali discendenti dalla stessa lettera normativa.

Ciò premesso, è agevole argomentare, da una lettura complessiva del testo normativo, che il legislatore ha inteso

per certo attribuire alla presunzione assoluta di cui all'art. 275, comma 3, del codice di rito, il carattere di eccezionalità com'è reso palese dall'elencazione specifica dei reati cui ha voluto ricollegare detta presunzione e dall'espressione «salvo che non siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari». Dunque, in deroga alla regola generale enunciata nel comma 1 dello stesso articolo - secondo cui il giudice, nel disporre le misure, «tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari» - ed in deroga altresì al principio della custodia in carcere quale *extrema ratio*, fissato nell'incipit del comma 3, il legislatore ha ritenuto, per determinati reati, specificamente indicati, di dover stabilire una presunzione assoluta di idoneità della più afflittiva delle misure. Da tanto, consegue che l'interpretazione della disposizione non può che essere quella più rigorosa consentita dall'enunciato letterale, in stretta aderenza alla *ratio* normativa, chiaramente ravvisabile, nel caso in esame, nella necessità di ricercare un giusto temperamento delle opposte esigenze del diritto alla libertà dell'indagato (o imputato) e della tutela della collettività (come evidenziato dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 450 del 1995).

Così individuata la *ratio* della norma, deve ritenersi, quale logica conseguenza, che detta presunzione debba operare non solo nel momento genetico della misura, ma per tutte le vicende successive, in presenza di esigenze cautelari. Conclusione, questa, che risulta poi viepiù rafforzata, come detto, da ragioni di ordine logico e sistematico. Sotto il primo aspetto, è sufficiente osservare che non risponderebbe a criteri di logica - avuto riguardo alla *ratio* della disposizione quale individuata già sulla scorta del dato letterale - imporre, per delitti ritenuti dal legislatore di particolare gravità, l'adozione della custodia cautelare in carcere se poi fosse possibile sostituirla con misura meno afflittiva (così come evidenziato da Sez. 2, n. 11749 del 16/02/2011, Rv. 249686, sopra ricordata). Dal punto di vista sistematico, mette conto sottolineare che: a) nel primo periodo del comma 3 dell'art. 275 cod. proc. pen., con riferimento alla custodia in carcere quale misura da adottare solo ove ogni altra misura risulti inadeguata, è stata usata la formulazione «può essere disposta», mentre con riferimento alla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere, di cui al successivo periodo, il legislatore ha fatto ricorso alla diversa formulazione «è applicata»: orbene, non sembra che tale diversa terminologia sia senza significato, posto che il termine «disposta» consente di individuare certamente proprio il momento genetico, a differenza della parola «applicata» che, infatti, risulta poi usata anche nell'art. 299 cod. proc. pen. dedicato alla «revoca e sostituzione delle misure»; b) nell'art. 299 cod. proc. pen., che, come appena ricordato, pur contiene le disposizioni che disciplinano la revoca e la sostituzione delle misure, vi è, nell'incipit del comma 2, il richiamo alla presunzione di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. quale eccezione alla possibilità di sostituzione della misura in corso nel caso di attenuazione delle esigenze cautelari ovvero quando la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene pos-

ALLA CORTE COSTITUZIONALE...

sa essere irrogata: risulta dunque chiara l'intenzione del legislatore, avuto riguardo alla collocazione dell'eccezione ed alla formulazione della norma, di aver voluto rendere operativa la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere, prevista dal comma 3 dell'art. 275 cod. proc. pen., per i reati ivi elencati, per l'intera durata della vicenda cautelare e non per il solo momento iniziale in cui detta misura viene disposta.

Né tale opzione ermeneutica risulta efficacemente contrastata dall'argomento che, in alcune delle sentenze, espressione dell'indirizzo minoritario, si è ritenuto di poter individuare nel comma 4 dell'art. 299 cod. proc. pen., laddove è previsto che, fermo restando quanto è stabilito nell'art. 276 cod. proc. pen. (provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte), «quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose». Ed inverò, nell'art. 299 cod. proc. pen, accanto alla revoca della misura (comma 1), è prevista anche la sostituzione della misura: in senso meno afflittivo, nel caso di attenuazione delle esigenze cautelari (comma 2) o in senso più severo, e su richiesta del pubblico ministero, nel caso di aggravamento delle esigenze stesse (comma 4). Le disposizioni di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 299 cod. proc. pen. sono dunque simmetriche, e non si rilevano nella formulazione del comma 4 elementi persuasivi a favore dell'orientamento interpretativo minoritario.

La sostituzione di una misura con altra meno afflittiva, nel caso di attenuazione delle esigenze cautelari, così come prevede l'art. 299, comma 2, cod. proc. pen., è chiara espressione della regola generale che comporta una continua verifica, da parte del giudice, circa il permanere delle condizioni che hanno determinato la limitazione della libertà personale e la scelta di una determinata misura cautelare. Orbene, a tale regola - che governa l'aspetto per così dire dinamico della vicenda cautelare, disciplinato nel contesto normativo dell'art. 299 cod. proc. pen. - il legislatore ha inteso porre un'eccezione, attenuando la discrezionalità del giudice, con l'introduzione di criteri legali di valutazione, e così ponendo una presunzione assoluta di adeguatezza della misura della custodia in carcere per determinati reati in quanto ritenuti di particolare pericolosità sociale: presunzione che deve ritenersi operante non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva (art. 275, comma 3, cod. proc. pen.) ma, necessariamente, anche per il prosieguo della vicenda cautelare proprio perché espressamente richiamata nel comma 2 dell'art. 299 cod. proc. pen. («salvo quanto previsto dall'art. 275 comma 3»).

6. Va pertanto enunciato il seguente principio: «La presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, comma 3, cod. proc. pen. opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma anche nelle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari».

7. Risolto il quesito sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite, bisogna ora procedere all'esame della questione di

legittimità costituzionale prospettata dalla difesa dei [...], posto che, alla luce del principio sopra enunciato, secondo la formulazione dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., tale disposizione dovrebbe trovare applicazione anche in relazione ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito dalla legge n. 203 del 1991).

Orbene, ritiene il Collegio che trattasi di questione non manifestamente infondata, avuto riguardo, in particolare, proprio all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in relazione alla portata della presunzione di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., essendo intervenute plurime pronunce di declaratoria di parziale incostituzionalità di tale norma.

La questione si presenta altresì rilevante, in relazione alla concreta fattispecie, in considerazione del fatto che a carico del [...] è stata ritenuta sussistente l'aggravante prevista dal citato art. 7 e tenuto conto dell'espresso richiamo dell'art. 299, comma 2, cod. proc. pen., a tale presunzione, di cui si è prima detto.

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 450 d e l 1995 statuì la compatibilità della presunzione in argomento con i principi costituzionali, rilevando che la scelta del tipo di misura non implica necessariamente l'attribuzione al giudice di un potere di apprezzamento in concreto, perché ben può essere oggetto di una valutazione in termini generali del legislatore, «nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti». Osservò il Giudice delle leggi che ricade nell'ambito della discrezionalità legislativa l'individuazione del punto di equilibrio tra diverse esigenze, e in particolare tra quella della minore possibile restrizione della libertà personale e quella della tutela degli interessi costituzionali presidiati attraverso la previsione degli strumenti cautelari. Muovendo da tali premesse, si ritenne che la predeterminazione in linea generale dell'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, per l'operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare carceraria, rendesse manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato: non può, infatti, dirsi che sia soluzione costituzionalmente obbligata l'affidamento sempre e comunque al giudice della fissazione del punto di equilibrio e contemperamento tra il sacrificio della libertà personale e gli opposti interessi collettivi, anch'essi di rilievo costituzionale.

Anni dopo, ma riprendendo giurisprudenza consolidata, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 139 del 2010, ha ricordato che le «presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali», cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell' *id quod pierumque accidit*. E ciò ha fatto in occasione dello scrutinio di costituzionalità dell'art. 76, comma 4-bis, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), del quale ha decretato l'illegittimità nella parte in cui, stabilendo che per i soggetti già

condannati con sentenza definitiva per i reati indicati nella stessa norma il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non ammette la prova contraria.

Con una pluralità di interventi, la Corte costituzionale ha poi recentemente ridisegnato i confini delle presunzioni in materia cautelare, il cui ambito applicativo era stato ampliato, ben oltre il settore della criminalità mafiosa, dall'intervento normativo sulla sicurezza pubblica, vale a dire dal decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modifiche, con legge n. 38 del 2009.

Con la sentenza n. 265 del 2010 è stata dichiarata la illegittimità dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui ha esteso la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria, senza possibilità di apprezzare in concreto l'adeguatezza di altra e meno afflittiva misura, nei procedimenti per i reati di cui all'art. 609-bis, comma 1, 609-bis e 609-quater cod. pen. Dopo aver ricordato che nel criterio di adeguatezza trova espressione il principio del "minore sacrificio necessario", architrave del sistema cautelare personale, e che il ricorso alla custodia carceraria deve essere residuale - eccezionale, di *extrema ratio* - la Corte ha chiarito come tratto saliente del sistema sia l'assenza di automatismi e presunzioni.

La deroga, costituita dalle presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura carceraria per i delitti di mafia in senso stretto, ha superato il vaglio della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, avendo entrambe le Corti valorizzato le peculiarità di tali delitti, la cui connotazione strutturale astratta, come reati associativi e dunque permanenti, rende ragionevoli le presunzioni, e specificamente quella di adeguatezza della custodia carceraria, misura ritenuta maggiormente idonea per soddisfare l'esigenza di neutralizzazione del *periculum libertatis* «connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione».

La Corte Europea aveva avuto già modo di pronunciarsi esplicitamente in tal senso, osservando che la disciplina derogatoria in esame appariva giustificabile alla luce «della natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», e segnatamente in considerazione del fatto che la carcerazione provvisoria delle persone accusate del delitto in questione «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti» (sentenza 6 novembre 2003, Pantano c. Italia).

La Corte Costituzionale, appunto, con la decisione n. 265 del 2010, ha quindi tratto la conclusione dell'impossibilità di estendere una *ratio* siffatta, calibrata sui delitti di mafia in senso stretto, ad ambiti criminosi per i quali vale una regola di esperienza diversa, ossia che essi possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con misure alternative alla custodia in carcere. Si tratta di delitti che, per quanto odiosi, sono spesso meramente individuali e tali da non postulare esigenze affrontabili rigidamente con la massima misura.

Con argomentazioni del tutto simili, il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 164 del 2011, ha successivamente dichiarato la incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui non consente di apprezzare, nei procedimenti per il delitto di omicidio volontario, l'esistenza di elementi specifici dai quali in concreto risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con misure meno gravose della custodia in carcere. Nonostante la gravità del reato - ha osservato la Corte - il delitto di omicidio non implica e non presuppone necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità, perché può essere, e sovente è, un fatto meramente individuale. Anche in tale circostanza è stato ricordato che entrambe le Corti - e cioè la stessa Corte Costituzionale e la Corte Europea dei diritti dell'uomo - avevano in vario modo valorizzato la specificità dei delitti di mafia.

Sulla scia di questa giurisprudenza è poi intervenuta ancora la Corte costituzionale con sentenza n. 231 del 2011 con la quale è stata dichiarata la illegittimità dell'art. 275, comma 3, del codice di rito, nella parte concernente il riferimento ai procedimenti per il delitto di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990. Anche per tale delitto la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria è stata considerata non rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla struttura stessa e alle connotazioni criminologiche della figura criminosa, pur se essa presuppone uno stabile vincolo di appartenenza ad un sodalizio criminoso. Con tale sentenza è stato precisato che il delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope si concretizza in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine, che non postula necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi economici, benché semplici ed elementari. Detta figura criminosa, ha osservato ancora la Corte Costituzionale, si presta, pertanto, a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto i più diversi ed eterogenei, sì che non è possibile enucleare una regola di esperienza, ricollegabile ragionevolmente a tutte le connotazioni criminologiche del fenomeno, secondo cui la custodia carceraria sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari.

Mette conto sottolineare che il Giudice delle leggi con la precedente sentenza n. 331 del 2010 ha fatto venir meno la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria anche in riferimento ai delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'art. 12, comma 3, d. Igs. n. 286 del 1998.

Infine, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 110 del 2012, è intervenuta ancora una volta con una ulteriore (parziale) declaratoria di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., con specifico riferimento alla fattispecie di cui all'art. 416 cod. pen. realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 dello stesso codice, facendo così venir meno la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per tale reato associativo.

ALLA CORTE COSTITUZIONALE...

Nel riprendere le argomentazioni delle precedenti pronunce, la Corte ha significativamente precisato che le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale non si possono estendere alle altre fattispecie criminose disciplinate dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., e non prese in esame specificamente dalle dichiarazioni di incostituzionalità, perché «la lettera della norma [...], il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme [...], non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre». Ha quindi aggiunto che anche per la fattispecie presa in esame può dirsi che mancano quelle connotazioni normative (forza intimidatrice del vincolo associativo e condizione di assoggettamento ed omertà) proprie dell'associazione di tipo mafioso e in grado di fornire una congrua base statistica alla presunzione assoluta di adeguatezza. Con tale decisione, la stessa Corte ha definito "particolarmente significativa" la propria sentenza n. 231 del 2011 (sopra illustrata), con la quale è stata dichiarata illegittima la presunzione in argomento in riferimento ad una fattispecie associativa (art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990), ed ha evidenziato che nell'occasione è stato in particolare sottolineato che il delitto di associazione di tipo mafioso è «normativamente connotato - di riflesso ad un dato empirico-sociologico - come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti. Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso. Sono tali peculiari connotazioni a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione considerata, rendendo ragionevole la convinzione che, nella generalità dei casi, le esigenze cautelari derivanti dal delitto in questione non possano venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria».

Ai fini dello scrutinio della questione di legittimità costituzionale oggetto della citata sentenza n. 110 del 2012, la Corte Costituzionale ha quindi precisato che le argomentazioni svolte nella sentenza n. 231 del 2011 - come si è visto, diffusamente richiamate - devono ritenersi riferibili anche al delitto di associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 cod. pen. Nell'occasione, la Corte Costituzionale ha altresì significativamente evidenziato - il che appare rilevante ai fini della delibazione della questione di legittimità costituzionale prospettata dalla difesa del [...] - quanto segue: «deve escludersi che l'inserimento dell'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 cod. pen. tra i reati indicati dall'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. sia idoneo a offrire legittimazione costituzionale alla norma in esame: questa Corte ha infatti chiarito che la disciplina stabilita dall'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. risponde a «una logica distinta ed

eccentrica rispetto a quella sottesa alla disposizione sottoposta a scrutinio», trattandosi di una norma «ispirata da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati, ma che non consentono inferenze in materia di esigenze cautelari, tantomeno al fine di omologare quelle relative a tutti i precedenti per i quali quella deroga è stabilita».

8. Le ragioni che, ad avviso di queste Sezioni Unite, sostengono il giudizio di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità in esame, si sostanziano, per una parte, negli argomenti, quali sopra ricordati, che la stessa giurisprudenza costituzionale ha nel tempo utilizzato per eliminare la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per alcuni tipi di reato (con particolare riferimento a quello associativo di cui all'art. 74 del d.P.R. n. 309/90 ed a quello di associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 cod. pen., caratterizzati da un vincolo di appartenenza alla organizzazione malavitosa, dal Giudice delle leggi ritenuto di per sé solo inidoneo a giustificare la presunzione assoluta di adeguatezza della più afflittiva misura cautelare, in assenza delle altre connotazioni specifiche del legame che caratterizza gli appartenenti ad un'associazione di tipo mafioso); per altra parte, nel rilievo che anche i delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto legge n. 152 del 1991 - avendo, o potendo avere, una struttura individualistica - potrebbero, per le loro caratteristiche, non postulare necessariamente esigenze cautelari affrontabili esclusivamente con la custodia in carcere. La circostanza aggravante in esame può accompagnare, invero, la commissione di qualsiasi fattispecie delittuosa; di talché, ove si volesse ricomprendere anche i reati così aggravati nella locuzione "delitti di mafia", cui si fa ripetutamente richiamo nelle decisioni della Corte Costituzionale, si finirebbe con l'assimilare, sotto il profilo del disvalore sociale e giuridico, manifestazioni delittuose del tutto differenti, sia con riferimento alla loro portata criminale sia con riferimento alla pericolosità dell'agente: la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis cod. pen. comporterebbe, infatti, una parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi, invece, senza appartenere ad esse, abbia inteso agevolare le attività delle associazioni stesse. Parificazione che sembrerebbe ingiustificata sulla scorta delle considerazioni svolte dalla stessa Corte Costituzionale laddove la presunzione in argomento è stata ritenuta ragionevole e giustificata, come ricordato, solo in presenza di un legame associativo, peraltro connotato da specifiche caratteristiche, quali la forza intimidatrice del vincolo associativo stesso e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, che non sembrano riscontrabili in una condotta delittuosa pur aggravata ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991; comportamento ovviamente grave e indice di pericolosità ma non necessariamente, ed in ogni caso maggiore, di chi sia - ad esempio - partecipe di un'associazione dedita al traffico di stupefacenti, posto che, giova ripeterlo, in relazione all'aggravante contestata sotto il profilo dell'agevolazione del-

le attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis cod. pen. - situazione corrispondente alla concreta fattispecie, avuto riguardo al reato per il quale è intervenuta sentenza di condanna del [...] - è escluso un vincolo o legame con l'associazione.

9. Oltre alla non manifesta infondatezza, appare ravvisabile - come in precedenza già accennato - anche la rilevanza della questione, posto che l'appello del P.m., avverso l'ordinanza con la quale era stata concessa al [...] la detenzione domiciliare, è stato accolto dal Tribunale (con il provvedimento oggetto del presente ricorso) proprio muovendo dal presupposto che la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per il reato di favoreggiamento personale, in quanto aggravato ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991, deve ritenersi operante non esclusivamente in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva, e riguarda quindi anche le vicende successive che attengono alla permanenza o meno delle esigenze cautelari.

Giova ricordare, infine, che in merito alla circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 sono intervenute anni addietro le Sezioni Unite di questa Corte (Sent. n. 10 del 28/03/2001, Rv. 218377) per risolvere la questione se detta aggravante, contestata per i reati fine, sia applicabile ai partecipi di un'associazione di stampo mafioso. Dopo aver precisato che essa si articola in due diverse forme, (luna a carattere oggettivo, costituita dall'impiego del metodo mafioso nella commissione dei singoli delitti, l'altra di tipo soggettivo, che si sostanzia nella volontà specifica di favorire o facilitare l'attività del gruppo, le Sezioni Unite hanno dato risposta positiva al quesito, escludendo che possa configurarsi un'ipotesi di concorso apparente di norme, e specificamente di reato complesso, sulla base dell'indiscussa autonomia del reato associativo rispetto al reato-fine. Hanno in particolare chiarito che il metodo mafioso di cui all'art. 416-bis cod. pen. e quello di cui alla disposizione che prevede la circostanza aggravante integrano due distinte entità: il primo connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane indipendentemente dalla commissione dei vari reati; il secondo costituisce eventuale caratteristica di un concreto episodio delittuoso, ben potendo accadere, di converso, che un associato ponga in essere una condotta penalmente rilevante, pur costituente reato-fine, senza avvalersi del potere intimidatorio del gruppo. Lo stesso ragionamento hanno poi sviluppato in riferimento alla forma soggettiva della circostanza aggravante in esame: l'associato risponde di un contributo permanente allo scopo sociale, che prescinde dalla commissione dei singoli delitti. Qualora l'associato concorra in essi e la sua condotta sia qualificata dal dolo specifico di agevolare l'attività dell'associazione, tale fatto psicologico si prospetta come ulteriore, e pertanto può essergli addebitato in funzione di aggravamento della pena. Del resto, il reato associativo richiede un effettivo apporto alla causa comune, mentre la previsione aggravatrice è relativa alla semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato, l'attività del gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo, che non coincide con

il perseguimento dei fini sociali in cui si sostanzia il dolo specifico di cui all'art. 416-bis cod. pen.

10. Alla stregua di tutte le argomentazioni sin qui svolte, deve conclusivamente dichiararsi rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis del codice penale (aggravante così contestata nella concreta fattispecie), è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure; non manifesta infondatezza ravvisabile in relazione ai seguenti articoli della Costituzione: art. 3, per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; art. 13, primo comma, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; art. 27, secondo comma, con riferimento all'attribuzione alla coercizione personale di tratti funzionali tipici della pena.

Per completezza argomentativa, appare opportuno sottolineare che analoghe considerazioni ben possono valere anche con riferimento alla forma aggravatrice del c.d. "metodo mafioso" (profilo non contestato al [...]). Ed invero, la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per un reato in tal senso aggravato, comporterebbe una parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi, invece, senza appartenere ad esse, abbia inteso approfittare della condizione di assoggettamento, dalle medesime creato, per portare più efficacemente a compimento il proprio, e specifico, proposito criminoso del tutto estraneo al programma delinquenziale dell'associazione malavitosa.

A norma dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, deve dichiararsi la sospensione del procedimento e deve disporsi l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ferma restando la misura cautelare in atto.

La Cancelleria provvederà alla notifica di copia della presente ordinanza alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei Ministri ed alla comunicazione della stessa ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen. all'art. 7

del decreto-legge n. 152/1991 (convertito dalla legge n. 203/1991), in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost.

Sospende il giudizio in corso e dispone l'immediata tra-

missione degli atti alla Corte costituzionale. Ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

LAURA CAPRARO

Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e legittimità costituzionale: un nuovo controllo

Further constitutional control regarding the obligatory pre-trial custody provided by art. 275.3 cpp

Dopo aver ribadito che la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere fissata dall'art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p. spiega i suoi effetti durante l'intero arco della vicenda cautelare, le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale la questione di legittimità di tale meccanismo presuntivo in relazione ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. 152/1991. Questi ultimi, in effetti, presentano aspetti strutturalmente non riconducibili alla categoria dei c.d. delitti di mafia, così come invariabilmente descritta nelle decisioni del Giudice delle leggi.

The Court of Cassation ("Sezioni Unite") states that the non-rebuttable presumption of dangerousness of the defendant provided by Art. 275.3 CPP is valid even after the time of implementation of the measure and requests a further control regarding the measure's constitutionality.

PREMESSA

In seguito ad una rimessione reiterata, avente ad oggetto la questione dell'ambito temporale di efficacia della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, comma 3 c.p.p., le Sezioni Unite, con l'ordinanza in commento¹, dapprima

chiariscono che tale presunzione non opera solo con riferimento al momento genetico dell'adozione della misura coercitiva, ma anche in sede di sostituzione²; poi dichiarano l'opportunità di un nuovo vaglio di legittimità sulla disposizione in esame, il cui ambito di operatività risulta già significativamente ridi-

¹ Sostanzialmente identica all'altra, n. 34474, depositata il medesimo giorno, sempre riguardante un procedimento relativo ad un delitto aggravato dalla circostanza di cui all'art. 7 d.l. n. 152/1991 e rimessa alle Sezioni Unite dalla VI sezione. Per un breve commento ad entrambe, Cesaris, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare ex art. 275, comma 3, c.p.p.*, <http://www.penalecontemporaneo.it/>

novita legislative e giurisprudenziali/4-/1714-nuovamente al vaglio della corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare ex art. 275 comma 3 c.p.p. presunzione che vale sia nel momento iniziale del trattamento cautelare che durante l'intera fase applicativa/.

² In questo senso la Corte si era già espressa, incidentalmente, con Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, *Dir.pen.proc.*, 2011, 1200, e *Giur.it.*, 2012, 5, con nota di Mantovani.

mensionato dalle pronunce di parziale illegittimità costituzionale di recente intervenute³.

La pronuncia trae origine dal ricorso proposto dalla difesa dell'imputato - condannato in seguito a giudizio abbreviato per il reato di favoreggiamento personale aggravato dalla circostanza di cui all'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n.152⁴ - avverso il provvedimento con il quale Tribunale di Palermo, in funzione di giudice dell'appello cautelare, aveva accolto l'impugnazione proposta dal pubblico ministero nei confronti dell'ordinanza con la quale il Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale aveva sostituito con gli arresti domiciliari la custodia in carcere, disposta in relazione alla originaria imputazione di partecipazione ad una associazione di tipo mafioso; secondo il Tribunale tale sostituzione non avrebbe dovuto essere effettuata, dal momento che, investendo la presunzione accolta nel terzo comma dell'art. 275 c.p.p. anche i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto citato, non poteva trovare applicazione il disposto dell'art. 299, comma 2 c.p.p., che consente al giudice di provvedere ad una sostituzione *in melius* quando il mutamento della situazione fattuale lo consenta.

La questione controversa demandata (una la prima volta⁵) alle Sezioni Unite riguardava dunque la determinazione della efficacia temporale dell'art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p., essendo da chiarire se essa dovesse essere circoscritta esclusivamente al momento c.d. genetico della misura, ovvero fosse da considerarsi valida per tutta la durata della vicenda cautelare.

Il ricorso era stato tuttavia restituito, con l'invito del Primo Presidente⁶ a considerare quanto già incidentalmente stabilito sul punto da una precedente pronuncia⁷, secondo cui le presunzioni *ex art.* 275, comma 3 c.p.p. valgono anche in occasione della sostituzione, e non solo nel momento applicativo della misura cautelare.

Nonostante tale restituzione, veniva emessa una

seconda ordinanza di rimessione⁸, con la quale da un lato si rimarcava l'attualità del contrasto in seguito alle recenti pronunce della Corte costituzionale, alla luce delle quali ad essere privilegiato dovrebbe essere l'orientamento giurisprudenziale minoritario⁹, che ritiene l'obbligatorietà della custodia in carcere *ex art.* 275 comma 3 c.p.p. giustificata con esclusivo riferimento al momento genetico della adozione della misura: «la massima di esperienza, secondo cui il vincolo di appartenenza a un sodalizio criminoso può essere interrotto soltanto dalla misura cautelare della custodia in carcere, sarebbe (infatti) altamente persuasiva in riferimento al momento applicativo, non così relativamente al periodo successivo, proprio perché il vincolo associativo sarebbe stato nel frattempo contrastato dall'applicazione della misura». In quest'ottica impedire al giudice di considerare elementi di valutazione delle esigenze cautelari diversi da quelli disponibili nel momento applicativo primigenio si porrebbe in contrasto con la dovuta osservanza dei principi di adeguatezza e proporzionalità.

Dall'altra, accogliendo la relativa richiesta della difesa¹⁰, si chiedeva di rimettere al Giudice delle leggi il controllo sulla legittimità della applicazione del trattamento derogatorio non solo agli addebiti cautelari di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso ma anche agli addebiti per qualsiasi delitto, purchè aggravato *ex art.* 7 del d.l. 13.5.1991, n. 152 dall'uso del metodo mafioso o dalla finalità di agevolazione di una associazione mafiosa: poichè la sentenza di condanna aveva evidenziato l'assenza di contatti significativi dell'imputato con la criminalità organizzata di quel tipo, l'operatività dell'automatismo legale derivante dalla presunzione accolta nel comma 3°, seconda parte, dell'art. 275 c.p.p. sarebbe infatti risultata priva di fondamento, atteso che - sempre secondo la recente giurisprudenza costituzionale maturata sul punto - la deroga alla di-

³ C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, *Guida dir.*, 2010, 36, 60, con nota di Lorusso; C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, <http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0164s-11.html>; C. cost., sent. 22 luglio 2011, n.231, *Guida dir.*, 2011, 33-34, 52; C. cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, <http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0331s-11.html>; C. cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, <http://www.giurcost.org/decisioni/2012/0110s-12.html>. Per una analisi ricostruttiva di tali interventi manipolativi, Barrocu, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e costituzionale*, *Dir.pen.proc.*, 2012, 224 ss.

⁴ D.l. 13 maggio 1991, n.152, "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa", convertito, con modificazioni, con l. del 12 luglio 1991, n. 203.

⁵ Cass., sez. II, 14 febbraio 2012, n.7586.

⁶ Decreto presidenziale del 29 febbraio 2012.

⁷ Cass., sez.un., 31 marzo 2011, n. 27919, cit.

⁸ Cass., sez. II, 18 aprile 2012, n. 18563, sulla quale Romeo, *Alle Sezioni unite la presunzione di adeguatezza, anche in itinere, della sola custodia in carcere per i delitti di matrice mafiosa*, http://www.penalecontemporaneo.it/area/4-/1714-/1509-alle_sezioni_unite_la_presunzione_di_adequatezza_anche_in_itinere_della_sola_custodia_in_carcere_per_i_delitti_di_matrice_mafiosa/ e Alberico, *L'ambito di operatività della presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ex art. 275, comma 3 c.p.p., al vaglio delle Sezioni Unite*, http://www.penalecontemporaneo.it/area/4-/1714-/1552_1_ambito_di_operativita_della_presunzione_relativa_di_adequatezza_della_custodia_cautelare_in_carcere_ex_art_275_comma_3_c_p_p_al_vaglio_delle_sezioni_unite/.

⁹ Cass., sez. VI, 13 gennaio 1995, n. 54, *Arch.n proc.pen.*, 1995, 463, e *Giur.it.*, 1996, II, 16, con nota di Prestipino; Cass., sez. I, 24 maggio 1996, n. 3592, *CED Cass.*, 205490; Cass., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 25167, *CED Cass.*, 247595; e, da ultimo, Cass., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 4424, *CED Cass.*, 249188.

¹⁰ Nell'altra ordinanza delle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 34474), la questione è stata rimessa alla Corte costituzionale d'ufficio.

disciplina ordinaria può ammettersi soltanto in relazione a condotte di vera e propria appartenenza ad associazioni di tipo mafioso.

Per quanto attiene la questione relativa all'ambito temporale di efficacia della presunzione in parola¹¹, le Sezioni Unite, investite della decisione, hanno operato una ricognizione dei due orientamenti ricostruttivi emersi nella prassi¹², confermando infine, per ragioni di natura sistematica e di ordine logico la soluzione interpretativa accolta dalla prevalente giurisprudenza¹³, secondo la quale «La presunzione di adeguatezza della custodia in carcere ex art. 275, comma 3, c.p.p. opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma anche nelle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari».

Sarebbe infatti illogico - per quelle ipotesi delittuose ritenute dal legislatore di particolare gravità - imporre l'adozione della custodia carceraria e consentirne al contempo la sostituzione; inoltre, argomentano sempre le Sezioni Unite, nell'*incipit* dell'art. 299 c.p.p. è richiamata la presunzione accol-

ta dall'art. 275 comma 3 c.p.p. quale eccezione alla possibilità di sostituire *in melius* la misura applicata in caso di attenuazione delle esigenze cautelari ovvero quando la misura non appaia più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata¹⁴, di modo che la *ratio* sottesa alla previsione appare chiaramente quella di rendere operativa la presunzione ivi accolta per l'intera durata della vicenda cautelare.

L'AMBITO OPERATIVO DELLE PRESUNZIONI E DEI CONSEGUENTI AUTOMATISMI APPLICATIVI EX ART. 275, COMMA 3, C.P.P. NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Il tratto caratteristico della disciplina codicistica in materia cautelare è essenzialmente l'assenza di automatismi e presunzioni¹⁵: il principio fondamentale è quello del costante controllo giurisdizionale sulla esistenza delle condizioni e sulla presenza delle esigenze cautelari, nonché sul loro concreto atteggiarsi, controllo necessario ad assicurare che la misura sia applicata e mantenuta nel rispetto dei presupposti richiesti dalla legge e dei principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio dettati dagli artt. 273, 274 e 275 c.p.p.¹⁶

In quest'ottica, il disposto della seconda parte dell'art. 275, comma 3, c.p.p.¹⁷ rappresenta una vi-

¹¹ L'art. 273 comma 3, seconda parte, c.p.p., come è noto, prevede che in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati elencati nella norma medesima, il giudice è tenuto ad applicare la più afflittiva tra le misure coercitive, vale a dire la custodia in carcere, a prescindere dal concreto atteggiarsi delle esigenze cautelari e soprattutto a prescindere dal principio guida espresso nella prima parte della norma, che sancisce il criterio della gradualità nella scelta della misura, in forza del quale la custodia «può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata»; unico sbarramento a tale inversione delle regole ordinarie è rappresentato dalla eventualità (della cui prova deve evidentemente farsi carico la parte interessata), che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non vi sono esigenze cautelari. L'art. 299, comma 2, c.p.p., poi, attribuisce al giudice la facoltà di sostituire la misura applicata con altra meno grave (o modalità meno gravose) quando le esigenze cautelari risultino attenuate ovvero non sia più ravvisabile la proporzione necessaria tra prima e l'entità del fatto o la sanzione che si ritiene possa essere irrogata; nel prevedere ciò, tuttavia, la medesima disposizione esclude tale facoltà proprio in relazione alle ipotesi derogatorie contemplate dall'art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p.

¹² Per i quali cfr. note 9 e 13.

¹³ Cass., sez. I, 7 luglio 1992, n. 3274, *CED Cass.*, 191558; Cass., sez. I, 4 marzo 1993, n. 931, *Mass.Cass.pen.*, 1993, 8, 103; Cass., sez. V, 12 maggio 1993, n. 1753, *Mass.Cass.pen.*, 1994, 1, 45; Cass., sez. III, 3 agosto 1999, n. 2711, *Cass.pen.*, 2001, 2138; Cass., sez. V, 7 maggio 2004, n.24924, *Riv.pen.*, 2005, 1403; Cass., sez., VI, 26 gennaio 2005, n. 9249, *Riv.pen.*, 2006, 243; Cass., sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 20447, *Arch.n.proc.pen.*, 2006, 336; Cass., sez. II, 13 marzo 2008, n. 16615, *CED Cass.*; Cass., sez. V, 8 giugno 2010, n. 27146, *CED Cass.*, 248034; Cass., sez. VI, 9 luglio 2010, n. 32222, *Dir.pen.proc.*, 2010, 1301; Cass., sez. V, 18 maggio 2010, n. 34003, *CED Cass.*, 248410; Cass., sez. II, 16 febbraio 2011, n. 11749, *CED Cass.*, 249686; Cass., sez. V, 22 giugno 2011, n.35190, *CED Cass.*, 2512201. Anche una recente decisione delle medesime Sezioni Unite, che si è già avuto modo di menzionare (Cass., sez.un., 31 marzo 2011, n. 27919, cit.), ha peraltro avallato l'opzione esegetica maggioritaria, precisando che «Anche nel momento della sostituzione della misura cautelare giocano le presunzioni (che valgono nel) momento genetico della misura cautelare: una diversa soluzione, evidentemente, renderebbe del tutto irrazionale il sistema».

¹⁴ Art. 299, comma 2, c.p.p. «Salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose».

¹⁵ Su tale aspetto ha insistito la Consulta, soprattutto con la sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit.; Spangher, sub art. 272, *Giarda-Spangher, Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 2037.

¹⁶ Amato, sub art. 275, Amodio - Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 40; Rombi, sub artt. 273, 274, 275, *Giarda - Spangher, Codice di procedura penale commentato*, cit., 2041-2136; Guadalupi, *La scelta della misure cautelari e le modifiche legislative all'art. 275 c.p.p.: il principio "tempus regit actum" e la successione di leggi nel tempo*, Corso - Insolera - Stortoni (coordin. da), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, II, 849.

¹⁷ Nella formulazione originaria del comma terzo figurava la sola disposizione: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata»; l'art. 5 del d.l. 152/1991 introdusse il seguente periodo: «Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, a quelli, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni ovvero ai delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, mes-

stosa deroga, che, come emerge chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale inaugurata con l'ordinanza n. 450 del 1995, in tanto può essere ammessa in quanto si riferisca ad una particolare area di criminalità: quella organizzata di matrice mafiosa. Da tale punto di vista le pronunce di parziale illegittimità costituzionale che hanno interessato l'art. 275, comma 3 c.p.p.¹⁸ non hanno fatto altro che riconfermare la scelta operata dal legislatore nel 1995¹⁹, quando l'ambito di applicazione della disciplina derogatoria²⁰ venne limitato ai soli "delitti di mafia"²¹.

La disposizione così riformulata aveva d'altra parte superato il controllo di costituzionalità, in considerazione del fatto che «il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva» connaturato a quel tipo di delitti è tale da rendere «manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa»²².

sa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110, ovvero ai delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure».

¹⁸ Cfr. nota 3.

¹⁹ Legge 8 agosto 1995, n. 332, "Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione, di misure cautelari e di diritto di difesa", il cui art. 5 modificò il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. nel modo seguente: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

²⁰ Era stato il d.l. 9 settembre 1991, n. 292 (art. 1) ad escludere che potessero essere applicate misure diverse dalla custodia cautelare nei procedimenti per i delitti indicati nell'art. 275, comma 3, c.p.p., come modificato dal d.l. 152/1991; Di Chiara, *Il carcere come extrema ratio: emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recenti polemiche*, *Foro it.*, 1992, II, 1; per la descrizione delle tappe evolutive della disposizione, Manzione, *Una normativa «d'emergenza» per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa* (D.l. n. 152/1991 e l. n. 203/1991): uno sguardo d'insieme, *Legisl. pen.*, 1992, p. 849 ss.

²¹ Caselli - Ingroia, *Gli effetti della l.8 agosto 1995, n. 332*, Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 348; Zappalà, *Commento agli artt. 4 e 5, Aa.Vv., Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 91.

²² Corte c., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, *Cass.pen.*, 1996, 2835,

Nonostante tale inequivocabile indicazione, nel 2009 il legislatore, sull'onda del clamore e dell'allarme destato da taluni odiosi fatti di cronaca, con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11²³, ha nuovamente arricchito il catalogo dei delitti per i quali è applicato il meccanismo presuntivo dell'art. 275, comma 3, c.p.p., estendendolo ad una molteplicità eterogenea di ipotesi criminose, protettive di beni giuridici diversi e con diverso trattamento sanzionatorio²⁴.

In questo rinnovato panorama normativo si inseriscono i plurimi interventi del Giudice delle leggi²⁵, che ha provveduto a ristabilire la linea guida tracciata nel 1995: tutte le pronunce affermano infatti, invariabilmente, che la disciplina derogatoria prevista dal terzo comma dell'art. 275 c.p.p., integrando un vero e proprio "regime cautelare speciale", deve essere circoscritta ai soli procedimenti per delitti di mafia, dal momento che solo per essi è possibile enucleare la massima di esperienza secondo cui la custodia cautelare in carcere è la misura più

con nota di Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 2 c.p.p.*, con la quale era stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella formulazione allora vigente ("La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari"), in relazione agli artt. 3, 13, comma 1, e 27, comma 2, Cost.

²³ D.l. 23 febbraio 2009 "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", convertito, con modificazioni, con l. 23 aprile 2009, n. 38, sulla quale, in generale, Mazza-Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009.

²⁴ L'art. 2 del d.l. in oggetto ha disposto che: (...) all'articolo 275, comma 3, le parole: «all'articolo 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo» sono sostituite dalle seguenti: «all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies, 609-bis, escluso il caso previsto dal terzo comma, 609-quater e 609-octies del codice penale»; su tale intervento novellistico, Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, *Dir. pen.proc.*, 2010, 229; Marandola, *Profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, *dir.pen.proc.*, 2009, 947.

²⁵ C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit.; C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, cit.; C. cost., sent. 22 luglio 2011, n.231, cit.; C. cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, cit.; C. cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., con le quali - come si è visto - la norma è stata in definitiva riscritta, «semplicemente sostituendo alla presunzione assoluta di adeguatezza una presunzione soltanto relativa»; così, Illuminati, *Carcere e custodia cautelare*, *Cass.pen.*, 2012, 2377.

idonea a soddisfare le esigenze cautelari collegate alla necessità di neutralizzare il verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione; è la particolare configurazione normativo- strutturale di tali fattispecie, che rispecchia la connotazione empirica dei fenomeni criminosi cui sono riferite, insomma, a conferire una "congrua base statistica" alla presunzione stabilita dal legislatore, non ravvisabile con riguardo ad ipotesi di reato estranee a tale ambito.

Dunque, la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per gli imputati dei delitti interessati dalle pronunce menzionate è divenuta relativa, nel senso che tale misura è applicata, «salvo che siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali non risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Anche la Corte di Strasburgo, avallando la ricostruzione della Consulta, ha ritenuto la disciplina giustificata in ragione della «natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», in rapporto al quale la carcerazione provvisoria è la più idonea a «tagliare i legami esistenti (con) ... (l') ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che (tali persone) mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano nel frattempo commettere delitti»²⁶.

IL DUBBIO DELLE SEZIONI UNITE SULLA RICONDUCEBILITÀ ALL'AREA DEI "DELITTI DI MAFIA" DEI DELITTI AGGRAVATI DALL'ART. 7 L. 203/1991

Sulla scorta della giurisprudenza costituzionale sopra descritta, le Sezioni Unite, con l'ordinanza in commento, ritengono che possano essere ravvisati ulteriori aspetti di illegittimità costituzionale dell'art. 275 c.p.p., nella parte in cui, nel prevedere al comma 3, seconda parte (attraverso il rinvio ivi contenuto all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.²⁷), l'appli-

cazione obbligatoria della custodia cautelare in carcere - salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - per il caso in cui sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. 152/91 nella forma della c.d. agevolazione mafiosa, non fa salva, altresì l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

In effetti, dall'esame delle pronunce costituzionali in materia emerge - sin dall'ordinanza n. 450²⁸ - che quando la Corte parla di "delitti di mafia in senso stretto" intende fare riferimento ai "reati associativi di stampo mafioso ovvero ai reati collegati al contesto della criminalità mafiosa", alla quale ultima categoria sostanzialmente si riconducono i reati aggravati ai sensi dell'art. 7 d.l. 152/1991. Altrettanto chiaramente, tuttavia, risalta che l'impianto argomentativo volto a giustificare il regime derogatorio previsto in relazione a tali reati ruota costantemente intorno alla loro specifica struttura normativa, nel senso che essi - si afferma - si presentano dal punto di vista strutturale come fattispecie associative, nelle quali il vincolo si atteggia quale adesione permanente ad un sodalizio criminoso fortemente radicato sul territorio e dotato di una particolare forza intimidatrice.

Ebbene, in questa cornice, mal si collocano i delitti commessi con il metodo mafioso o al fine di agevolare le associazioni di quel tipo: non solo i delitti cui l'aggravante in parola può accedere non sono necessariamente fattispecie associative, ma, anche quando ciò accada, non si richiede, ai fini della configurabilità dell'aggravante, la sussistenza del vincolo associativo (metodo) ovvero la produzione in concreto di effetti favorevoli all'associazione medesima (agevolazione): come è stato chiarito dalla prassi, infatti, non è necessario, sul versante del "metodo" che sia stata «dimostrata o contestata l'esistenza di un'associazione per delinquere, essendo sufficiente che la violenza o la minaccia assumano veste tipicamente mafiosa»²⁹, così come la "finalità agevolatrice" «può qualificare anche la condotta di chi, senza essere organicamente inserito in un'associazione mafiosa, offra un contributo al perseguimento dei suoi fini, a condizione che tale comportamento risulti assistito, sulla base di idonei dati indiziari o sintomatici, da una cosciente ed univoca finalizzazione agevolatrice».

²⁶ Corte e.d.u., sent. 6 novembre 2003, P. v. Italia.

²⁷ Singolare che nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. non vi sia alcun riferimento esplicito alla natura aggravata: pur essendo fedelmente riprodotto il contenuto descrittivo della fattispecie aggravata delineata dall'art. 7 d.l. 152/1991, non risulta alcun diretto riferimento al dato normativo. Secondo De Vero (*La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 71 ss.) ciò trova la sua ragion d'essere nella autonomia della fattispecie processuale rispetto a quella sostanziale: in quest'ottica il rinvio dell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. ai "delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste (dall') art. 416 *bis* (c.p.) ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo" deve essere inteso nel senso che non investe la "qualificazione aggravante", ma il "sostrato di fatto" di tale qualificazione.

²⁸ Con la quale venne dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità del terzo comma dell'art. 275 c.p.p. proprio in relazione ai delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni di tipo mafioso.

²⁹ Cass., sez. I, 4 novembre 2011, n. 5881, CED Cass., 251830.

ce del sodalizio criminoso»³⁰, indipendentemente dal raggiungimento del risultato.

Senza considerare, peraltro, che la stessa struttura associativa delle fattispecie non è stata ritenuta sufficiente ad evitare la declaratoria di incostituzionalità quando l'associazione criminosa della quale si delibava non apparteneva all'area di quelle caratterizzate dal fatto di essere di stampo mafioso. Si tratta delle decisioni – sulle quali soprattutto le Sezioni Unite con il provvedimento in esame fanno perno – che si sono occupate del delitto di associazione finalizzato al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.P.R. 309/1990) e dell'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474³¹, entrambi ricompresi nel catalogo contenuto nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., cui rinvia il comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

In entrambi i casi, secondo la Corte, pur trattandosi di gravi fenomeni criminali riconducibili a fattispecie pluripersonali, difettano le caratteristiche decisive per la legittimità della custodia obbligatoria: la particolare specificità del patto, che esprime una particolare forza di intimidazione (anche interna) e condizioni di assoggettamento e omertà; la rigida organizzazione gerarchica; il forte radicamento territoriale; la fitta rete di collegamenti.

Sia nel caso dell'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, che in quello della associazione per delinquere finalizzato alla commissione dei reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p., le fattispecie normative descrivono soltanto lo scopo della associazione e non specifiche caratteristiche, di modo che esse sono idonee a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto anche molto eterogenei: per tali ragioni non è possibile – secondo la Consulta – formulare una regola di esperienza secondo la quale la custodia carceraria sarebbe l'unica misura adatta a soddisfare le esigenze cautelari; in molti casi, verosimilmente, queste ultime potrebbero essere infatti fronteggiate con misure diverse e meno afflittive, ugualmente idonee ad assicurare la separazione della persona dal contesto delinquenziale e dunque la reiterazione del reato.

In un quadro così delineato, dunque, emergerebbero secondo le Sezioni Unite profili di incompatibilità della disposizione in oggetto (art. 275, comma 3, c.p.p.) in relazione all'art. 7 del d.l. 152/1991 (nella forma della "agevolazione mafiosa")³² con gli artt. 3,

13, comma 1 e 27, comma 2 della Costituzione. L'art. 3 Cost. verrebbe in considerazione «per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 a quelli concernenti i delitti di mafia, nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi considerati; (l') art. 13, primo comma, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; (l') art. 27, secondo comma, con riferimento all'attribuzione alla coercizione personale di tratti funzionali tipici della pena».

Per concludere, se si ritiene, sulla base dell'orientamento costituzionale emerso, che il meccanismo presuntivo alla base della custodia in carcere *ex art.* 275, comma 3, c.p.p. è legittimo nella misura in cui si riferisca ad addebiti cautelari che si sostanzino in condotte di appartenenza alla compagine associativa di tipo mafioso, allora dovrebbero escludersi dall'ambito operativo di tale norma i delitti aggravati dal metodo mafioso o dalla agevolazione mafiosa: poiché la circostanza in esame può unirsi a qualsiasi fattispecie di reato (potrebbe anche trattarsi, ad esempio, di fattispecie a struttura individualistica), tali delitti potrebbero, proprio per le loro caratteristiche concrete, non postulare necessariamente il ricorso alla custodia in carcere.

Alla luce di ciò, sarebbe dunque ragionevole attendersi una ulteriore declaratoria di parziale illegittimità costituzionale. Declaratoria che nel 1995, come si è visto³³, non intervenne, con tutta probabilità in considerazione del fatto che all'epoca, «la base applicativa della norma era ridotta al minimo storico»³⁴, restando in sostanza circoscritta alla sola area della criminalità mafiosa.

D'altra parte, tuttavia, è innegabile che la circostanza in parola, finisce per "colorare" la condotta alla quale accede, trascinandola nell'orbita dei "delitti di mafia"; l'ampiezza della previsione e il deficit sul piano della determinatezza della fattispecie, che molti dubbi infatti avevano sollevato in dottrina fin dalla sua introduzione³⁵, lasciano intendere quale

nifesta infondatezza e rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata nel procedimento *a quo* alla diversa modalità, c.d. oggettiva, del ricorso al "metodo mafioso" prevista dallo stesso art. 7 d.l. 152/1991.

³³ Cfr. nota 22.

³⁴ Leo, Commento a Corte c., 22 luglio, n. 231, cit., http://www.penalecontemporaneo.it/area/4-/1714-/810-corte_cost_22_luglio_2011_n_231_pres_maddalena_rel_frigio_presunzione_di_adequatezza_esclusiva_della_custodia_cautelare_in_carcere_nei_procedimenti_concernenti_il_delitto_diAssociazione_finalizzata_al_narcotraffico/.

³⁵ De Vero, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di age-*

³⁰ Cass., sez. VI, 13 novembre 2008, n. 2696, *CED Cass.*, 242686.

³¹ Rispettivamente C.cost., sent. 19 luglio 2011, n. 231, cit. e C.cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit.

³² Le Sezioni Unite estendono peraltro il giudizio di non ma-

ALLA CORTE COSTITUZIONALE...

sia la *ratio* sottesa alla scelta del legislatore: attrarre in tale ambito ogni condotta penalmente rilevante caratterizzata dal ricorso alla forza di intimidazione tipicamente mafiosa o dal fine perseguito di favorire le associazioni di quel tipo. Forse il dilemma potrebbe allora porsi tra una categoria di delitti di mafia "in senso stretto" ovvero "in senso lato", se già di per sé parlare di "delitti di mafia" non lasciasse residuare qualche perplessità sotto il profilo della tipicità e della determinatezza, potenzialmente foriere, quando non pienamente soddisfatte, di pericolose distorsioni applicative³⁶.

CUSTODIA IN CARCERE E GARANZIE COSTITUZIONALI: UN DIFFICILE EQUILIBRIO

L'esercizio del potere cautelare si caratterizza per il fatto di estrinsecarsi in provvedimenti che limitano in vario modo le libertà della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato durante il procedimento, o comunque prima del giudizio definitivo relativo alla sua responsabilità. In ragione di ciò, tali misure, e soprattutto la custodia carceraria, quale misura massimamente afflittiva tra quelle coercitive, possono essere disposte esclusivamente entro i confini segnati dal rispetto del principio di stretta legalità, e cioè a dire nei casi tassativi previsti dalla legge, oltre che per mezzo di un atto motivato dell'autorità giudiziaria (art. 13, comma 1, Cost.)³⁷.

Dall'art. 27, comma 2, Cost., peraltro, che accoglie la presunzione di non colpevolezza³⁸, discende il divieto di attribuire alla custodia in carcere connotazioni analoghe a quelle ricollegabili alla pena: seppure a quest'ultima corrispondente sul piano del contenuto afflittivo, infatti, l'applicazione della misura deve restare saldamente agganciata ad uno scopo specifico, diverso da quello derivante da un giudizio di colpevolezza, in modo da evitare che essa si risolva in una anticipazione della pena.

volazione mafiosi, cit., 42 ss. Sul rischio che l'aggravante, nella forma della "agevolazione mafiosa", possa sfumare nella semplice «contestualità geografica e ambientale», Insolera, *Diritto penale e criminalità organizzata*, 1996, 127.

³⁶ Padovani - Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2002, 87 ss.

³⁷ De Caro, *Misure cautelari personali - Presupposti e criteri applicativi*, Spangher, *Trattato di procedura penale* (2, II, *Le misure cautelari*, a cura di Scalfati), Torino, 2008, 5 ss.

³⁸ Grevi, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in Id., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000; Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, *Enc.giur.*, Roma, XXIV, 1991, 3; Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009.

In questo quadro, la disciplina eccezionale prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p. appare assai problematica³⁹. In forza di essa, quando il giudice accerti l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ad uno dei delitti elencati nella norma, non solo può ritenere sussistenti - in base ad una presunzione relativa (a meno che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari) - anche le esigenze cautelari, ma può/deve applicare la custodia carceraria (presunzione assoluta di adeguatezza), senza motivare l'ordinanza come di regola richiede l'art. 292, comma 2, lettera c-bis, c.p.p. e senza osservare il principio del "minor sacrificio" (art. 275, comma 3, prima parte, c.p.p.), secondo il quale la custodia in carcere deve essere disposta soltanto quando le esigenze cautelari da fronteggiare in concreto non possano essere soddisfatte con nessuna altra misura⁴⁰.

È vero che la disciplina in oggetto non si risolve in una violazione della regola generale in materia cautelare secondo la quale deve esservi una costante verifica, da parte dell'organo giurisdizionale, circa la permanenza delle condizioni che hanno legittimato il sacrificio della libertà personale e la scelta di una determinata misura: la discrezionalità del giudice, infatti, può essere limitata mediante l'introduzione di criteri legali di valutazione.

Ma ciò soltanto quando sia necessario far fronte alla "particolare pericolosità sociale" espressa da determinati reati. Secondo l'orientamento sin qui espresso dalla Corte costituzionale, la ragione del temperamento operato nel terzo comma dell'art. 275 c.p.p. dal legislatore sta nell'esigenza di bilanciare la tutela del diritto alla libertà del soggetto con la tutela della collettività, minacciata dai reati riconducibili all'area della criminalità di stampo mafioso. Minaccia difficilmente ravvisabile, quando a venire in considerazione siano delitti che non appartengano a tale area.

³⁹ Illuminati, *Carcere e custodia cautelare*, cit., 2370 ss.

⁴⁰ Chiavario, *Una "Carta di libertà" espressione di un impegno civile: con qualche squalcitra (e qualche...patinatura di troppo)*, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, 1990, 8 ss.

ALBERTO ZIROLDI

Giudizio abbreviato e indagini difensive: il contraddittorio imperfetto

“Giudizio abbreviato” and Defensive Investigation: the different positions of Defence and Prosecution

Dopo aver passato in rassegna gli orientamenti della Corte costituzionale sul rapporto tra indagini difensive ‘a sorpresa’ e giudizio abbreviato, sotto il particolare profilo della disparità di posizioni tra la difesa e accusa, si esaminano le problematiche operative irrisolte e le interpretazioni correttive elaborate, deducendo che - anche ai fini della maggior salvaguardia del valore probatorio delle indagini della difesa - è inevitabile un nuovo intervento del giudice delle leggi.

In the perspective of the relationship between “giudizio abbreviato” and Defensive Investigation made by surprise, as it results from the Supreme Court jurisprudence, the Author considers the unsolved questions and the solutions suggested, regarding the different position of Defence and Prosecution, coming to the conclusion that a new decision of the Supreme Court will be unavoidable.

IL PROBLEMA

Accanto alle due forme attraverso le quali può aver luogo la scelta dell'imputato di essere giudicato sulla base degli atti di indagine - il giudizio abbreviato «semplice» e quello condizionato (art. 438 comma 5 c.p.p.) - la prassi ha finito per introdurre un terzo, frutto sincretistico della nuova formulazione del meccanismo dell'accesso al rito nella forma incondizionata - che forma oggetto di diritto potestativo - e della possibilità riconosciuta all'imputato di presentare al giudice il proprio fascicolo delle indagini raccolte nella prospettiva finalisticamente selettiva dell'art. 327-bis c.p.p.

La sequenza procedimentale è in sé piuttosto semplice: all'udienza preliminare il difensore produce ex art. 391-octies c.p.p. il proprio fascicolo delle indagini difensive e, contestualmente, o in stretta successione

temporale, formula richiesta di giudizio abbreviato. Il giudice, ove la stessa risponda ai requisiti di legge, è tenuto ad ammettere l'accesso al rito.

Sin da subito il meccanismo in sintesi descritto è parso contenere in sé il segno di un'alterazione della simmetria delle parti voluta dalla Carta fondamentale (art. 111 comma 2 Cost.): dato per acquisito il valore euristico del materiale prodotto dalla difesa in termini ontologicamente equiordinati a quello degli atti di indagine preliminare, il risultato di più immediata evidenza veniva ad identificarsi nella privazione in capo al pubblico ministero della facoltà di articolare la prova contraria, in una situazione processuale affatto simile a quella prevista, con ben altri esiti, dall'art. 438 comma 5 c.p.p.¹

¹ Mannucci, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, Cass.pen, 2002, 2952.

GIUDIZIO ABBREVIATO E INDAGINI DIFENSIVE

All'interno di più vasti scenari, non era poi mancato l'autorevole richiamo di chi invitava a valutare con attenzione la deroga incisiva al rapporto paritetico tra le parti in ordine alla formazione della prova che sarebbe venuta a crearsi per effetto dell'«auto-promozione probatoria» dei propri atti di investigazione difensiva unilateralmente introdotti nel giudizio per la decisione da parte dell'imputato².

RITO ABBREVIATO ED INDAGINI DIFENSIVE «A SORPRESA» DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Su questi temi veniva invocato l'intervento del giudice delle leggi.

Dapprima si ebbe a dubitare della costituzionalità dell'art. 438 comma 5 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, nel caso di deposito delle indagini difensive seguito da richiesta di giudizio abbreviato non condizionato, fosse consentito al pubblico ministero l'esercizio della prova contraria, così come previsto per il caso di giudizio abbreviato condizionato. Diversamente, l'autorità procedente si sarebbe trovata di fronte ad una sequenza caratterizzata dalla formazione unilaterale dell'elemento di prova, dalla sua unilaterale introduzione nel giudizio e dalla contestuale prestazione di un consenso ad essere giudicato anche sulla base di atti completamente sottratti alla verifica critica della parte pubblica.

Alla questione la Corte rispondeva³ dichiarandone la manifesta inammissibilità.

La Corte non è sembrata, per la verità, disconoscere *in parte qua* l'esistenza di uno squilibrio tra la posizione dell'accusa e quella della difesa. Ha negato, tuttavia, che la rettifica di tale asimmetria dovesse necessariamente passare attraverso una declaratoria di incostituzionalità, e non, invece, fondarsi su una interpretazione del sistema normativo vigente costituzionalmente orientata.

Al fondo della questione, la retta interpretazione del principio di «continuità investigativa» e dell'esercizio dei poteri di iniziativa officiosa ex art. 441 comma 5 c.p.p.. La questione sollevata – obiettava la Corte – trascurava di considerare che nel nuovo giudizio abbreviato riformato il potere di integrazione probatoria è configurato come strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, con la conseguenza che al giudice si imporrebbe l'esercizio di tale potere proprio per

assicurare il rispetto di quei valori, in funzione di riequilibrio del sistema.

Sotto altro, ma convergente profilo, la Corte richiamando il proprio precedente⁴, osservava che a ciascuna delle parti va comunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove adotte «a sorpresa» dalla controparte, in modo da «contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio», anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto «alle singole, concrete fattispecie».

Nonostante la chiara - ma, come si vedrà, discutibile - indicazione del percorso costituzionalmente obbligato, per di più recepito dalla giurisprudenza di legittimità⁵, la questione era tutt'altro che chiusa.

Dopo una pronuncia interlocutoria⁶ nella quale la inammissibilità della questione discendeva dalla formulazione di un quesito ancipite, il tema veniva riproposto questa volta sotto una diversa, più dirompente prospettiva.

Difatti, se la questione di partenza originava dall'asimmetria della posizione processuale del pubblico ministero, che si chiedeva di riequilibrare ammettendolo alla prova contraria sul materiale difensivo introdotto «a sorpresa», in questo caso a venire in gioco era la stessa declinazione costituzionale del contraddittorio inteso - come noto - secondo una duplicità di accenti, ora in funzione prettamente epistemologica, come metodo di accertamento dei fatti, ora invece, come oggetto di garanzia disponibile da parte dell'imputato⁷.

⁴ C. cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 16, *Giur. cost.* 1994, 120.

⁵ Cass., sez. VI, 31 marzo 2008, n. 31683, *Cass. pen.*, 2010, 242, che richiamando il *leading case* costituito dalla sentenza n. 245 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 442 comma 1-bis c.p.p. nella parte in cui consente l'utilizzabilità, ai fini della decisione nel giudizio abbreviato, delle indagini difensive introdotte senza consenso del pubblico ministero, proprio perché - ferma restando l'utilizzabilità dell'apporto investigativo - all'organo dell'accusa deve intendersi assicurato, a garanzia del contraddittorio, il diritto di ottenere il differimento dell'udienza al fine di poter efficacemente svolgere indagini dirette a contrastare l'efficacia euristica del materiale introdotto dalla difesa.

⁶ C. cost., ord. 19 febbraio 2007 n. 62. La Corte aveva buon gioco nel dichiarare la manifesta inammissibilità in quanto il *petitum*, involgente il combinato disposto degli artt. 438 e 442 comma 1-bis c.p.p., era formulato che censurando dette norme nella parte in cui vieti al difensore di depositare il fascicolo delle investigazioni difensive e chiedere contestualmente il giudizio abbreviato; ovvero che consenta al giudice, nel caso di richiesta del rito alternativo, di dichiarare inutilizzabili gli atti contenuti nel fascicolo del difensore; ovvero, ancora, che permetta al pubblico ministero, nell'ipotesi considerata, di chiedere l'ammissione della prova contraria.

⁷ Tale polarizzazione si riflette in dottrina con il riferimento alle «due anime» del contraddittorio, oggettiva e soggettiva (cfr C.Conti, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art.111 Cost.*, *Dir. pen. proc.*, 2000, 197, Tonini, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, *Dir. pen. proc.*, 2000, 1388. In realtà, si

² Giostra, *Prova e contraddittorio. Nota in merito ad una garbata polemica*, *Cass. pen.*, 2002, 3290.

³ C. cost., sent. 24 giugno 2005 n. 245, *Cass. pen.* 2006, 435 con nota di Varraso; *Giur. cost.*, 2005, 3382, con nota di Zacchè.

Difatti, la censura si appuntava sul perimetro cognitivo del giudice, poiché veniva dedotta la illegittimità costituzionale dell'art. 442 comma 1-bis c.p.p. laddove prevede l'utilizzabilità per la decisione sul giudizio abbreviato del materiale unilateralmente raccolto dal difensore in assenza di situazioni riconducibili alla deroga al contraddittorio previste dall'art. 111 comma 4 Cost. Detto altrimenti, si osservava da parte del remittente che la produzione in giudizio in vista del giudizio abbreviato degli atti di indagine difensiva avrebbe finito per sottrarre tale materiale al principio del contraddittorio assecondando una irrazionale concezione del consenso dell'imputato, che si oggettiverebbe su atti dallo stesso prodotti, anziché dalla parte avversa.

Nell'occasione la Corte rispondeva con una pronuncia di infondatezza⁸.

Diverso, ovviamente, il percorso argomentativo. Dopo aver premesso che la dimensione oggettiva del contraddittorio non può non saldarsi intimamente a quella di garanzia per l'imputato, di cui costituisce un aspetto, la Corte osservava che la lettura dell'art. 111 comma 5 più aderente allo spirito della Carta fondamentale e delle convenzioni internazionali, rendeva evidente che «il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente uno strumento di salvaguardia del rispetto delle prerogative dell'imputato», esaltandone quindi la natura dispositiva.

In questa prospettiva, il principio della parità delle armi, sancito dall'art. 111 comma 2, non avrebbe dovuto leggersi come vincolo costituzionale diretto a riconoscere una perfetta simmetria tra le parti ma, al contrario, interpretarsi in funzione di garanzia del riequilibrio di posizioni ontologicamente asimmetriche (quella dell'indagato che subisce l'iniziativa del pubblico ministero e quella di quest'ultimo). Di conseguenza, nessuna compromissione del principio avrebbe potuto consumarsi per effetto del riconoscimento nel giudizio abbreviato - che vede la rinuncia dell'imputato alla fase più garantita del

contraddittorio - del valore di prova alle indagini unilateralmente assunte, indipendentemente dal consenso del pubblico ministero.

A testimonianza che si tratta di materia incandescente, la questione del rapporto tra giudizio abbreviato e indagini difensive torna dopo un biennio allo scrutinio del giudice delle leggi. Nella circostanza la prospettiva si muove ancora nel solco tracciato dalla questione decisa con la sentenza n. 245, arricchito dell'ulteriore profilo relativo alla censura dell'assenza di un termine processuale per il deposito delle indagini difensive ex art. 391-octies c.p.p.

Anche in questo caso la Corte aveva buon gioco nel liquidare la questione sul piano della inammissibilità per difetto di rilevanza⁹; eppure, proprio perché chiamata ad intervenire sulla sequenza a volte eccessivamente fluida ed indistinta degli apporti conoscitivi delle parti nell'udienza preliminare, la Corte ha fissato un principio di indubbia valenza generale, individuando nell'inizio della discussione il termine finale per l'ammissione delle produzioni e, conseguentemente - si deve ritenere - anche per il deposito delle indagini difensive¹⁰. Il punto si rileva meno trascurabile di quanto possa apparire dal momento che, ove si segua l'orientamento che individua il limite finale per la presentazione della richiesta di giudizio abbreviato nel termine della discussione finale¹¹, potrebbe dilatarsi lo scarto temporale tra deposito delle investigazioni e richiesta del rito.

DUBBI E INCERTEZZE SULLE RISPOSTE DELLA CORTE

La risposta fornita dalla giurisprudenza di legittimità ai dubbi di costituzionalità sollevati dai giudici di merito si è rivelata nel complesso insoddisfacente.

Secondo il giudice delle leggi la compatibilità costituzionale dell'attuale assetto normativo verrebbe in sintesi ad affermarsi in ragione di una sequenza di principi articolata come segue: a) le indagini difensive prodotte nel corso dell'udienza preliminare - comunque prima della discussione finale - entrano

fa osservare che la distinzione è assai meno *tranchante* di quanto possa apparire, dal momento che il *metodo* del contraddittorio è lo statuto implicito dell'accertamento processuale (dove la sua indeclinabilità), che si attua attraverso il *diritto* al suo esercizio: sul punto, Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, 146 s.

⁸ C. cost., sent. 22 giugno 2009, n.184, *Cass. pen.* 2009, 3691. La sentenza, che tocca uno degli aspetti nevralgici dell'assetto costituzionale del processo, ha formato oggetto di commenti di segno opposto. Ci si limita a ricordare in questa sede le contrapposte opinioni di Grevi, *Basta il solo «consenso» dell'imputato per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, *Cass. pen.* 2009, 3671 ss., e di Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, *Cass. pen.* 2010, 17 ss.

⁹ In particolare, il giudice remittente non aveva chiarito se fosse stato o meno pronunciata ordinanza di ammissione al rito abbreviato e se il pubblico ministero avesse chiesto termine per controdurre sicché la questione finiva per essere prospettata in maniera astratta.

¹⁰ Sul punto, Cassibba, *Continuità investigativa e acquisizione degli atti dell'indagine difensiva: una lettura restrittiva della Corte Costituzionale*, *Giur. cost.*, 2011, 1637 ss.

¹¹ *Cass.*, sez. I, 13 gennaio 2003, n. 755, *CED Cass.*, 223251; *Cass.*, sez. I, 6 aprile 2004 n. 15982, *CED Cass.*, 227271, ma v. in senso contrario, *Cass.*, sez. III, 31 marzo 2011 n. 18820, *CED Cass.*, 25009.

GIUDIZIO ABBREVIATO E INDAGINI DIFENSIVE

a far parte del patrimonio cognitivo del giudice in virtù del consenso dell'imputato unilateralmente formulato, in ciò risiedendo il meccanismo correttivo dello squilibrio delle parti in sede di indagini preliminari, dovendosi ritenere il principio del contraddittorio disponibile da parte dell'imputato; b) al giudice, se richiesto, compete un potere di riequilibrio della posizione processuale del pubblico ministero, attraverso il differimento dell'udienza per consentire all'accusa lo svolgimento di indagini suppletive dirette a contrastare le risultanze probatorie; c) resta salvo, in ogni caso, il potere di intervento officioso in via integrativa (art. 441 comma 5 c.p.p.).

Stando così le cose, è inevitabile che la tutela della posizione processuale del pubblico ministero finisca per restare affidata alla decisione del giudice di concedere il rinvio dell'udienza per consentire lo svolgimento delle indagini dirette a contrastare le risultanze probatorie emerse dalle indagini difensive prodotte "a sorpresa".

La modulazione dei tempi di svolgimento dell'udienza, così come rappresentata nel precedente al quale la Corte si è consapevolmente richiamata (come detto, la sentenza n. 16/94) costituisce tuttavia, un mero criterio tendenziale, e non può formare oggetto di un diritto del pubblico ministero, di talché la sua mancata concessione¹² non sarebbe presidiata da alcuna sanzione¹³. Per altro verso, è il richiamo stesso al principio di continuità investigativa a destare perplessità, non tanto sotto il profilo della metamorfosi dello scopo delle indagini suppletive del pubblico ministero - funzionali, per l'appunto, non più a colmare lacune investigative, ma ad esercitare la controprova sui temi introdotti dalle indagini difensive¹⁴ - quanto, piuttosto, della stessa ragione d'essere di un'attività investigativa funzionale alla controprova.

Difatti, se tali indagini fossero disposte dopo l'ammissione al rito speciale, non potrebbero in al-

cun modo entrare nel patrimonio di conoscenze del giudice utilizzabili per la decisione secondo il disposto dell'art. 442 comma 1-bis c.p.p.¹⁵. Al contrario, se - come più probabile - l'eventuale rinvio venisse concesso prima dell'ammissione del rito, l'accrescimento del materiale probatorio, questa volta legittimamente acquisito ed utilizzabile, potrebbe indurre l'imputato a revocare la richiesta di ammissione al rito speciale rendendo quindi di fatto superflua in prospettiva deflattiva la parentesi istruttoria.

Sotto altro profilo il meccanismo elaborato dalla Corte rischia di rivelarsi di fatto inapplicabile nelle ipotesi di giudizio abbreviato atipico, scaturenti dalla trasformazione di altro rito speciale.

È un dato facilmente riscontabile nella prassi il diffuso ricorso al giudizio abbreviato a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato (specialmente in quello «cautelare» ex art. 453 comma 1-bis c.p.p.) e, sia pure in misura minore, a seguito di opposizione a decreto penale di condanna.

Tuttavia, le ipotesi in cui il ricorso al giudizio abbreviato segue l'atto di instaurazione del giudizio rendono palese la difficoltà di rinvenire uno spazio processuale nel quale sia consentito il deposito di indagini difensive «a sorpresa» in sincrono con la richiesta di rito speciale¹⁶.

Il richiamo all'art. 391-octies c.p.p. potrebbe infatti rilevarsi inadeguato poiché la possibilità di presentare al giudice elementi favorevoli all'imputato in vista di una pronuncia giudiziale è limitata alla sede delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare: pertanto, riuscirebbe difficile all'imputato formulare la richiesta di ammissione al rito, imposta a pena di decadenza dagli artt. 458 comma 1 e 461 comma 3 c.p.p. e contestualmente produrre il fascicolo delle indagini difensive¹⁷.

¹⁵ Salvo, beninteso, che l'imputato vi consenta, riprendendo in questo caso vigore il principio generale stabilito dall'art. 111 comma 5 Cost.: in tema, Zacchè, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte Costituzionale*, *Giur. cost.*, 2005, 3384.

¹⁶ Per una panoramica, Casiraghi, *Rito abbreviato e utilizzabilità degli atti di indagine integrativa*, *Cass. pen.*, 2011, 2534 s.

¹⁷ Qualche spazio d'azione potrebbe essere fornito dal recente arresto delle Sezioni unite (sent. 28 aprile 2011 n. 30200, *Cass. pen.*, 2012, 1395) che, nel risolvere la questione relativa alla decorrenza del termine iniziale di fase nell'ipotesi di trasformazione del giudizio immediato in giudizio abbreviato non condizionato, ha delineato una sequenza procedimentale articolata, costituita dapprima da una verifica *de plano* di ammissibilità concernente i requisiti formali della richiesta, quindi dal vaglio della fondatezza della richiesta con l'adozione della ordinanza ammissiva del rito abbreviato adottata nel contraddittorio delle parti. La duplicità delle fasi potrebbe in effetti consentire alla difesa di depositare nella cancelleria del giudice la richiesta di giudizio abbreviato in uno con il fascicolo delle indagini svolte, in vista delle determinazioni che il giudice sarà chiamato ad assumere all'udienza successiva.

¹² Si pensi al caso, non infrequente, del deposito delle indagini difensive in udienza preliminare a carico di processo con imputati detenuti; in questo caso, almeno fino alla pronuncia dell'ordinanza di ammissione del rito - che determina il decorso di nuovi termini di fase - il giudice potrebbe essere indotto a non concedere alcun rinvio a motivo della imminente scadenza dei termini di cui all'art. 303, comma 1, lett. a) n. 1 c.p.p.

¹³ Sul punto, Lozzi, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, *Giur. cost.*, 2009, 2055 ss. Non manca in dottrina chi ritiene addirittura l'ipotesi del rinvio contraria allo spirito della norma, che vorrebbe richiesta e celebrazione del rito caratterizzati da assenza di soluzione di continuità, Maffeo, *Indagini difensive e rito abbreviato innanzi alla Corte costituzionale. Un'occasione mancata*, *Giur. cost.*, 2007, 605 s.

¹⁴ Secondo la ricostruzione che ne fa Varraso, *Le indagini «suppletive» e «integrative». Metamorfosi di un istituto*, Padova, 2004, 139.

Si dovrebbe in ogni caso trattare di attività investigativa compiuta prima dell'emissione del decreto di giudizio immediato, dal momento che quelle successive alla «*vocatio in iudicium*» costituiscono indagini integrative, soggette al regime previsto dall'art. 430 c.p.p.

Ciò rende ragione, per l'appunto, della impraticabilità della soluzione disegnata dalla Corte, poiché in questi casi l'attività investigativa del pubblico ministero verrebbe preclusa proprio dal suo connotato finalistico, che la legge identifica nella «presentazione delle proprie richieste al giudice del dibattimento», in vista delle eventuali contestazioni, restando escluso un utilizzo in funzione decisoria¹⁸.

Dunque, a fronte della produzione del fascicolo delle indagini difensive in sede di richiesta di giudizio abbreviato atipico, all'organo dell'accusa non resterebbe che sollecitare il potere officioso del giudice in funzione di contrasto delle risultanze emerse dal materiale introdotto dalla difesa.

Si giunge così al secondo versante delle risposte fornite dal giudice delle leggi, che vede nell'art. 441 comma 5 lo strumento per ricondurre nell'alveo della legalità processuale gli eventuali squilibri derivanti dal vantaggio per l'imputato di potersi avvalere di elementi di prova sottratti alla verifica critica della parte pubblica.

Lo strumento individuato non è, tuttavia, immune dal rischio di alterazione complessiva del sistema.

Intanto va osservato che l'esercizio di detto potere è finalisticamente proiettato al superamento dell'*impasse* probatorio discendente dalla impossibilità di decidere «allo stato degli atti», assolvendo dunque una funzione euristica, e non di garanzia¹⁹.

Non a caso, infatti, la formulazione letterale postula che la prova introdotta dal giudice si assume «necessaria» ai fini della decisione. Tale regola di giudizio, per quanto qui interessa, è ambivalente in quanto da un lato segnala l'esigenza di interpretare restrittivamente i casi di attivazione di un potere tendenzialmente eccezionale nel sistema, dall'altro facoltizza quest'ultimo a disancorare la decisione da criteri stringenti di verificabilità del parametro richiamato, allocandola in sostanza nell'area della discrezionalità.

E sul punto non può misconoscersi la possibilità che l'utilizzo dei poteri officiosi sottenda in realtà la

tentazione di «rinnovare» - questa volta sì nel contraddittorio - il contenuto delle prove dichiarative introdotte unilateralmente dal difensore, così di fatto riaprendo il tema, scivoloso, del minor grado di affidabilità della prova improvvisamente apparsa in giudizio (il pensiero corre, ad esempio, alla prova d'alibi).

Non si tratta, del resto, soltanto di una deriva prasseologica, dal momento che anche nella sentenza n. 184/2009 sarebbero rinvenibili le tracce dello sfaldamento del principio della pari valenza probatoria del contenuto delle indagini difensive.

È infatti opinione diffusa che la Corte, nel percorso argomentativo che ha condotto al riconoscimento della compatibilità costituzionale dell'utilizzabilità per la decisione delle prove unilateralmente formate dal difensore dell'imputato, avrebbe finito per depotenziarne l'efficacia probatoria, limitata alla sola valutazione dell'attendibilità delle fonti di prova già acquisite al momento del loro ingresso²⁰. Affermazione, come riesce intuitivo constatare, che si pone in evidente controtendenza rispetto alla stessa giurisprudenza costituzionale, che aveva sancito la piena equivalenza delle indagini difensive rispetto agli atti raccolti dall'accusa nel corso delle indagini preliminari²¹ e che finisce per produrre l'effetto paradossale di «affievolire» i diritti dell'imputato, che pure aveva assunto, in linea di principio, voler rispettare.

LE INTERPRETAZIONI CORRETTIVE E LE LORO APORIE

Restano, allora, sul tavolo dell'elaborazione ermeneutica, alcune soluzioni interpretative affidate alla verifica della prassi.

Si è, così, autorevolmente sostenuta²² la necessità di distinguere tra atti di indagine difensiva depositati prima dell'esercizio dell'azione penale e

²⁰ Ubertis, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 2079, Zacchè, *Giudizio abbreviato e atti difensivi «a sorpresa»*, *Indice pen.* 2010, 181, Casiraghi, *Rito abbreviato*, cit., 2533. Tale convincimento si fonda, in particolare, sul passaggio nel quale la Corte osserva che l'imputato, attraverso l'utilizzazione delle indagini unilateralmente assunte «rinunciando al contraddittorio nell'assunzione anche dei dati a sé favorevoli, rinuncia a consolidarne la valenza probatoria ad un livello più alto e certo».

²¹ C. cost., ord. 28 gennaio 2005 n. 57, *Giur. cost.* 2005, 536.

²² Ubertis, *Eterogenesi dei fini*, cit., 2081; nello stesso senso, Casiraghi, *Rito abbreviato*, cit., 2533. In particolare, l'interpretazione prospettata muove da una considerazione evidentemente sfuggita tanto al giudice remittente che alla Corte, che hanno indistintamente accomunato gli atti di indagine della difesa, senza tener conto del momento della loro introduzione nel procedimento, posto che è indubbia la piena utilizzabilità di quelli depositati prima dell'esercizio dell'azione penale, per i quali non si porrebbe in alcun modo il problema di un *vulnus* alle prerogative dell'accusa, messa in condizione di conoscerne il contenuto.

¹⁸ Sul punto, Varraso, *Le indagini*, cit., 116.

¹⁹ Ciò del resto trova conferma nel fatto che il mancato accoglimento della sollecitazione all'esercizio dei poteri di integrazione probatoria officiosa non dà luogo a vizio della sentenza per mancata assunzione di una prova decisiva: Cass., sez. VI, 8 marzo 2011, n. 15806, *CED Cass.*, 249910.

GIUDIZIO ABBREVIATO E INDAGINI DIFENSIVE

introdotti «a sorpresa», proponendo di attribuire valenza probatoria piena soltanto ai primi e riconoscendo ai secondi un utilizzo meramente indiretto, analogo a quanto già previsto dall'art. 500 comma 2 c.p.p. per le acquisizioni dibattimentali. Detto altrimenti, l'esercizio dell'azione penale costituirebbe la linea di displuvio della efficacia probatoria delle indagini difensive: piena, per gli atti depositati in precedenza (quindi conosciuti al pubblico ministero che, di conseguenza, sarebbe stato comunque messo in condizione di contraddire), indiretta (limitata ad indubbiare i risultati delle indagini preliminari) per quelle depositate in uno con la richiesta di rito speciale.

Da altri si propone invece una lettura «costituzionalmente orientata» dell'art. 438 comma 5 c.p.p., intesa ad equiparare gli effetti della richiesta di giudizio abbreviato contestuale alla presentazione delle indagini difensive a quelli di un giudizio abbreviato condizionato - sussistendo la medesima *ratio* identificabile nella richiesta di integrazione probatoria - tale da legittimare *tout court* il pubblico ministero all'articolazione della prova contraria²³.

Va tuttavia osservato che entrambe le proposte operative, senz'altro apprezzabili nel momento in cui si fanno carico di dissolvere le zone d'ombra lasciate dagli interventi della Corte, espongono il fianco ad alcune aporie che ne rendono problematico l'impiego.

In primo luogo, si deve rilevare che dalla lettura dell'art. 442 comma 1-bis c.p.p. non sembra potersi ricavare una regola di utilizzabilità differenziata degli atti di indagine difensivi in relazione al momento del deposito. La norma infatti delinea l'ambito oggettivo delle conoscenze del giudice, ma non il regime di utilizzabilità del materiale probatorio, e tale silenzio appare tanto più significativo in quanto la variazione della regola valutativa dell'elemento di prova è, normalmente, espressamente codificata dal legislatore (si pensi, per l'appunto, ai casi previsti dall'art. 500 comma 2 c.p.p., 503 comma 4 c.p.p.)²⁴.

Per altro verso, non sembrerebbe destinata a miglior sorte la possibilità di considerare la richiesta di giudizio abbreviato in sincrono con il deposito delle

indagini difensive come richiesta «di fatto» assimilabile a quella di abbreviato condizionato ex art. 438 comma 5 c.p.p..

Difatti, anche a voler trascurare che una simile assimilazione è stata scartata *a priori* dalla Corte (che mai si è soffermata a considerare la compatibilità costituzionale di estensioni analogiche), va rilevato che essa, preordinata nell'immediato a garantire il diritto dell'accusa alla controprova, trascura di valutare le conseguenze dell'applicazione dello statuto differenziato del rito in forma condizionata, in un contesto nel quale sembra perlomeno dubbia la sussistenza dell'identità di *ratio*²⁵.

Infatti verrebbe da chiedersi se l'equiparazione per via analogica estenda - e in che limiti - anche a questa forma condizionata *atipica* il potere interdittivo riconosciuto al giudice dall'art. 438 comma 5 c.p.p., dovendosi però tenere conto del fatto che altra disposizione apparentemente confliggente (l'art. 391-*octies* c.p.p.) non parrebbe introdurre alcuna limitazione alla prova; ed ancora, se in caso di diniego da parte del giudice sia possibile reiterare la domanda al giudice del dibattimento; ed infine - conseguenza ancor più rilevante - se il pubblico ministero sia abilitato a formulare eventuali contestazioni suppletive (art. 423 comma 1 c.p.p.).

In conclusione, i faticosi tentativi di leggere nel sistema vigente le tracce della piena rispondenza al dettato costituzionale della richiesta giudizio abbreviato corredata dal deposito delle indagini difensive «a sorpresa» sembrano confermare le aporie cui vanno incontro i percorsi interpretativi intesi a salvaguardare gli attuali assetti dei rapporti tra le parti, anche al prezzo di svilire l'attitudine persuasiva della prova introdotta dalla difesa. Ed allora, anche per rafforzare il valore delle indagini private non pare affatto inopportuno riaffermare la necessità di un contraddittorio perfetto, che, nel ripristinare la «parità delle parti» in favore del pubblico ministero lo obblighi così ad attivarsi per controbattere, chiamando la Corte ad una nuova riflessione sulla materia²⁶.

²³ Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, Ubertis-Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2004, 19, Id., *Giudizio abbreviato e atti difensivi*, cit., 181 s.

²⁴ Come esattamente rileva Zacchè, *Giudizio abbreviato*, cit., 181.

²⁵ Tale assimilabilità appare esaurirsi sul piano puramente descrittivo, ma non coglie la tangibile differenza tra esercizio di un diritto potestativo dell'imputato (che resta tale anche se abbia luogo in sincrono con la presentazione delle indagini difensive) e una richiesta affidata alla discrezionalità valutativa del giudice. Si veda altresì, in termini critici, Maffeo, *Investigazioni difensive*, cit., 607.

²⁶ È l'auspicio che, saggiamente, formula Lozzi, *Il contraddittorio*, cit., 848.

MARZIA FERRAIOLI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Legalità e merito nel procedimento di riesame

The “riesame” proceeding

Funzionale al controllo sul “corretto uso” del potere cautelare, l’istituto del riesame si colloca su un piano strutturale di assoluta autonomia rispetto agli altri mezzi di impugnazione, non essendo, ad esso, estensibili classificazioni fondate sui tradizionali criteri distintivi che investono il rapporto tra impugnazioni di merito e di legittimità. L’espressione “anche nel merito” e il potere di “annullare”, “riformare” o “confermare” il provvedimento anche per motivi diversi da quelli eventualmente indicati, nel definirne l’ambito cognitivo, sono esplicativi della peculiare finalità del rimedio, che esprime l’esigenza di un controllo sul “legale” esercizio di potestà giurisdizionali volte ad incidere su fondamentali prerogative individuali, in attuazione dell’impegno, internazionalmente assunto, di assicurare il diritto di ogni persona d’indirizzare un ricorso a un tribunale affinché decida, entro brevi termini, sulla “legalità” della sua detenzione.

The “riesame” is a very particular remedy, unique among the others, which verifies if precautionary measures – which affect individual rights – have been taken legally, in the respect of Fundamental Constitutional Rights and according to International Conventions of Human Rights: keeping in mind the aim is the way to understand properly the essence of the remedy and the reason why the traditional distinction between “legittimità” and “merito” doesn’t fit it.

PREMESSA

Il controllo giurisdizionale sul “corretto uso” del potere cautelare che il sistema processuale penale vigente assicura in sede di “riesame” si distacca, in termini decisi, da ogni altro mezzo di impugnazione.

In quanto impugnazione «anche nel merito» delle ordinanze che dispongono misure cautelari personali coercitive, il riesame si colloca su un piano strutturale di assoluta autonomia: infruttuosa sarebbe la ricerca di punti di contatto o di differenziazione con altri mezzi di impugnazione; fuorviante l’attenzione ai tradizionali criteri distintivi che investono il rapporto tra impugnazioni di merito e impugnazioni di legittimità.

Che il giudizio di riesame sia un giudizio di impugnazione nel merito¹ è escluso sia dal tenore della

disposizione relativa ai poteri decisorii funzionali ad «annullare», «riformare» o «confermare» l’ordinanza oggetto del riesame «anche sulla base degli elementi adottati dalle parti nel corso dell’udienza» (art. 309, comma 9, c.p.p.), sia dalle caratterizzazioni del potere di iniziativa riconosciuto al richiedente, posto che questi si limita a domandare il riesame del provvedimento cautelare «anche» nel merito (art. 309, comma 1, c.p.p.) e, per di più, attraverso una richiesta non necessariamente ancorata a motivi, prospettati dalla legge come meramente eventuali (art. 309, comma, 6, c.p.p.).

gomentazioni suscettibili di essere agevolmente contrastate. E così, in materia di “riesame”, facendo leva sulla non necessità dei motivi, può concludersi sia per la non configurabilità di un mezzo d’impugnazione sia per la classificazione del riesame tra le impugnazioni atipiche, partendo dal rilievo che, se entro i termini stabiliti il collegio non decide, consegue la caducazione del provvedimento.

¹ E ciò per l’ovvia considerazione che quando si affronta il problema della natura giuridica di un istituto, si adducono ar-

LEGALITÀ E MERITO NEL PROCEDIMENTO DI RIESAME

La incontrovertibilità di questi dati consente di affermare, già sul piano logico, che, in quanto legittimato a proporre richiesta «anche nel merito», il richiedente possa, altresì, attivarsi per un riesame che prescinda dal merito.

Una affermazione, questa, che, però, non non autorizza, poi, a ritenere anche che, poiché l'altra direzione nella quale ci si può orientare è la legittimità del provvedimento, il riesame attenga, allora, al solo controllo di legittimità.

Sostenere che essenza della tutela apprestata nella verifica di «legittimità», se non addirittura di sola legalità, può esprimere tutto e niente, o può, semplicemente, voler dire che, attraverso il riesame, si assicura null'altro che un controllo formale idoneo a far acquisire all'iniziativa cautelare i caratteri esteriori della giurisdizionalità o, se si preferisce, che si assicura l'intervento di un soggetto "terzo" rispetto al magistrato che ha pronunciato l'ordinanza cautelare e rispetto al destinatario del provvedimento coercitivo.

Una deduzione, questa, che, consente di enucleare una precisa funzione di garanzia, in linea puramente concettuale, tutto sommato appagante, ma che, certo, non dà conto anche della effettiva dimensione del controllo che, in chiave di legittimità, il terzo è chiamato ad assicurare².

I LIMITI E IL SIGNIFICATO DI UNA FORMULA NORMATIVA

Introdotta nel sistema come meccanismo finalizzato al soddisfacimento dell'impegno, internazionalmente assunto, di assicurare il diritto di ogni persona privata della libertà d'indirizzare un ricorso a un tribunale affinché decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale (art. 5 n. 4 Cedu),

² Il riferimento è alle *forme* del procedimento attraverso cui il giudice perviene alla pronuncia. È la *forma* che dà spazio alle garanzie. Se la *forma* si caratterizza per il rispetto dei principi naturali del giudizio e, dunque, impone che il giudice pronunci sulla scorta di quanto assunto nel contraddittorio tra le parti, si è in presenza dell'*esercizio più ampio* della funzione, perché il giudizio del giudice, cui la funzione tende, è il risultato di una rilevazione di *dati oggettivi*, cioè documentati (e, dunque, conoscibili e rilevabili da chiunque e in ogni tempo) negli atti del procedimento. Diversamente è a dirsi per un accertamento carente di contraddittorio, che assicurando la (garanzia della) sola presenza del giudice, quale unico soggetto legittimato alla pronuncia del provvedimento, dà conto di una *funzione giurisdizionale* ad evidente connotazione *soggettiva*. La distinzione (tra giurisdizione in senso oggettivo e giurisdizione in senso soggettivo) attiene alla scelta del metodo attraverso cui la giurisdizione si svolge (in argomento, sia consentito, il rinvio a Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 53); profonde, sul tema del metodo, le riflessioni di Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 249.

il riesame ha inevitabilmente sollecitato *accenni* alla tradizionale distinzione tra merito e legittimità.

La più pregnante necessità di interrogarsi su cosa debba intendersi per "merito cautelare" e cosa debba intendersi per "legittimità cautelare" ha imposto, da subito, l'attenta analisi della formula adoperata dal legislatore.

E non certo per esasperato attaccamento al dato letterale, bensì per la necessità di chiarire perché si parli di riesame «anche nel merito» e non solo di «riesame» né di «riesame nel merito».

Superfluo è sottolineare come ciascuna espressione abbia una sua precisa portata.

Se il legislatore avesse adoperato una formula generica, legittimando l'interessato o il difensore a richiedere semplicemente il «riesame», l'ambito cognitivo del "tribunale del riesame" avrebbe avuto una proiezione molto ampia, indefinita, coincidente praticamente con l'ambito cognitivo dell'autore del provvedimento, non essendovi dubbio alcuno che il riesaminare consiste, in primo luogo, nel ripercorrere l'iter di un esame che già vi è stato

Riesaminare significa, però, anche verifica, ad opera di un soggetto diverso, di una valutazione espressa da altri.

Una funzione, cioè, che è propria dell' "organo di controllo" e, come tale, concettualmente rapportabile alle categorie del diritto amministrativo che si esprimono nel rapporto di vigilanza³, idonea, dunque, altresì, a giustificare l'errata convinzione di dover ricercare, nell'ambito del sistema, i riferimenti, gli agganci o gli elementi per elaborare parametri oggettivi ed astratti, ai quali ancorare, nel caso concreto, il controllo che va ad esplicarsi. E ciò in ragione della preoccupazione di salvaguardare l' "autonomia" valutativa degli organi del potere giudiziario imposta dal principio, costituzionalmente garantito, d'indipendenza interna⁴.

Analogamente, se il legislatore avesse adoperato l'altra espressione «riesame nel merito», ci si sarebbe chiesto che cosa si dovesse intendere per merito e, dunque, quale fosse il limite del riesame.

³ Il concetto è così evidenziato, tra gli altri, da Berti-Tumiati, voce *Controlli amministrativi*, *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 299, che nel riportarsi alla definizione del Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, II, tomo 2, Milano, 1915, 608, intendono il controllo come riesame o revisione di attività altrui.

⁴ La dottrina più attenta ha dimostrato che le garanzie costituzionali del processo, pur delineate sotto forma di riconoscimento di diritti inviolabili, si sostanziano in una prerogativa d'imparzialità, modello di comportamento, questo, che non può essere assunto se non da chi è assolutamente libero da tutte quelle forme d'ingerenza nella sua attività che con la legge non hanno nulla a che vedere. V., per tutti, Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano, II, 1984, 33.

Ma cosa è (o può essere) il merito di un provvedimento?

Il termine designa, infatti, aspetti nettamente distinti o, quanto meno, differenziabili da un punto di vista formale, benchè convergenti in unico risultato documentale.

Merito può essere l'insieme degli elementi emergenti dagli atti processuali e, per restare nell'ambito del tema, il contesto delle fonti degli indizi giustificativi della misura coercitiva così come individuate, assunte e documentate, ma anche, da un punto di vista eminentemente soggettivo, l'atteggiamento mentale di chi formula un giudizio. E qui, il merito ben può confondersi con la rilevanza che a tali fonti viene, dal giudice, attribuita all'atto della decisione, attraverso un procedimento mentale guidato dalla sua cultura, dalla sua esperienza professionale, dalla sua sensibilità, dalla sua capacità critica, dalla sua attenzione⁵.

In campo giurisdizionale, evidentemente è merito ciò che attiene ed investe l'oggetto dell'accertamento, vale a dire ciò che *oggettivamente* emerge dagli atti processuali. Solo se ci si attiene rigorosamente a questo criterio, che è vero e proprio canone comportamentale, si può ammettere che la valutazione, fatta in sede di riesame, se difforme dalla prima, sia valutazione che non si risolve in giudizio sul comportamento del primo giudice⁶.

Riesaminare nel merito un provvedimento significa null'altro che rivalutare, alla luce della propria esperienza, capacità professionale, cultura, sensibilità, un materiale già oggetto di una precedente valutazione, per stabilire fino a che punto la scelta che si ritiene di dover esprimere coincida o pur no con quella già espressa⁷.

E però, il procedimento mentale di chi si occupa del riesame inevitabilmente, si caratterizza di valenze proprie, dovendo, di necessità, connotarsi di due

momenti essenziali, il primo dei quali prescinde – e deve categoricamente prescindere, se si vuole salvaguardare l'indipendenza interna del giudice – dalla determinazione posta a base del provvedimento che si è chiamati a riesaminare, perché ciò che immediatamente rileva è la presa di cognizione del materiale da valutare in vista del raffronto tra la fattispecie concreta e quella astratta e della formulazione di un giudizio di aderenza o di discordanza dell'una rispetto all'altra.

Compiuta questa prima operazione, il tribunale del riesame, approfondisce i contenuti del provvedimento devoluto alla sua cognizione per confermarlo o per revocarlo.

La decisione che rende non si risolve, dunque, in una in una revisione del giudizio espresso dal magistrato che ha ritenuto di adottare il provvedimento limitativo della libertà, ma si pone, rispetto alla pronuncia resa, come atto coincidente o difforme. La conferma del provvedimento attesta la coincidenza tra le due valutazioni; la revoca del provvedimento si impone, viceversa, se dagli atti emergono elementi che inducono ad esprimere un contrario giudizio.

Solo se si tengono ben distinti i due momenti del procedimento, connotati, quello valutativo, da una attività cognitiva autonoma dell'organo collegiale e, quello decisionale, dal riscontro della coincidenza o pur no della decisione impugnata con quella maturata in sede di riesame, è possibile attribuire all'istituto una portata espressiva della salvaguardia dell'indipendenza interna sottesa al prelevare dell'interesse alla regolare esplicazione della funzione giurisdizionale, sia rispetto ai soggetti che ne sono titolari, sia rispetto ai soggetti nei confronti dei quali si esplica la giurisdizione⁸.

IL CONTROLLO DI «LEGALITÀ» E IL SINDACATO SUL «MERITO» DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Si affermava, in giurisprudenza, nella vigenza del codice del 1930, che la censura di merito del provvedimento era assorbente – e non ulteriore, subordinata o sussidiaria – rispetto a quella di legittimità relativa al difetto di motivazione. E ciò perchè l'esame nel merito era da intendersi come finalizzato all'accertamento di una pronuncia giusta, mentre la

⁵ Secondo la regola del libero convincimento che, se lo disancora da qualsiasi modello probatorio legale, lo vincola, tuttavia, a dar conto di ogni determinazione. Sull'incidenza dei valori presuntivi nella formulazione del giudizio del giudice, sia consentito rinviare alla voce *Presunzione (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 304.

⁶ Ovviamente, è da escludere la possibilità che il controllo investa la mentalità, la cultura, la capacità del giudice: la personalità del giudice non è oggetto di valutazione, affiorando questa, attraverso l'esame del comportamento, soltanto in una dimensione di controllo extra-giudiziario, inquadrabile nel procedimento disciplinare, se ed in quanto ne sussistano i presupposti legali e di fatto.

⁷ Secondo Massa, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1965, 233, il principio della limitata devoluzione in relazione ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi di appello mostra chiaramente che la logica del secondo grado è di controllo e non ha nulla a che vedere con la logica del vero e proprio giudizio.

⁸ Il riesame che si attenga al fatto – così come oggettivamente rileva e non come soggettivamente è stato inteso (da chi ha adottato il provvedimento) – e che si sviluppi con verifiche mirate a stabilire se la libertà personale poteva, o doveva, essere intaccata è strumento di salvaguardia del bene primario della libertà, e non occasione per sindacare se un altro magistrato abbia agito bene o male. Che non sia questo il fine di garanzia del riesame è acutamente evidenziato da Illuminati, *Il tribunale della libertà, Dei delitti e delle pene*, 1983, 369.

LEGALITÀ E MERITO NEL PROCEDIMENTO DI RIESAME

motivazione afferiva ai requisiti formali di legittimità dell'atto.

Sottintendeva questa impostazione la convinta idea di dover sempre contrapporre la legittimità al merito⁹.

Poiché la *summa divisio* delle impugnazioni si radicava proprio sull'oggetto della doglianza (che può concretarsi nel lamentare un vizio di merito o un vizio di legittimità), si riteneva che richiesta di riesame anche nel merito stesse a significare null'altro che richiesta di riesame nel merito.

Una mera esercitazione dialettica, risolvendosi in un giuoco di parole destinato, peraltro, a far pervenire l'interprete a conclusioni ovvie.

Oggi, le cose non stanno così.

Non si attribuirebbe, per questa via, alcun significato al termine «riesame», l'unico che può aprire la strada ad interpretazioni utili a far ritenere che il riesame assicura, in tema di libertà personale, effettività e concretezza di tutela secondo il principio dell'art. 13 Cost.

L'impostazione antica è fuorviante e stravolge il significato di una scelta innovativa ben precisa, espressa, peraltro, in termini non equivoci laddove, per un verso, si prevede la richiesta di riesame anche nel merito e, per altro verso, si precisa che il provvedimento riesaminato può essere revocato anche per motivi diversi da quelli eventualmente indicati.

Non si è in presenza di un provvedimento giurisdizionale, che, definendo una fase o un grado di giudizio, esprima una valutazione sul fatto suscettibile di acquisire il carattere della definitività.

Il giudice dell'impugnazione, sia di merito che di legittimità, viene investito della cognizione quando vi è già stata una pronuncia di altri: accade in sede di appello che ha ad oggetto un fatto che si è esaurito nella ricostruzione fenomenologica operata dal giudice di primo grado nel rispetto dei principi naturali del processo; accade nel giudizio di legittimità ove il fatto ricostruito dal giudice di merito è filtrato attraverso i motivi.

La differenza tra mezzi d'impugnazione e riesame si coglie, con tutta evidenza. Non diversamente è a dirsi quando si rifletta sul tema dal punto di vista della completezza e della tempestività dell'intervento.

Ciò che giustifica l'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale è un giu-

dizio sommario, formulato, il più delle volte, in via prognostica, basato sul *fumus* di colpevolezza, come tale, capace di rivelarsi erroneo o infondato.

Attraverso il riesame se ne chiede il controllo immediato ad un organo collegiale, chiamato a svolgere compiti assolutamente diversi e distinti da quelli che solitamente ne caratterizzano l'intervento in sede d'impugnazione.

Il riesame è immediato. Data la brevità dei termini perentoriamente fissati dal legislatore, si potrebbe, addirittura, dire contestuale all'emissione di un provvedimento scaturente da impressioni o sensazioni, connesse alla rilevazione soggettiva di una situazione che pone in pericolo l'accertamento processuale o che allarmi la collettività.

È questo un aspetto non sempre esaminato con la dovuta attenzione.

L'adozione di provvedimenti privativi della libertà personale è motivata da ragioni di pericolo: si restringe la libertà della persona, se vi è pericolo e il pericolo è una sensazione che si avverte come prefigurazione di compromissione di valori postulanti una tutela assoluta, di valori, cioè, che non possono essere né violati né esposti ad eventuali attentati.

Se condizione dell'intervento limitativo della libertà è il pericolo, si può assimilare il controllo sui provvedimenti coercitivi, che su di esso si fondano, alle impugnazioni del giudizio che sia stato espresso sul fatto oggetto di imputazione?

O non è, piuttosto, vero che, col riesame, si vuole assicurare che i sintomi di quel pericolo siano legalmente enunciati, prima, e controllati, poi, da un diverso organo, e per di più, con la garanzia della collegialità?

Solo un'eccessiva dedizione a schemi concettuali potrebbe, ancora oggi, indurre l'interprete a ricercare nel meccanismo, ad ogni costo, i riferimenti, gli spunti, gli elementi per classificarlo tra i mezzi d'impugnazione.

È una disciplina peculiare, studiata certamente non per consentire che si ripercorra l'*iter* argomentativo che ha portato all'emanazione di una pronuncia giurisdizionale sul fatto, ma introdotta per controllare la corrispondenza tra situazione di pericolo concretamente evidenziata e fattispecie astrattamente prevista come degna di tutela.

Il tema non va sfrondata, dunque, costringendo il riesame entro gli stampi del «merito» o della «legittimità», ma piuttosto accertando quale sia il fine che s'intende perseguire con un controllo svincolato da qualsiasi allegazione di motivi e da preclusioni cognitive.

⁹ Come se fosse dato ricavare, dall'adozione dell'espressione «richiesta di riesame anche nel merito», la determinazione legislativa di non autorizzare una richiesta di riesame di sola legittimità. L'uso del termine «merito» era inteso come indicativo del riferimento implicato nella categoria processuale che si contrappone alla legittimità.

IL "MERITO" CAUTELARE

L'espressione «richiesta di riesame anche nel merito» non può, dunque, voler significare riscontro unicamente di legittimità o di legittimità e di merito o di solo merito, semplicemente perché si tratta di classificazioni, nella materia, assolutamente inconferenti.

Se riesame significa valutazione *ex novo* del materiale che ha già formato oggetto di precedente valutazione e il fine è stabilire se essa debba essere oppure no confermata, si è evidentemente al di fuori di ogni consueto schema concettuale proponibile nel settore delle impugnazioni ed è deviante il richiamo alla distinzione, di chiaro sapore dommatico, tra legittimità e merito o tra legittimità sostanziale e formale dell'atto.

Riesaminare vuol dire rivalutare, sicché il tribunale della libertà è legittimato, indipendentemente dai motivi della doglianza e per il solo fatto di essere investito di una richiesta, a rivedere la vicenda cautelare, nulla importando se il mezzo esperito lo investa come giudice del gravame nel merito, se per merito s'intenda cosa diversa dalla legittimità dell'atto, se gli compete, infine, una verifica di legittimità sostanziale o formale.

La locuzione «anche nel merito», al contrario, è esplicativa e rafforzativa della peculiare finalità del rimedio, riaffermando essa nulla più che l'esigenza di un controllo attuato mediante una rivalutazione degli atti, intesa ad evidenziare l'esercizio legale di potestà giurisdizionali, nel rispetto delle garanzie costituzionalmente tutelate¹⁰.

L'ordinanza cautelare postula l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza e la sussistenza di esigenze cautelari da salvaguardare. Il che vuol dire che occorrono elementi idonei e sufficienti per procedere alla contestazione del fatto, che assumono la configurazione di indizi di colpevolezza e la cui presenza è presupposto dell'emissione del provvedimento.

Deve emergere, poi, dal contesto processuale, un'esigenza, tra quelle normativamente previste, che si ritiene di dover salvaguardare con privazione o limitazione della libertà personale.

¹⁰ Le norme processuali comunque incidenti sulla custodia cautelare hanno carattere eccezionale per la loro natura sostanzialmente «primitiva», richiedendo un'interpretazione rigorosa conforme allo spirito di principi costituzionali, quali l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.), la necessità dell'osservanza rigorosa di limiti massimi di carcerazione preventiva (art. 13, comma 5, Cost.), la non punibilità se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25, comma 2, Cost.), la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2, Cost.), la garanzia del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) e il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.).

Il collegio del riesame controlla, dunque, in primo luogo, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza come attestati nel convincimento espresso dall'organo giurisdizionale e, dunque, dall'apparato motivazionale del provvedimento impositivo della misura.

Successivamente, quale garante dell'adozione dei provvedimenti sollecitati, di necessità, si sofferma sulla concretezza dei *pericula* enunciati nell'art. 274 c.p.p.

Ritenere la pericolosità dell'indagato o dell'imputato vuol dire fornire la dimostrazione della concreta e rilevante probabilità del verificarsi di fatti delittuosi idonei a mettere in pericolo le esigenze di tutela della collettività, non essendo sufficiente il mero richiamo alla gravità del fatto. Tale pericolosità – che, inizialmente, nell'esperienza del codice del 1930, aveva carattere accessorio e subordinato rispetto alle esigenze processuali e non giustificava, da sola, la restrizione della libertà o il diniego della misura sostitutiva, di guisa che la cattura non poteva basarsi unicamente su di essa – ha assunto valenza non più subordinata, ma degna di autonoma tutela. Ciò richiede, ancor più, che vada enunciata.

Il pericolo di fuga, ravvisato in circostanze oggettive e svincolate da presunzioni *contra reum*, deve essere evidente e manifesto, tradursi, cioè, in atti esteriori del prevenuto o quanto meno evidenziarsi attraverso rapporti informativi che raccolgano fondati sospetti, estrinsecatisi in atti esteriori di significativa rilevanza.

Analogamente è a dirsi per il pericolo di inquinamento o di dispersione delle fonti di prova, in relazione al quale all'autore del provvedimento si impone di indicare gli atti investigativi da compiere, per la genuinità dei quali lo stato di libertà dell'imputato costituisca un pericolo.

La pericolosità sociale, infine, va desunta dalla personalità dell'imputato e dalle circostanze del fatto.

Non rientrano in tale valutazione anche gli indizi di colpevolezza.

Non è, infatti, come appena rilevato, la gravità del fatto che denuncia la pericolosità: se così fosse, il risultato, implicato nell'abolizione, dal sistema, della cattura obbligatoria, sarebbe del tutto vanificato. La cautela trarrebbe giustificazione in via esclusiva proprio da quel giudizio emozionale sulla rilevanza probatoria degli indizi che, tenuto fuori dalla logica del riesame, finirebbe per sottrarsi a qualsiasi forma di controllo da parte dell'organo collegiale.

Il collegio deve, quindi, accertare che, nella spiegazione delle ragioni della privazione della libertà, il giudice abbia dato conto dei passaggi argomentativi che, muovendo dal preliminare giudizio di

LEGALITÀ E MERITO NEL PROCEDIMENTO DI RIESAME

proporzionalità, si snodano attraverso la ritenuta inevitabilità della misura e la sua adeguatezza alla fattispecie concreta.

La proporzionalità rappresenta lo spartiacque tra adozione e non adozione della misura, perché caratterizza il momento in cui si accerta la configurabilità oppure no di esigenze cautelari degne di venir protette: solo se il ricorso alla misura appare utile, il giudice che procede è, dalla legge, autorizzato all'ulteriore accertamento sulla necessità di emettere un provvedimento restrittivo. Se le esigenze cautelari possono venir salvaguardate pure mediante misure coercitive diverse dalla custodia, non deve far luogo all'ordinanza custodiale, risultando sufficiente un sacrificio minore della libertà personale.

Il significato di garanzia del riesame si coglie, con maggiore forza, proprio in questo percorso obbligato e, particolarmente, nella verifica dell'esistenza, in concreto, delle esigenze cautelari, che è

specifico, ulteriore, riscontro delle ragioni giustificative della privazione della libertà, come enunciate nei passaggi argomentativi che, muovendo dal preliminare giudizio di proporzionalità, si snodano attraverso la ritenuta inevitabilità della misura e la sua adeguatezza alla fattispecie concreta. È la strada per consentire il controllo in tema di adeguamento della misura restrittiva imposta al quadro cautelare a che, per l'effetto, assicura la non meno doverosa tutela anche quanto a scelte eventualmente operate in favore di provvedimenti eccessivamente afflittivi. Così dimensionato, il "merito cautelare" condiziona lo stesso riesame, che è deputato, in vista del vaglio di conformità del potere cautelare coercitivo in concreto esercitato al potere cautelare coercitivo astrattamente conferito, a controllare la (motivata) aderenza del provvedimento coercitivo disposto a ciascuna delle regole normative prescritte.

EMILIA LOMBARDO*

*Dottoranda di ricerca in "Processo di integrazione europea e diritto internazionale" –
Università degli Studi di Palermo*

Il sopralluogo di polizia giudiziaria. Tra latitanze legislative e prassi operative devianti

*The inspection of investigative police.
Between legislative inaction
and deviant operative practices*

L'ordinamento giuridico ci ha abituato all'accettazione dell'aforisma shakespeariano in virtù del quale "ciò che noi chiamiamo con il nome rosa, anche se lo chiamassimo con un altro nome, avrebbe pur sempre lo stesso dolce profumo". Si tratta di un principio che, applicato al meno poetico mondo del diritto, esalta la sostanza di un atto, il suo contenuto giuridico, ponendo sul piano dell'irrelevanza la veste formale del *nomen iuris*. A volte, però, l'impiego disinvolto di un termine può celare insidie che incidono irrimediabilmente sulle garanzie difensive dell'individuo. Il riferimento è al c.d. sopralluogo di polizia giudiziaria nel quale convivono incertezze normative e prassi operative devianti, alle quali si può porre rimedio, paradossalmente, solo attraverso un ordine nominalistico che, ineseguibile a livello legislativo, stante la variegata categoria delle attività di indagine della polizia giudiziaria, si impone quantomeno a livello operativo, al fine di scongiurare il rischio di una disinvolta, irredimibile, quanto inaccettabile compressione dei diritti fondamentali dell'individuo.

We have been brought up, by the legal system, to accept Shakespearian aphorism "What's in a name? that which we call a rose by any other name would smell as sweet". It is a principle that, applied to the less poetic world of law, exalts the essence of an act, of his content and reduces the importance of nomen iuris. However, sometimes a bold use of a "word" hides traps that could have repercussions on individual right of defense. I'm referring to the inspection of investigative police, where legislative inaction and deviant operative practices live together and which it is possible to remedy, paradoxically, only with the help of a nominalistic order. This one, impracticable on the legislative plan because of the atypical and numerous activities of investigative police, becomes necessary on the operative plan, in order to prevent a bold, unredeemable and intolerable deprivation of fundamental human rights.

AMBIGUITÀ TERMINOLOGICA ED APPLICATIVA DEL SOPRALLUOGO DI P.G.

L'ordinamento giuridico ci ha abituato all'accettazione dell'aforisma shakespeariano in virtù del qua-

*Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

le "ciò che noi chiamiamo con il nome rosa, anche se lo chiamassimo con un altro nome, avrebbe pur sempre lo stesso dolce profumo".

Si tratta di un principio che, applicato al meno poetico mondo del diritto, esalta la sostanza di un atto, il suo contenuto giuridico, ponendo sul piano dell'irrelevanza la veste formale del *nomen iuris*. Ne

IL SOPRALLUOGO DI POLIZIA GIUDIZIARIA

consegue, ad esempio, che poco importa se nell'atto di appello rivolto al giudice di secondo grado non si adotti l'intestazione rituale "appello": ciò che conta è che lo stesso sia, nel suo contenuto, qualificabile come impugnazione del provvedimento del giudice di prime cure; allo stesso modo bisognerà guardare al contenuto della disposizione normativa emanata con la formula del decreto presidenziale, poiché in esso potranno trovare spazio, non solo i regolamenti governativi, ma anche i decreti legislativi *ante* 1988.

Orbene, il ripudio di sterili nominalismi è certamente una virtù del nostro sistema giuridico, una caratteristica alla quale ciascun manuale, di qualsiasi settore del diritto, dedica almeno due righe.

Eppure, l'esperienza applicativa del diritto, il più delle volte, delude le più nobili aspirazioni, lasciando riemergere, dalle paludi del puro formalismo, esigenze di precisione terminologica estremamente rigorose. Ciò accade o, almeno, dovrebbe accadere quando un *nomen* viene impiegato in presenza di comportamenti suscettivi di incidere significativamente nella sfera giuridica altrui.

Sembrerebbe, dunque, che l'opzione nominalistica, lungi dall'essere mero sfoggio di erudizione, sia, talvolta, una scelta obbligata per l'interprete, onde scongiurare il rischio di un travisamento del significante.

Cionondimeno, talvolta, l'impiego di termini dal significato volutamente ampio, come gli "accertamenti" e i "rilievi" della polizia giudiziaria, si impone per adeguare il dato statico e storicizzato della disposizione normativa all'evoluzione della scienza e della tecnologia in determinati contesti applicativi.

La vaghezza linguistica presente in siffatte ipotesi, giustificata da ovvie esigenze di compromesso terminologico, non comporta giammai l'abnegazione dei principi contenutistici sopra enunciati: per quanto ampio possa essere, ad esempio, il senso dell'accertamento o dei rilievi di p.g., questi ultimi dovrebbero piegarsi alla disciplina codicistica che ne regola modalità di svolgimento e limiti.

A volte, però, l'operatore del diritto dimentica la lezione di diritto processuale penale dedicata al valore pregnante del contenuto delle norme codicistiche e, per distrazione o per accidia, si nasconde dietro al nome.

Malauguratamente la prassi disvela scenari operativi poco apprezzabili, che, a differenza degli stampati dottrinali, incidono significativamente sulle vicende processuali e umane di chi delle norme è il destinatario.

Il riferimento, non troppo velato, è alla prassi del c.d. sopralluogo di polizia giudiziaria: arcano isti-

tuto per chi per la prima volta si accinge a studiare il diritto processuale penale; inflazionato strumento operativo per il *causidicus* che, suo malgrado, si imbatte di frequente in questo termine.

Latitante nelle disposizioni codicistiche, il sopralluogo di polizia giudiziaria ha una collocazione topografica tanto incerta quanto sistematico ne è il suo impiego.

Eppure dovrebbe essere importante capire cosa la polizia giudiziaria sta facendo in un dato momento storico delle indagini, per consentire al suo destinatario di difendersi.

Purtroppo l'uso di un termine tanto ambiguo suscita non poche perplessità operative che, dal piano delle definizioni, trasmigrano sul piano dei contenuti delle garanzie difensive.

L'indagine in ordine al sopralluogo passa, così, a causa di un processo osmotico tra forma e contenuto, per l'indagine delle sue applicazioni concrete, che, talvolta, si rivelano ben lungi dal rispetto di moduli operativi regolamentati.

Non di rado si assiste, per limitarci ad un esempio, ad accertamenti compiuti dalla polizia giudiziaria (più spesso si tratta di ufficiali della polizia municipale con funzioni di p.g.) compiuti presso le abitazioni di privati cittadini al fine di accertare il compimento di reati edilizi: accertamenti che, chiamati, per l'appunto, sopralluoghi, assumono la veste formale di "segnalazioni": segnalazioni arricchite da un ampio corredo fotografico attestante la realizzazione di manufatti abusivi, trasmesse all'ufficio della Procura della Repubblica e destinate ad entrare nel fascicolo per il dibattimento quali prove della pubblica accusa. Sin qui *nulla quaestio*: ma se a tale quadro descrittivo aggiungiamo un piccolo tassello, e cioè la circostanza per la quale l'indagine in ordine all'abusivismo riguarda opere realizzate all'interno di una abitazione privata, la disinvoltura terminologica dell'autorità procedente non può certo passare inosservata.

Il motivo è presto detto: parlare di sopralluogo o di segnalazione non può essere giuridicamente indifferente, perché non sono indifferenti le conseguenze di tale scelta semantica sul piano delle garanzie difensive.

Se è pacifica l'affermazione, figlia di quella filosofia contenutistica di cui si è detto sopra, secondo cui ciò che rileva giuridicamente è il senso dell'atto posto in essere e non la sua veste formale, è altrettanto vero che all'indifferenza con cui un termine viene impiegato deve accompagnarsi una certa precisione sul piano dei contenuti: apparirà chiaro, dunque, che parlare di "segnalazione" rispetto ad un'attività che nella forma è un sopralluogo non porrà problemi di

sorta solo se tale operazione verrà condotta secondo un protocollo coerente con il suo reale contenuto¹.

INQUADRAMENTO NORMATIVO - SISTEMATICO DEL SOPRALLUOGO

Prima di procedere nell'esame della deviante prassi operativa, occorre proseguire nel tentativo, già sperimentato dalla dottrina più attenta e dalla giurisprudenza più autorevole, di ricostruire il significato dell'attività denominata "sopralluogo" di polizia giudiziaria.

Come si è già anticipato, del sopralluogo non vi è traccia nel codice di procedura penale, ad onta del suo impiego diffuso nelle aule giudiziarie²: cionondimeno è possibile operare una ricostruzione del suo significato alla luce delle disposizioni contenute nel codice di rito.

La disciplina del sopralluogo di polizia giudiziaria ruota attorno a tre disposizioni codicistiche inscindibilmente legate da un rapporto di progressiva tipizzazione: gli artt. 55, 348 e 354 individuano, tra le funzioni della p.g., quella attività tradizionalmente definita di assicurazione delle fonti di prova.

L'art. 348 individua diverse attività, astrattamente eseguibili da parte della p.g. nell'esercizio delle funzioni di cui al richiamato art. 55 c., suscettibili di classificazione in atti c.d. tipici ed atti atipici. Questi ultimi possono consistere in pedinamenti, appostamenti, rilievi descrittivi e fotografici³, ma anche nella delimitazione del *locus commissi delicti*⁴, e più in generale in attività connotate da moduli operativi elastici suscettibili di adattamento al caso di specie⁵.

Secondo alcuni autori⁶, in accordo con la giurisprudenza di legittimità⁷, rientrerebbero tra gli atti

atipici anche i c.d. sopralluoghi di p.g., purchè non si traducano in un pregiudizio dei diritti costituzionalmente garantiti (quali l'integrità fisica, la libertà personale, il domicilio ecc.): per tale ragione non sono ammissibili, quanto meno come atti atipici *ex art. 348 c.*, i sopralluoghi di ambienti tutelati dalla previsione di cui all'art. 14 della Carta costituzionale.

Tradizionalmente, tra i c.d. atti tipici della polizia giudiziaria si annoverano le attività disciplinate dagli articoli 349-354 c., il cui comun denominatore consiste nella ridotta capacità di flessibilizzazione dei poteri investigativi della polizia giudiziaria, nonché nella predisposizione di un sostrato minimo di garanzie a favore dell'indagato e a tutela del suo diritto di difesa.

Ai nostri fini assume rilievo la disposizione di cui all'art. 354 c. relativa ai c.d. "accertamenti urgenti sui luoghi sulle cose e sulle persone", nel cui ambito rientrerebbe il nostro arcano istituto, che sembrerebbe legittimare, in casi del tutto eccezionali, un potere ispettivo della polizia giudiziaria. Il disposto di cui all'art. 354 comma 2, infatti, legittima il compimento di rilievi ed accertamenti urgenti sulle cose, sui luoghi e sulle persone (con il solo importante limite dell'ispezione personale) giustificate dal pericolo di dispersione, alterazione o modificazione delle stesse, nonché dall'impossibilità di un intervento tempestivo del pubblico ministero o dalla mancata assunzione della direzione delle indagini da parte di quest'ultimo.

L'assenza contingente del p.m., la tendenziale irripetibilità dell'atto, l'espressa esclusione dell'ispezione personale (riservata all'autorità giudiziaria), l'arsenale, sia pure circoscritto, di garanzie previsto all'art. 356 c., militano verso un avvicinamento della disciplina di cui al summenzionato articolo alla c.d. ispezione di cui agli artt. 244 e ss. del codice di rito⁸.

Tradizionalmente il compimento di rilievi e accertamenti urgenti sullo stato dei luoghi viene definito, anche dagli addetti ai lavori, "sopralluogo"⁹ e si connota per l'adozione di comportamenti ancillari all'attività ispettiva, quali l'effettuazione di rilievi descrittivi, planimetrici o fotografici, finalizzati a

¹ Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, 2002, 212, in cui si afferma l'ininfluenza della denominazione data dalla p.g. all'atto, laddove questi contenga i requisiti prescritti dalla legge per quel dato tipo di attività.

² Laurino, *Il sopralluogo nel procedimento penale*, relazione tenuta all'Incontro di studi organizzato dal CSM il 16 novembre 2004, reperibile sul sito internet del Consiglio Superiore della Magistratura, 2.

³ Cfr. Cass., sez. V, 6 aprile 1999, *CED Cass.*, 214872; Cass., sez. IV, 11 febbraio 1998, *CED Cass.*, 210444; Cass., sez. II, 12 dicembre 1997, C., *Riv. pen.* 1998, 811; Cass., sez. I, 4 febbraio 1996, *CED Cass.*, 204956; Cass., sez. VI, 8 novembre 1995, P., *Riv. pen.* 1996, 1278.

⁴ Amato- D'Andria, *Organizzazioni e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 123.

⁵ D'Ambrosio- Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2003, 151.

⁶ Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 47; Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, cit., 528.

⁷ Cfr. Cass., sez. VI, 3 giugno 1998, *CED Cass.*, 212220; per quel che attiene alla difficile individuazione del concetto di loca-

le pubblico o aperto al pubblico v. Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, V., *Cass. pen.* 2001, 2434.

⁸ Moscarini, *Ispezione (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 466; Amato- D'Andria, *Organizzazioni e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 124.

⁹ De Leo, *Le indagini tecniche di polizia. Un invito al legislatore*, *Cass. pen.*, 1996, 698, in cui l'autore afferma come il termine "accertamenti" venga usato dal legislatore in modo improprio, per designare l'attività di rilevazione tecnica che viene svolta nel corso dei c.d. sopralluoghi.

IL SOPRALLUOGO DI POLIZIA GIUDIZIARIA

crystalizzare una data situazione suscettibile di modifica irreversibile nel tempo.

Il sopralluogo, quindi, altro non sarebbe che l'ispezione condotta d'iniziativa dalla polizia giudiziaria: un caso in cui la prassi abbandona l'affezione per il profumo del fiore shakespeariano e conia un proprio nome.¹⁰

Più precisamente nell'ambito delle attività di cui all'art. 354 comma 2 c. vengono fatte rientrare anche le operazioni di rilevazione di dati, e più in generale, assicurative svolte nel corso dei c.d. sopralluoghi.¹¹

IL LIMITE DEL RISPETTO DEI DIRITTI COSTITUZIONALMENTE GARANTITI

A ben vedere, però, l'adozione di una terminologia così transeunte pone non pochi problemi sul piano della tutela dei diritti costituzionali dell'individuo, che è opportuno di seguito esaminare.

Si è detto *supra* che alla polizia giudiziaria è precluso lo svolgimento del c.d. sopralluogo nel c.d. domicilio privato o in luoghi ad esso equiparati. Tale regola, subisce una vistosa eccezione proprio in relazione all'ipotesi prevista all'art. 354 c., di cui si è più volte sostenuto il valore ispettivo. Se così è, l'ispezione (*rectius* sopralluogo) di p.g. collide con il disposto di cui all'art. 14 Cost. che sancisce l'inviolabilità del domicilio, ammettendone la compromissione solo nei casi e modi previsti dalla legge e nel rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost.

Tale ultima disposizione, è superfluo ricordarlo, pone una riserva c.d. di giurisdizione in relazione alla compressione della libertà personale, la cui ammissione è subordinata ad un provvedimento della autorità giudiziaria, o in mancanza, ad un successivo provvedimento di convalida dalla stessa emanato.

Di questa procedura non vi è alcuna traccia nel codice di rito, che, sibillamente, tace sul punto. Sembrerebbe, dunque, che le garanzie richieste dall'ispezione *ex art.* 244, possano, con una certa disinvoltura, essere disattese dalla polizia giudiziaria, facultizzata nell'accedere in luoghi c.d. privati senza la necessità di un provvedimento autorizzativo.

Ad onor del vero occorre precisare che, secondo una certa dottrina¹², l'obiezione sarebbe superabile dall'eventuale consenso dell'interessato, che legiti-

timerebbe l'accesso della p.g., *bypassando* la cruna stretta delle norme sull'ispezione.

La tesi in commento è certamente dotata di plausibilità, ma in qualche modo ignora il modo in cui la prassi ama squarciare il velo dell'illusione: chiamata sopralluogo dagli ufficiali che si recano presso l'abitazione dello sprovveduto cittadino, poco avvezzo alle raffinate distinzioni terminologiche della dottrina e della giurisprudenza, e svolta secondo modalità il più delle volte oscure, l'attività ispettiva della polizia giudiziaria si risolve in una impalpabile lesione della sfera privata dell'individuo, destinata a produrre effetti irrimediabili sulla vicenda processuale.

In materia edilizia, tornando all'esempio precedente, si assiste a una tacita ammissione, da parte dell'autorità giudiziaria, e a un'inerte accettazione, da parte dell'indagato, di un'attività ispettiva svolta nel c.d. domicilio del cittadino, chiamata sopralluogo, ma verbalizzata come "segnalazione": un'attività la cui invasività viene opacizzata dall'impiego di termini rassicuranti. Si tratta, invero, di una prassi molto diffusa, che nasconde malamente l'intento di celare all'ingenuo cittadino il contenuto dell'attività posta in essere dagli ufficiali di p.g. e delle garanzie imposte. È supponibile, infatti, che diverso sarebbe il comportamento del cittadino ove questi venisse edotto della natura ispettiva dell'attività svolta dalla p.g.

Non può valere l'obiezione, finalizzata a una sommaria redenzione della suddetta prassi, in forza della quale tale attività il più delle volte sarebbe generata dalla parallela vicenda amministrativa e quindi non soggiacerebbe alle regole procedurali codicistiche: secondo costante giurisprudenza gli atti previsti dall'art. 354 comma 2 e 3 c. possono essere compiuti, nel corso di una vicenda di origine amministrativa cui segua un accertamento penale, anche dai c.d. vigili urbani, in capo ai quali lo svolgimento di funzioni di p.g. (ammesse dalla previsione di cui all'art. 113 disp. att. c.), legittima il compimento di accertamenti e rilievi e impone il rispetto delle relative garanzie¹³.

Se non dovesse bastare si ricorda che l'art. 220 delle norme di coordinamento del codice Vassalli prescrive il rispetto delle disposizioni codicistiche, nel caso in cui indizi di reato emergano nel corso di attività c.d. ispettive o di vigilanza e si rendano necessari atti di assicurazione delle fonti di prova.

Cionondimeno le modalità di svolgimento di attività di sopralluogo continuano ad assumere profili di manifesta inosservanza del testo costituzionale.

¹⁰ Laurino, *Il sopralluogo nel procedimento penale*, cit., 2; Siracusano, *I mezzi di ricerca della prova*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà (a cura di), *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, 401-402.

¹¹ De Leo, *Le indagini tecniche di polizia. Un invito al legislatore*, cit., 698; Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, rist. agg., Torino, 2001, 154.

¹² Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, cit., 507.

¹³ Per tutte cfr. Cass., sez. III, 11 ottobre 1995, n. 3420, *Cass. pen.* 1996, 2260; per la dottrina v. Scaglione, *Le attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 164.

IRRIPETIBILITÀ DEL SOPRALLUOGO

Un ulteriore profilo problematico sul quale svolgere una accurata, ancorchè non risolutiva, riflessione attiene alla natura dell'attività posta in essere dalla polizia giudiziaria nel corso delle operazioni di cui all'articolo 354 c. Tale indagine, oltretutto finalizzata a ricostruire l'ontologia degli accertamenti e dei rilievi urgenti, *rectius* del sopralluogo, è pregna di refluenze sul piano applicativo.

Invero diversa sarà l'incidenza di tale attività sulla vicenda processuale a seconda che agli atti *ex art. 354* comma 2 si attribuisca o meno il requisito dell'irripetibilità.

Preliminarmente una precisazione di ordine sistematico è dovuta, onde limitare il rischio di fraintendimenti: l'irripetibilità originaria o sopravvenuta degli accertamenti di polizia giudiziaria, non ha nulla a che vedere con la controversa figura degli accertamenti tecnici irripetibili, sulla cui eseguibilità da parte della p.g. si registrano indirizzi dottrinali e giurisprudenziali opposti. Gli accertamenti di cui ci si occupa in questa sede differiscono sensibilmente dall'omonima figura di cui all'art. 360 c., posto il carattere puramente ispettivo-assicurativo delle operazioni svolte *ex art. 354* c.

Ciò premesso, è indubbio che il requisito dell'urgenza, previsto ai fini del legittimo svolgimento degli accertamenti e dei rilievi, e giustificato da un reale rischio di alterazione dello stato dei luoghi delle cose o delle persone, possa determinare una migrazione di tali atti verso il terreno dell'irripetibilità.

Le attività di accertamento e rilevazione di cui si è detto costituiscono, quindi, atti, di regola irripetibili, in quanto aventi ad oggetto cose, tracce o luoghi suscettibili di modificazione, soggette, dunque, ad inserimento nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 comma 1 lett. b)¹⁴. Ne consegue la piena utilizzabilità delle stesse ai fini di una decisione sulla responsabilità penale dell'imputato. Occorre precisare, peraltro, come in alcuni casi proprio l'accertamento *ex art. 354* comma 2 costituisca la prova prin-

cipe di un procedimento penale (vedi ancora una volta le ipotesi di abusivismo edilizio o la valenza incriminante del c.d. *alcoltest*).

In tali ipotesi la giurisprudenza non ha esitato a configurare come irripetibili atti che nascono in una fase di indagine e che sono, tendenzialmente, sottratti alle regole del contraddittorio per la prova. Non è superfluo rilevare come proprio il verbale di sopralluogo relativo ad una situazione soggetta a modifiche costituisca, secondo unanime giurisprudenza, atto non ripetibile, idoneo a costituire fonte del convincimento del giudice nel corso del giudizio¹⁵.

LE GARANZIE DIFENSIVE DELL'INDAGATO:IL FONDAMENTO DEL DIRITTO ALL'ASSISTENZA DEL DIFENSORE

La tendenziale assimilabilità degli accertamenti e dei rilievi di p.g. all'attività ispettiva disposta dal titolare delle indagini determina l'esigenza di assicurare all'indagato un sistema, sia pure minimo, di garanzie, che si esplica nel diritto alla assistenza del difensore, previsto dall'art. 356 c.: tale disposizione attribuisce al difensore della persona sottoposta ad indagine la facoltà di assistere, senza diritto ad essere preventivamente avvisato, alle perquisizioni personali o locali, agli accertamenti ed ai rilievi urgenti di cui al citato art. 354 c., al sequestro del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti, nonché all'apertura dei plichi sigillati autorizzata dal pubblico ministero (art. 353 comma 2).

Non v'è chi non veda come il citato diritto del difensore sia connotato dai caratteri dell'eccezionalità e della tipicità, essendo quest'ultimo consentito unicamente rispetto al compimento di alcuni atti.

Il legislatore codicistico, inoltre, al fine di consentire l'effettivo esercizio del diritto all'assistenza difensiva dell'indagato, normalmente ignaro dei presidi posti dal codice a tutela della sua sfera giuridica personale, ha inserito nell'ambito delle c.d. norme di attuazione al codice di procedura penale un prezioso, quanto controverso articolo: l'art. 114 disp. att. dispone che la polizia giudiziaria avverta l'indagato della facoltà di farsi assistere dal difensore per il compimento degli atti di cui all'art. 356 c. Tale avviso deve essere dato al cittadino contestualmente all'inizio delle operazioni di indagine suddette, onde consentire al difensore di fiducia, prontamente reperibile, di assistere allo svolgimento delle stesse. Sulla portata della disposizione in esame e sugli ef-

¹⁴ Per la giurisprudenza v. Cass., sez.un., 28 ottobre 1998, n. 4, *Cass. pen.* 1999, 2074; Cass., sez. I, 5 dicembre 1994, n. 1344, *Giust. pen.* 1995, III, 348; Cass., sez. I, 13 dicembre 1993, C., *Giust. pen.* 1995, III, 60, 22; Cass., sez. I, 23 gennaio 1995, n. 5168, *Cass. pen.* 1996, 2994. Per la dottrina: D'Ambrosio-Vigna, *Polizia giudiziaria e nuovo processo penale*, Roma, 1989, 213; Frigo, *sub art. 431*, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, 724; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 141; Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 156. In alcuni casi si è limitata l'irripetibilità ai soli casi in cui essa si verifica con un accertamento caso per caso (v. Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, 95).

¹⁵ Cfr. Cass., sez. I, 28 dicembre 1993, n. 2555, *Cass. pen.* 1995, 2187, con nota di Lorusso, *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*.

IL SOPRALLUOGO DI POLIZIA GIUDIZIARIA

fetti della sua inosservanza si è sviluppato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sul quale conviene tornare tra breve, dopo aver chiarito gli ingranaggi dell'assistenza ex art. 356 e la *ratio* ad essa sottesa.

L'obbligo di avviso in capo agli ufficiali procedenti postula il ricorrere di un'unica condizione: che l'indagato, cui l'avviso è rivolto, sia presente, non essendo, peraltro, prevista alcuna nomina di un difensore di ufficio in assenza dell'indagato ovvero laddove quest'ultimo non indichi nessun difensore di fiducia.

Inoltre, affinché la facoltà di avvisare il proprio difensore di fiducia non rimanga una vuota formula, destinata a rassicurare i fautori della ritualità fine a se stessa, è opportuno precisare che, nonostante la p.g. non abbia l'obbligo di postergare il compimento dell'atto in attesa dell'arrivo del difensore¹⁶, quest'ultima dovrebbe consentire un limitato differimento delle operazioni, per garantire al difensore il raggiungimento del luogo dell'accertamento, senza comprometterne la fisiologica urgenza¹⁷.

Infine non è superfluo precisare che dell'avviso ex art. 114 disp. att. la p.g. deve dare atto nel verbale redatto ex art. 357c.

Si è già accennato all'importanza esplicativa della *ratio* delle disposizioni di cui agli artt. 356 c. e 114 disp. att.: conviene ora soffermarsi su tale aspetto, ancora una volta pregno di refluenze applicative.

Secondo un'opinione diffusa la predisposizione legislativa di un complesso di garanzie difensive previste rispetto al compimento degli atti di cui all'art. 356, troverebbe giustificazione nella necessità di assicurare un limitato contraddittorio tra le parti rispetto ad atti irripetibili, destinati a transitare nel fascicolo dibattimentale e a costituire prova per il giudice (attraverso la lettura o l'indicazione del verbale)¹⁸.

Siffatta tesi è avversata da chi ritiene che l'irripetibilità non costituisca in alcun modo una caratteristica indefettibile di tutti gli atti indicati all'art. 356, non essendovi perfetta simmetria tra operazioni

garantite e irripetibilità dell'atto¹⁹. Piuttosto la disciplina ricavabile dal combinato disposto degli artt. 356 c. e 114 disp. att. si spiegherebbe in funzione del carattere "a sorpresa" dell'atto, ma soprattutto in virtù della prognosticabile idoneità delle operazioni citate a pregiudicare i diritti fondamentali della persona²⁰.

Invero non sembra esservi inconciliabilità tra le tesi sopra richiamate, posta la duplicità di funzioni assolute dalle norme in esame: l'assistenza del difensore si spiega tanto in funzione del carattere invasivo e limitativo dei diritti fondamentali dell'individuo, quanto a motivo dell'astratta idoneità, *ex ante* o sopravvenuta, dell'atto a costituire prova per il dibattimento²¹ e quindi in ragione della necessità di assicurare l'espletamento dei diritti di difesa dell'indagato.

Il complesso di garanzie previste dalle norme citate costituisce dunque l'evidente realizzazione dei pilastri del diritto processuale penale italiano, cui nessuna prassi applicativa può derogare.

(SEGUE) I PROFILI PROBLEMATICI

Le considerazioni sopra svolte costituiscono il postulato indefettibile per l'esame dell'istituto, meglio noto con il termine "sopralluogo", degli accertamenti e dei rilievi di p.g. sui luoghi: dai principi sopra succintamente espressi non dovrebbe potersi prescindere nell'ambito della prassi operativa.

Invero le premesse sopra svolte sembrano assumere una transeunte consistenza quando dal piano dei principi si passa alla concretezza dell'attività posta in essere dalla polizia giudiziaria.

Si è già detto come spesso il sopralluogo assuma la forma della "segnalazione" di p.g.: si tratta di un espediente, ispirato da esigenze di duttilità operativa, che non porrebbe, teoricamente, alcun problema

¹⁶ Cfr. Cass., sez. IV, 23 ottobre 1992, T., Arch. nuova proc. pen. 1993, 628.

¹⁷ La Marca, sub art. 114 disp. att., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., La normativa complementare, I, Norme di attuazione, Torino, 1992, 405; Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 184; Molinari, sub art. 356, Conso (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Piacenza, 2005, 1300.

¹⁸ Rel. prog. prel. c., 88; Conti-Macchia, *Indagini preliminari*, Enc. giur., XVI, Roma, 1994, 15; Paulesu, sub art. 356, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 3119; Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 184; Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, Siracusano - Galati - Tranchina - Zappalà, *Diritto processuale penale*, cit., 102.

¹⁹ v. Sanlorenzo, sub art. 356, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 150, 151, ove si specifica che analoghe garanzie difensive sono previste per le c.d. sommarie informazioni di p.g. che, normalmente, non costituiscono atti irripetibili.

²⁰ Sanlorenzo, sub art. 356, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 150, 151; Amato-D'Andria, *Organizzazioni e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 204 ss.

²¹ Appare illuminante a tal fine l'osservazione di Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, Cass. pen. 1990, 280, che afferma la capacità degli accertamenti e dei rilievi ex art. 354 a costituire prova a fini della decisione nell'ambito di quei procedimenti (applicazione della pena su richiesta, decreto penale di condanna, rito abbreviato) in cui la pronuncia del giudice si basa quasi esclusivamente sui materiali raccolti dall'accusa nel corso delle indagini preliminari, e ciò indipendentemente dal carattere irripetibile o meno dell'atto.

laddove vi fosse in concreto il rispetto delle garanzie difensive di cui sopra²².

L'esame delle vicende giudiziarie contingenti dimostra, invece, la fallacia di questa affermazione: l'impiego di tali espressioni servirebbe, in alcune ipotesi, a *bypassare* l'applicazione del flebile diritto all'assistenza difensiva in favore dell'indagato ed ad accelerare la fase dell'accertamento urgente.

Della possibilità di farsi assistere dal difensore, non previamente avvisato, nel corso delle operazioni di sopralluogo non vi è traccia nella c.d. segnalazione la quale, a motivo del suo oscuro *nomen*, sfugge alla comprensione della sua reale essenza.

Tale attività di sopralluogo, irrualmente verbalizzata, non viene compresa dallo sprovveduto cittadino, che, della possibilità di chiamare il suo avvocato, rimane, di fatto, all'oscuro.

Ad aggravare una situazione già ampiamente discutibile, si aggiunge un elemento di capitale importanza. Secondo un orientamento pressoché consolidato di dottrina e giurisprudenza, l'omesso avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia costituisce, sulla base del combinato disposto degli artt. 356 c. e 114 disp. att., un'ipotesi di nullità di ordine generale (ai sensi dell'art. 178 lett. c), soggetta al regime intermedio di cui all'articolo 180 c.²³ Ne consegue la rilevabilità, su istanza di parte o *ex officio*, sino alla pronuncia della sentenza di primo grado.

Invero, l'inosservanza della disposizione di cui all'art. 114 è strettamente collegata all'obbligatoria presenza dell'indagato cui l'avviso è rivolto, onde la nullità in questione deve essere eccepita, stante il disposto dell'art. 182, secondo comma, c., prima del compimento dell'atto stesso, ovvero, ove ciò non sia possibile, immediatamente dopo²⁴. Rima-

ne ferma la possibilità per il giudice di rilevare, d'ufficio, il suddetto vizio oltre le preclusioni di cui all'art. 182, comma 2, c., ma entro i limiti imposti dall'art. 180.

In sintesi il cittadino dovrebbe contestare la predetta violazione subito, ovvero, al massimo, immediatamente dopo, una volta consultatosi con il suo difensore.

Quest'ultimo farà finalmente capolino nella fase delle indagini preliminari, dovendo ricostruire l'attività della p.g. e, se del caso, rilevare la relativa nullità.

Invero, come è stato utilmente osservato, non si comprende quando il cittadino, ovvero il suo difensore, possano, utilmente, eccepire la predetta nullità, considerati i ristretti termini accordati agli stessi e l'impossibilità di conoscere preventivamente lo svolgimento di un atto per il quale sono previste elementari, oltreché minime, garanzie difensive²⁵.

Tornando nuovamente alla prassi operativa, si tenga presente il già citato caso del sopralluogo svolto in spregio della normativa di rito e qualificato "segnalazione".

Applicando le predette regole alla controversa vicenda del sopralluogo non v'è chi non veda come una siffatta disciplina, ancorché assistita da un sufficiente reticolato di garanzie difensive, sia destinata a rimanere lettera morta.

La persona sottoposta alle indagini che subisce un accertamento *ex art.* 354 comma 2, non soltanto

²² Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 58, che richiama un costante orientamento giurisprudenziale favorevole all'assunzione come documenti degli atti irripetibili di p.g. (quali accertamenti e rilievi *ex art.* 354 c.p) che non assumano la forma del verbale, purché non difettino i requisiti sostanziali dell'atto (Cass., sez. III, 18 febbraio 1998, C., *Cass. pen.* 2000, 688).

²³ Per la dottrina v. Bellantoni, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, 378; per la giurisprudenza: Cass., sez. V, 2 aprile 2003, n. 20271, *Riv. pen.* 2004, 254; Cass., sez. V, 7 luglio 1999, n. 10478, *CED Cass.*, 214466.

²⁴ Cass., sez. IV, 2 dicembre 2009, n. 48344; Cass., sez. IV, 5 marzo 2009, n. 23605, *Guida dir.* 2009, 30, 102; Cass., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27736, *Cass. pen.* 2008, 6, 2589; Cass., sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, *CED Cass.*, 207858; Cass., sez. VI, 9 dicembre 1993, *CED Cass.*, 198240; Cass., sez. I, 13 ottobre 1992, *CED Cass.*, 191920. Invero, in materia di *alcoltest*, rispetto alla tempestività e validità della relativa eccezione di nullità si registra un contrasto giurisprudenziale approdato, recentemente, innanzi alla sezioni Unite della Corte di Cassazione. Infatti, secondo un orientamento più restrittivo e, ad avviso di chi scrive, nettamente prevalente, l'art. 182 comma 2 c. deve essere

interpretato in maniera rigorosa, ammettendosi che l'eccezione di nullità dell'atto venga sollevata al più tardi "immediatamente dopo" il compimento dell'atto stesso, tutt'al più attraverso lo strumento delle memorie *ex art.* 121 c., onde sarebbe tardiva un'istanza presentata solo dopo il compimento del primo atto procedimentale (cfr. per tutte Cass., sez. VI, 9 dicembre 1993, S., cit.); in senso diametralmente opposto e operando una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 354, 356, 366 c. e 114 delle disp. att. del c., parte della giurisprudenza (Cass., sez. IV, 25 settembre 2003, *CED Cass.*, 227303) ammette la possibilità di far rilevare la predetta nullità anche al compimento del primo atto procedimentale utile (ad esempio, nel procedimento *ex art.* 459 ss., c., in sede di opposizione al decreto penale di condanna). Tale ultima soluzione appare, a parere della scrivente, nettamente preferibile, in quanto più rispettosa e più attenta alla reale prassi operativa e alle garanzie di difesa minime dell'imputato. Il predetto contrasto, però, attualmente non registra alcuna soluzione, posto che le sezioni Unite non hanno potuto pronunciarsi sul punto, dovendo rilevare l'abnormità del provvedimento oggetto di ricorso: il motivo di ricorso inerente il predetto contrasto è stato, dunque, assorbito dalla citata abnormità (Cass., sez.un., 25 marzo 2010, n. 21243, *Cass. pen.*, 2010, 11, 3765).

²⁵ Si veda al riguardo l'opinione espressa da Paglia (nota a Cass., sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, *Giur. it.* 1997, II, 633) secondo la quale il predetto regime di rilevazione della violazione degli artt. 356 e 114 disp. att., così come enucleato dalla giurisprudenza di legittimità, costituirebbe una manifesta violazione del diritto costituzionale di difesa, con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 182, comma 2, nell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte.

IL SOPRALLUOGO DI POLIZIA GIUDIZIARIA

non sarà avvisato della possibilità di nominare un proprio difensore, ma non potrà, verosimilmente, far valere la conseguente nullità dell'atto posto in essere, non comprendendo l'operazione che la p.g. sta eseguendo.

L'atto di cui si discute altro non è che una segnalazione, nella quale neppure vengono menzionate le disposizioni codicistiche.

Per cui, ammesso e non concesso che si possa far valere il vizio di un atto che, per forma e per contenuto, sfugge alla categoria delle attività *ex art. 354*, comma 2, occorrerà rilevarlo subito o immediata-

mente dopo il suo compimento. Ma come potrebbe l'indagato eccepire, in assenza di un professionista che lo assista, il vizio di un atto eseguito sotto mentite spoglie?

Risorge, dalla problematica richiamata, l'esigenza di un ordine nominalistico, che, ineseguibile a livello legislativo, stante la variegata categoria delle attività di indagine della polizia giudiziaria, si impone quantomeno a livello operativo, al fine di scongiurare il rischio di una disinvolta, irredimibile, quanto inaccettabile compressione dei diritti fondamentali dell'individuo.