

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

DIRETTA DA ADOLFO SCALFATI

WWW.PROCESSOPENALEEGIUSTIZIA.IT

ANNO IV, N. 1-2014

COMITATO DI DIREZIONE

Ennio Amodio
Giuseppe Di Chiara
Paolo Ferrua
Giulio Garuti
Luigi Kalb
Sergio Lorusso
Mariano Menna
Gustavo Pansini
Francesco Peroni



Giuridica Editrice
Roma

Peer reviewers

Enrico Mario Ambrosetti, Alessandro Bernasconi, Piermaria Corso, Agostino De Caro, Marzia Ferraioli, Novella Galantini, Maria Riccarda Marchetti, Paolo Moscarini, Angelo Pennisi, Tommaso Rafaraci, Antonio Scaglione, Andrea Scella.

Peer review

La revisione dei pari garantisce il livello qualitativo dei contenuti della Rivista. La valutazione viene compiuta tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e Nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata a rotazione da due Professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori, i quali esprimono un giudizio sulla meritevolezza o meno della pubblicazione. Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima. I contenuti editi nella Sezione denominata "Scenari" non sono soggetti a revisione.

Coordinamento

Teresa Bene, Donatella Curtotti, Carla Pansini, Nicola Triggiani, Cristiana Valentini, Daniela Vigoni.

Redazione

Gastone Andreatza, Fulvio Baldi, Antonio Balsamo, Orietta Bruno, Lucio Camaldo, Sonia Campailla, Laura Capraro, Assunta Cocomello, Marilena Colamussi, Antonio Corbo, Gaetano De Amicis, Alessandro Diddi, Stefano Di Pinto, Ada Famiglietti, Rosa Maria Geraci, Mitja Gialuz, Paola Maggio, Antonio Pagliano, Giorgio Piziali, Roberto Puglisi, Alessia Ester Ricci, Nicola Russo, Alessio Scarcella, Elena Zanetti.

Anno IV, n. 1-2014

ISSN Print 2039-4179

ISSN On-line 2039-4527

ISBN 978885820????

Prezzo: singolo fascicolo € 20,00;

in abbonamento (6 numeri) € 100,00

Iscrizione Tribunale di Roma

n. 456/2010 del 6/12/2010

Sede legale: Roma 00173 – Via B. Alimena n. 5

Direttore Responsabile: Adolfo Scalfati

EDITORIALE / EDITORIAL

PAOLO FERRUA

Quattro fallacie in tema di prova / (Four) wrong beliefs on evidence	1
---	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i> (ELENA ZANETTI)	13
<i>De jure condendo</i> (MARILENA COLAMUSSI)	17
Corti europee / <i>European Courts</i> (MARCELLO STELLIN)	21
Corte costituzionale (DONATELLA CURTOTTI)	30
Sezioni Unite (VALERIA MARCHESE)	33

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Carcere “duro” e colloqui difensivi	37
Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 2013, n. 143.....	37
Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa / <i>Differentiated detention regime and protection of the right of defense</i> (CARLO FIORIO)	42

Disciplina intertemporale e sindacato di costituzionalità: limitata la riapertura dei termini per il rito abbreviato	48
Corte costituzionale, ordinanza 23 luglio 2013, n. 235.....	48
Chiose a margine del caso <i>Scoppola</i> : la Corte costituzionale sulla limitata riapertura dei termini per accedere al giudizio abbreviato / <i>Rethinking Scoppola case: the Constitutional Court on the limits for reopening the terms to access summary trial</i> (ENRICO MARIA MANCUSO).....	53

Integrità funzionale del Governo e speditezza del processo: spetta al giudice contemporaneamente gli opposti interessi e valutare in concreto la sussistenza del legittimo impedimento	61
Corte costituzionale, sentenza 1° luglio 2013, n. 168.....	61
Legittimo impedimento per “motivi istituzionali” e rispetto del principio bidirezionale di leale collaborazione tra i poteri dello stato / <i>Legal impediment for “institutional reasons” and respect of the bidirectional principle of sincere cooperation between the state’s powers</i> (ELGA TURCO)	65

Legittimazione della parte civile ad appellare la sentenza di condanna che non subordini la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno	74
Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 15 febbraio 2013, n. 22342.....	74
Verso l’espansione dei poteri della parte civile / <i>Towards the expansion of the powers of a civil party</i> (SIMONA ARASI)	77

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS

SIMONA ARASI

Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario? / Law of 9th August, 2013: is it a first step to eliminate prison overcrowding?	85
---	----

FRANCESCO TRAPPELLA

Guida in stato di ebbrezza e lavori di pubblica utilità ante iudicatum / *Driving while intoxicated and Works of public utility ante iudicatum*98

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

PAOLO TROISI

L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne / *The obligation to translate the procedural documents*109

ADA FAMIGLIETTI

Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze / *About suspension of proceedings for defendant's incapacity*124

INDICI / INDEX

Autori / <i>Authors</i>	133
Provvedimenti / <i>Measures</i>	134
Materie / <i>Topics</i>	134

PAOLO FERRUA

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Torino

Quattro fallacie in tema di prova

(Four) wrong beliefs on evidence

La scarsa attenzione alla struttura triadica della prova (premesse probatorie, atto del provare, proposizione da provare) genera frequenti fallacie. La prima consiste nel supporre che gli indizi non costituiscano prove: l'equivoco nasce dalla confusione tra il concetto di 'prova' e l'esito positivo della prova. La seconda fallacia è di ritenere che esistano nel processo due *standard probatori*: l'oltre ogni ragionevole dubbio per la condanna e il 'più probabile che non' per le misure cautelari ed altri temi. L'oltre ogni ragionevole dubbio è lo *standard* implicito nel concetto di 'provare', valido in ogni contesto processuale; il 'più probabile che non' appartiene alla proposizione da provare. La terza fallacia sta nel preteso divieto per il giudice di legittimità di re-interpretare le prove, essendo intangibile la valutazione operata dal giudice di merito: assunto contraddittorio rispetto al sindacato pacificamente svolto dalla Cassazione sulle inferenze contenute nella sentenza. La quarta fallacia è un 'astrazionismo', che pretende di formalizzare in massime generali, incondizionatamente applicabili, le motivazioni con cui la Cassazione controlla il rispetto dei criteri legali di valutazione nel singolo processo.

In criminal proceedings many fallacies may occur if we don't consider accurately the meaning and the right connections between evidence, thema probandum and the inferences from the former and the latter.

LA TRIADE PROBATORIA

Nei discorsi sulla prova si possono frequentemente individuare alcune fallacie, derivanti per lo più da una scarsa attenzione alla triade in cui si scompone l'operazione probatoria: a) i dati legittimamente acquisiti al processo, ossia le prove nel senso proprio della parola, formalizzate nelle *premesse* o *proposizioni probatorie*; b) le *proposizioni da provare* costituenti l'oggetto o il tema della prova, che possono essere intermedie (quando, una volta provate, siano assunte come premesse probatorie per nuove inferenze) o finali; queste ultime, a loro volta, distinte in principali (se riguardano il tema tipico del processo penale, ossia il fatto descritto nell'atto di imputazione) e incidentali (se relative ad altri temi del processo, come il tema cautelare, la condotta illecita di cui all'art. 500 c.p.p. ecc.); c) l'*atto del provare*, il cui *standard*, come vedremo, corrisponde sempre e soltanto alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

INDIZI VS PROVE

Una prima fallacia sta nel contrapporre indizi e prove come se fossero entità distinte e incompatibili fra loro. Fallacia perdonabile quando espressa nel linguaggio corrente della pubblica opinione. 'In quel processo non ci sono prove, ma solo indizi...' è una frase in cui ci si imbatte frequentemente. Presa alla lettera, va intesa nel senso (improbabile) che nel tal processo nessuna prova sia stata legittimamente acquisita, vale a dire, manchi qualsiasi dato (testimonianze, cose pertinenti al reato, perizie, dichiarazioni degli imputati, ecc.) valutabile dal giudice; e resterebbe da chiarire cosa si intenda con il richiamo ai misteriosi 'indizi' nell'ambito di un processo privo di ogni acquisizione probatoria. È evidente, tuttavia, che quella frase vuole alludere, in una forma impropria, a qualcosa di diverso, che più correttamente dovrebbe così esprimersi: 'in quel processo sono state acquisite diverse prove, nessuna

delle quali si è rivelata sufficiente a provare il fatto attribuito all'imputato'. C'è una differenza abissale tra dire che 'x è (o non è) prova' e dire che 'x prova (o non prova) y': nel primo caso affermo o nego una potenzialità, in base alla quale il giudice è autorizzato a valutare x sul tema y; nel secondo affermo o nego l'esito positivo della prova.

Dovrebbe essere chiaro, infatti, che una testimonianza non cessa di essere 'prova' per il solo fatto che sia vaga, irrilevante o persino falsa; così come costituisce una prova la circostanza che l'imputato fosse in buoni o cattivi rapporti con la vittima, ne fosse o no geloso, pur trattandosi di un elemento di per sé assolutamente inidoneo a provare il gesto omicida che gli è imputato. 'Prova' è tutto ciò che sia legittimamente acquisito al processo e, quindi, valutabile dal giudice in ordine ad un qualsiasi tema probatorio; e poco importa, ai fini del concetto di prova, che un dato valutabile si riveli in concreto più o meno persuasivo, più o meno rilevante ai fini della proposizione da provare.

Sotto questo aspetto è netta la differenza tra una prova vietata dalla legge, quindi non acquisibile al processo, e una prova manifestamente irrilevante o sovrabbondante. A norma dell'art. 190 c.p.p. il giudice esclude l'una e l'altra. Ma la prima, ossia quella vietata dalla legge, è irrimediabilmente inammissibile, e, seppure ammessa per errore, resta giuridicamente inesistente, *tamquam non esset*, quali che siano i suoi rapporti con la proposizione da provare. La seconda è esclusa non perché inammissibile, ma per effetto di una valutazione 'allo stato degli atti', che, anticipando parzialmente il merito del giudizio, la ritiene manifestamente ininfluenza sulla proposizione da provare; esclusione 'provvisoria', destinata a convertirsi in ammissione, non appena emerga una qualche rilevanza del dato già estromesso. Insomma, mentre è impensabile che una proposizione possa essere provata da elementi diversi dalle prove, non tutto ciò che è prova, ossia valutabile dal giudice, sortisce l'effetto di provare.

Meno perdonabile l'errore se compare nel discorso tecnico. Ad esempio, vi cade clamorosamente la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale quando afferma che con il richiamo dell'art. 192 c.p.p. «agli indizi gravi, precisi e concordanti si è voluto porre una regola che serva da freno nei confronti di usi arbitrari e indiscriminati di elementi ai quali, sul piano logico, non è riconosciuta la stessa efficacia persuasiva delle prove»¹. Se davvero gli indizi non costituissero 'prove', sareb-

bero oggetto di una regola di esclusione che impedirebbe ogni loro valutazione; e, anche se mille, gravi, precisi e concordanti, sarebbero *a priori* ininfluenti. L'art. 192 c.p.p. fissa, invece, un criterio di valutazione relativo al valore, al significato che gli indizi, *rectius* le 'prove indiziarie' possono assumere in ordine alla proposizione da provare, subordinando il buon esito della prova ai requisiti della gravità, precisione e concordanza; ma ogni criterio di valutazione, al contrario di una regola di esclusione, presuppone la natura di prova del dato a cui si riferisce; altrimenti, quel dato non sarebbe in alcun modo valutabile, perché estraneo al quadro probatorio, giuridicamente inesistente a tale fine.

In analogo errore incappa la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, quando afferma che nei provvedimenti cautelari il giudizio prognostico *ex art. 273 c.p.p.* è condotto «non su prove, ma su indizi»². Ora, se ai fini delle misure cautelari non occorressero prove, bisognerebbe concludere che sul tema cautelare non vi sia nulla da provare, posto che, come si accennava, solo le prove possono 'provare'. Conclusione irragionevole, essendo evidente che ogni provvedimento cautelare esige la doppia prova dei *pericula libertatis* (pericolo di inquinamento delle prove, di fuga o della commissione di gravi delitti) e del *fumus boni iuris*. Si obietterà a quest'ultimo riguardo che la legge parla di «gravi indizi di colpevolezza» e non di 'prove'. Ma, in base alla struttura triadica della prova, è facile rispondere che la formula «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273 c.p.p., traducibile in 'probabile colpevolezza' o espressioni affini, non indica le premesse probatorie, ma la proposizione da provare, per la cui verifica naturalmente servono prove.

In altri termini, tanto per la condanna quanto per i provvedimenti cautelari occorrono prove: tuttavia, mentre per la prima la proposizione da provare è la 'colpevolezza', per i secondi è solo la 'probabile colpevolezza'. E il medesimo discorso vale per i «gravi indizi di reato» richiesti per le intercettazioni di conversazioni (art. 267 c.p.p.): anch'essi, esattamente come i gravi indizi di colpevolezza, non costituiscono le premesse probatorie, ma la proposizione da provare.

INDIZI VS PROVE IN SENSO STRETTO

Resta da chiedersi quale sia una corretta nozione di prova indiziarie, tale da ritagliare nell'universo del-

¹ Relazione al progetto preliminare del 1978, 167 s. (l'articolo di riferimento del progetto era il 183).

² V. Corte cost. sent. n. 131 del 1996; nello stesso senso, per la contrapposizione tra indizi e prove, Corte cost. sent. n. 432 del 1995, nonché Cass., Sez. Un. 30 ottobre 2002, Vottari, *Cass.pen.*, 2003, 396, nt. 112.

FERRUA / QUATTRO FALLACIE IN TEMA DI PROVA

le prove una specifica categoria dai contorni netti, ben definiti. Tre diverse definizioni si contendono il campo.

La prima contrappone gli 'indizi' alle 'prove in senso stretto', sulla base della regola (massima di esperienza o legge scientifica) che consente il passaggio dalla prova al tema da provare: mentre «nella prova in senso stretto la conclusione inferenziale si ottiene utilizzando esclusivamente leggi logiche o scientifiche non probabilistiche», nell'indizio «vi è l'applicazione di massime di esperienza (cui vanno assimilate [...] le leggi scientifiche probabilistiche), cosicché per quest'ultimo vi è carenza di validità logica»³. L'indizio sarebbe, in sostanza, la prova debole, inidonea da sola a produrre risultati di certezza, per il nesso alquanto fragile che la lega alla proposizione da provare.

Questa nozione è, senza dubbio, quella più vicina alla prospettiva che traspare dal tenore dell'art. 192 c.p.p., i cui artefici presumibilmente intendevano alludere a prove fondate su inferenze deboli e, come tali, incapaci di sorreggere una conclusione certa. Ma, proprio per questo, si espone alle medesime obiezioni che incontra l'art. 192 c.p.p. Così impostato, infatti, il concetto di 'indizio', *rectius* di prova indiziaria, assume tratti sbiaditi, soffrendo di nebulosità ai confini: il discrimine tra leggi scientifiche non probabilistiche, da un lato, e massime di esperienza o leggi probabilistiche, dall'altro, diventa vago, fondato su una differenza più di grado che di qualità: la scienza, ovvero l'*episteme* sfuma nell'esperienza corrente e nella *doxa* senza soluzione di qualità (e la stessa distinzione tra leggi scientifiche probabilistiche e non probabilistiche è tutt'altro che netta, posto che tutte o quasi le proposizioni della scienza sono rivedibili)⁴.

Per di più, come classificare la prova testimoniale in questo paradigma? Prova indiziaria o prova in senso stretto? Generalmente si risponde nel secondo senso, e tale era certamente l'intento degli artefici dell'art. 192 c.p.p., sebbene, come denota il menzionato passo della relazione preliminare, non avessero chiare le idee in tema di prova indiziaria. Ma, se si bada all'inferenza, che dalla dichiarazione consente di passare al fatto dichiarato, non si può certo definirla fondata 'scientificamente'. Con le parole si

può dire tutto⁵ e, se c'è una prova 'debole' da questo punto di vista, è proprio quella narrativa. Allora, *unus testis nullus testis*? Evidentemente neanche così la soluzione è accettabile. Tutto dipende dal contesto, da chi parla e cosa dice: è su tali variabili che la testimonianza sarà ritenuta ora sufficiente a provare il fatto dichiarato, ora insufficiente.

A ben vedere, l'art. 192 c.p.p. declina null'altro che una tautologia: l'esistenza di un fatto non può essere desunta da 'indizi' – ossia da prove di per sé non conclusive – a meno che questi siano 'gravi, precisi e concordanti', ossia, unendosi, risultino conclusivi. Chi mai lo negherebbe? Nessun giudice s'azzarderebbe a condannare, ammettendo che gli indizi a sua disposizione non sono 'gravi, precisi e concordanti'. Quale autonomia conserva, d'altro canto, il criterio di valutazione dell'art. 192 c.p.p. a fronte della regola, ormai codificata, dell'oltre ogni ragionevole dubbio? Si osserva che il primo riguarda singoli passi inferenziali, mentre la seconda è una regola generale di giudizio. Certo, ma nella sequenza argomentativa, che sorregge la condanna, ogni fallacia relativa a un passo inferenziale si ripercuote sull'esito finale, allo stesso modo in cui la resistenza di una catena è compromessa dalla debolezza del singolo anello. Se la condanna assume come 'provato' un qualsiasi fatto sorretto da prove indiziarie non gravi, precise e concordanti, anche la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio è compromessa. Ciò che, semmai, può avvenire è l'inverso: che, nonostante la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti, il fatto non sia provato al di là di ogni ragionevole dubbio.

PROVE INDIZIARIE VS PROVE DIRETTE

La seconda nozione attribuisce alla prova indiziaria il significato di prova 'indiretta'. «La prova indiziaria o indiretta si differenzia dalla c.d. prova diretta in quanto quest'ultima ha per oggetto il fatto di reato contestato mentre la prima ha per oggetto un altro fatto da cui mediante l'uso di regole logiche di esperienza si può risalire al fatto di reato. La testimonianza di Tizio che vede Caio uccidere Sempronio è una prova diretta mentre la testimonianza di Tizio che vede Caio uscire dall'abitazione di Sempronio poco dopo l'omicidio di quest'ultimo è una prova indiziaria... Nel caso di prova diretta [...] si deve compiere una sola valutazione (e, quindi, una

³ Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, 3 ed., Torino, 2013, 74, ma, già in precedenza, del medesimo autore, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 112 s; in senso analogo, Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 9 ed., Milano, 2004, 210 s.

⁴ Su leggi scientifiche e massime di esperienza v., di recente, Tonini-Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 51 s., 162 s.; Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 181 s.

⁵ «Con l'inchiostro, chiunque può scrivere qualsiasi cosa» esclamava, nel secolo XI, un signorotto lorenese, in lite con dei monaci armati di prove documentarie: cfr. BLOCH, *Apologia della storia* [1949], Torino, 1969, 81.

sola applicazione della regola di esperienza) poiché la prova ha per oggetto il fatto di reato. [...] Nel caso della prova indiziaria [...] in virtù della quale il fatto di reato è indotto da un altro fatto, debbono compiersi due valutazioni (e, pertanto, due applicazioni di regole di esperienza). La prima valutazione sull'affidabilità della prova consente, se positiva, di ritenere provato il fatto oggetto della prova ma poiché quest'ultimo non è il fatto di reato si renderà necessaria una seconda valutazione [...] per accertare se sia o no possibile risalire dal fatto oggetto di prova all'illecito penale»⁶.

Così impostata, la distinzione è chiara, ma si risolve in un duplicato di quella tra prova diretta e indiretta. Non solo. A ben vedere, proprio perché intesa come prova indiretta, la prova indiziaria non è in realtà costituita da una sola prova, strutturalmente individuabile, e sottoposta ad una doppia valutazione, ma dalla successione di due o più prove disposte in sequenza: la prima proposizione da provare si converte, provata che sia, in proposizione probatoria per una nuova proposizione da provare e così via. In particolare, nell'esempio sopraindicato, la testimonianza di Tizio è prova dichiarativa del fatto che Caio sia uscito dall'abitazione di Sempronio; fatto che, una volta provato, funge da nuova premessa probatoria per la successiva inferenza sul gesto omicida. Si aggiunga che, mentre per le prove dichiarative e per quelle dotate di efficacia rappresentativa (registrazioni di suoni o di immagini) l'oggetto 'diretto' è facilmente individuabile nel fatto dichiarato o riprodotto, per le prove come le cose pertinenti al reato la distinzione tra oggetto 'diretto' e 'indiretto' diventa problematica, non essendo chiaro quale sia l'uno e quale l'altro.

PROVE CRITICO-INDIZIARIE VS PROVE DICHIARATIVE

La terza nozione è quella che contrappone la prova indiziaria, *rectius* critico-indiziaria, alla prova dichiarativa⁷. Essa muove dalla constatazione che esistono due distinti modi o tecniche per provare una

qualsiasi proposizione x (ad esempio, il passaggio dell'imputato nel tal luogo), riconducibili per l'appunto alla prova dichiarativa e alla prova critico-indiziaria.

La prima consiste nella narrazione di qualcuno che asserisce come vero x e se ne rende, per così dire, garante: è la prova che, se formata nel processo, trova la sua più significativa espressione nella testimonianza, ma che, se costituita fuori dal processo, può consistere in uno scritto, in un documento o in una conversazione intercettata o riferita da un teste indiretto. La prova critico-indiziaria consiste in un qualsiasi altro fatto y , diverso dalla narrazione di x , dal quale si possa, mediante un ragionamento fondato sulla scienza o sull'esperienza corrente, indurre il fatto x (nel caso ipotizzato, la prova può essere costituita, con forza variabile, da un'impronta, da un oggetto appartenente all'imputato, da una fotografia o dalle immagini registrate da una telecamera). Rispetto alle precedenti, questa distinzione ha il vantaggio di dividere con un taglio netto l'universo delle prove nelle due grandi categorie delle dichiarazioni di prova e delle prove critico-indiziarie, indipendentemente dalla loro disposizione in sequenza che è, invece, la caratteristica tipica delle prove indirette.

Resta da chiarire cosa si intenda esattamente per 'prova dichiarativa', dato che da essa si ricava per esclusione il concetto di 'prova indiziaria'⁸. La prova dichiarativa regge su due connotati⁹. Il primo è di essere un atto comunicativo, volto a trasmettere intenzionalmente un'informazione attraverso segni linguistici, ossia con mezzi idonei a significare nel senso non naturalistico dell'espressione¹⁰. Nel processo la comunicazione avviene di regola attraverso il linguaggio verbale; ma, fuori dal contesto processuale, può svolgersi anche attraverso i gesti, l'esibizione di colori, fiori o di altri oggetti atti a significare. Stabilire se un comportamento non verbale sia o no 'comunicativo' assume una precisa rilevanza agli effetti delle videoregistrazioni in ambienti domiciliari: come si sa, la Corte costituzionale ha

⁶ G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, 8 ed., Torino, 2013, 210. Nello stesso senso Scaparone, *Procedura penale*, vol. I, Torino, 2010, 301 s. Qui prova 'diretta' non viene intesa nel senso in cui la intendeva Carnelutti per designare la prova in cui il fatto da provare cade sotto la diretta percezione del giudice (come accade nell'ispezione rispetto all'oggetto ispezionato), ma per indicare la prova connotata da un solo passaggio inferenziale.

⁷ Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 162 s.; Id., *La prova civile* [1915], Milano, 1995, 92; Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 576 s.; ma cfr. anche Caprioli, *Colloqui riservati e prove penali*, Torino, 2000, 298; Ferrua, *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, 53; Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 215.

⁸ Resta incerto a quali prove critico-indiziare si riferisca l'art. 192 comma 2 c.p.p.; verosimilmente a quelle più deboli, fondate sull'esperienza corrente, su 'come si comporta la gente'. Nondimeno anche le prove scientifiche, specie se frutto di un sapere ancora in fase sperimentale, possono rivelarsi ingannevoli (Scalfati, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, *Proc. pen. giust.*, 2011, 149; e, da questo punto di vista, sarebbe forse più coerente l'estensione all'intera categoria.

⁹ Sui quali v. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 62.

¹⁰ Significato naturale è quello che compare in frasi come 'le nuvole significano pioggia' o 'la febbre significa influenza', mentre significato non naturale è quello che regge frasi come 'pluie significa pioggia' o il suono del campanello significa la fine della lezione' o 'i rintocchi della campana significano le ore'.

FERRUA / QUATTRO FALLACIE IN TEMA DI PROVA

ritenuto che l'autorità giudiziaria possa disporre, applicando la disciplina delle intercettazioni ambientali, solo se destinate a riprodurre congegni di tipo comunicativo¹¹.

Il criterio più affidabile per individuare gli atti comunicativi è il seguente: *S* ha voluto dire qualcosa con *x* quando *S* ha avuto l'intenzione che *x* producesse un certo effetto sull'ipotetico destinatario attraverso il riconoscimento di questa intenzione¹². È un criterio incentrato su una doppia intenzionalità dell'emittente. Non basta che vi sia l'intenzione di trasmettere un'informazione; l'emittente deve altresì volere che l'informazione sia ricevuta attraverso il riconoscimento della sua intenzione di trasmetterla, perché solo in presenza di questa condizione il contegno funziona come un linguaggio¹³; resta, invece, del tutto irrilevante in quale chiave sia poi decifrato dall'ipotetico destinatario il contegno comunicativo.

Il secondo connotato della prova dichiarativa è che gli enunciati in cui si risolve l'atto comunicativo siano veri o falsi. L'essenza della prova dichiarativa sta nel certificare come vero ciò che si asserisce, indipendentemente dall'essere o no previste sanzioni per il falso. I comandi, i suggerimenti, i consigli, le minacce, le promesse e, più in generale, tutto il discorso di finzione non costituiscono prova dichiarativa, per il fatto stesso che non possono contenere al loro interno già espressa la proposizione da provare; la quale per definizione deve essere vera o falsa. Ogni atto dichiarativo è, al tempo stesso, comunica-

tivo, ma non ogni contegno comunicativo è anche dichiarativo¹⁴.

Questo non significa che gli enunciati non soggetti all'alternativa vero/falso, come ordini, promesse, minacce, siano privi di valore probatorio; ma più semplicemente che saranno valutabili in chiave critico-indiziaria rispetto ad una proposizione diversa da quella (né vera né falsa) in essi verbalizzata. Ad esempio, una minaccia o un ordine possono avere per il loro contenuto una notevole rilevanza probatoria ai fini del gesto omicida o di altra fattispecie criminosa; e così, se qualcuno afferma che la porta è aperta, si è in presenza di una prova dichiarativa rispetto al fatto che la porta sia aperta; ma, se ordina di chiudere la porta, è solo in via critico-indiziaria che dall'ordine si può indurre che la porta era aperta o che sarà chiusa.

STANDARD PROBATORI

Una seconda fallacia riguarda l'atto del provare. È affermazione corrente che esistano almeno due diversi *standard* probatori, ossia due diversi livelli in cui può ritenersi provata una proposizione: quello, più elevato, della prova 'oltre ogni ragionevole dubbio' che connota la condanna e quello, più basso, del 'più probabile che non', riferibile ai provvedimenti cautelari e al settore civilistico¹⁵. È una tesi suggestiva, ampiamente argomentata; ma, a nostro avviso, deriva da una confusione tra l'atto del provare (ossia lo *standard* probatorio) e la proposizione da provare. Più precisamente, l'errore sta nel supporre che la formula dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" e quella del 'più probabile che non' siano due regole simmetriche e concorrenti, riguardanti entrambe l'atto del provare. In realtà, solo la prima è una *modalità* dell'atto del provare; il 'più probabile che non'

¹¹ Corte cost. sent. 135/2002. Sul tema v. Bozio, *La prova atipica*, Ferrua-Marzaduri-Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 77.

¹² Grice, *Logica e conversazione* [1989], trad. it., Bologna, 1993, 58. Cfr. anche Prieto, *Saggi di semiotica*, II, *Sull'arte e sul soggetto*, Parma, 1991, 104. Così, sfogliando un album di fotografie posso trasmettere a chi mi è accanto informazioni, senza intento comunicativo; ma, se eseguiessi dei disegni sui medesimi oggetti, realizzerei un contegno comunicativo. La fotografia, infatti, non è, almeno di regola, un mezzo comunicativo, il disegno può esserlo.

¹³ Il criterio consente, almeno in linea teorica, di separare in qualsiasi contesto i congegni comunicativi dai non comunicativi. Vediamo un esempio. Se durante la lezione uno studente sbadiglia, a quali condizioni si può ritenere comunicativo il suo contegno? Distinguiamo tre ipotesi. A) Lo studente sbadiglia perché si annoia o per altra ragione, senza volere trasmettere alcuna informazione. B) Lo studente sbadiglia, sperando che il docente, notandolo, si renda conto di annoiare, senza, tuttavia, decifrare lo sbadiglio come un'esplicita dichiarazione di noia. C) Lo studente sbadiglia, guardando fisso il docente e indicando con un dito il suo sbadiglio, per rendere manifesta la noia. È evidente che solo in quest'ultimo caso si realizza un contegno comunicativo, dato che lo sbadiglio funziona come un linguaggio; nel primo non vi è alcun intento informativo, nel secondo sì, ma manca la volontà che sia riconosciuto quell'intento. Ovvio, naturalmente, che qualsiasi contegno possa diventare comunicativo, se il suo senso è codificato o, comunque, predeterminato da un accordo tra emittente e destinatario.

¹⁴ Naturalmente è sempre possibile che un atto comunicativo – poco importa se dichiarativo o no – sia decifrato dal destinatario in chiave critico-indiziaria attraverso una lettura 'a rovescio' o 'di traverso', nella quale le parole sono assunte non per quel che significano, ma per ciò che possono veicolare di falso o di non espresso: è quanto accade con i mentitori abituali e con le persone affette da riserve mentali o che intendono trasmettere in forma criptica un'informazione diversa da quella di cui si assumono la responsabilità come emittenti. Il culmine dell'intreccio tra atto comunicativo e lettura critico-indiziaria è offerto dall'aneddoto (citato da Freud, *Il motto di spirito*), dove si decifra la menzogna nella verità di un'asserzione: 'Perché menti dicendo che vai a Cracovia affinché io creda che vai a Leopoli, quando io so che, invece, vai proprio a Cracovia?'

¹⁵ Sui diversi *standard* probatori presenti nel processo penale e in quello civile v. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 432, 632; Caprioli, *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, 111 ss.; Santoriello, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008.

è una *componente* della proposizione da provare nella quale introduce una variante.

Mi spiego meglio. 'Provare' una qualsiasi proposizione significa, secondo l'etimo della parola, verificarla come buona; ossia, quando si tratta di proposizioni vere o false come quelle che si provano nel processo, accertarla come vera, passando da uno stato di dubbio ad uno stato di certezza; in sostanza, eliminare i dubbi sulla verità della proposizione che preesistevano all'operazione probatoria. Ma, affinché una proposizione possa dirsi 'provata', quale tipo di certezza va raggiunta o, se si preferisce, quali dubbi vanno eliminati?

Esistono, in effetti, due modelli di prova, due diversi *standard* probatori, ma non coincidenti con quelli sopraindicati. Il primo è deduttivo, tipico delle scienze formali, dove per prova si intende la prova matematica, la dimostrazione. Qui le premesse implicano necessariamente la conclusione per cui è impossibile che, se sono vere le prime, sia falsa la seconda; e si può ben dire che la prova sia raggiunta oltre ogni dubbio 'logico', vale a dire oltre ogni dubbio astrattamente ipotizzabile da una persona sana di mente.

Evidentemente non è il modello che può valere per le scienze empiriche e umane, nelle quali le inferenze non esprimono mai una necessità logica, essendo sempre possibile che le premesse probatorie siano vere e falsa la proposizione da provare; e tanto meno sarebbe proponibile nel processo penale dove si tratta di ricostruire fatti del passato inducendoli, *rectius* abducendoli da quelli del presente¹⁶. Qui lo *standard* probatorio si attenua: le prove *sottodeterminano* la proposizione da provare e, non essendo possibile eliminare ogni dubbio 'logico', ci si limita ad escludere quelli 'ragionevoli'; alla dimostrazione subentra l'argomentazione.

La prova 'oltre ogni ragionevole dubbio' segna il *giusto* livello che nel processo penale – ma, più in generale, fuori dal settore deduttivo – si deve raggiungere affinché sia provata una qualsiasi proposizione. È il livello *massimo*, perché quello superiore della dimostrazione matematica resta inaccessibile; ma è anche il livello *minimo* perché, se si ammettesse la possibilità di ritenere provata una proposizione anche in presenza di dubbi ragionevoli, si uscirebbe dal regno della prova per entrare in quello delle ipotesi, delle illazioni, dei sospetti. Da questo punto di vista la legge Pecorella nel codificare la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio non ha aggiunto nulla che non fosse già compreso nel concetto di

'provare'¹⁷. Esiste un salutare limite oltre il quale le parole si ribellano al significato che si vorrebbe loro attribuire: e definire 'provata' una qualsiasi proposizione, sulla quale permangano ragionevoli dubbi, supera ampiamente quel limite. In breve, ovunque nel processo vi sia qualcosa da provare, deve essere provato oltre ogni ragionevole dubbio¹⁸.

Ma, si obietta, vi sono contesti, come quello dei provvedimenti cautelari, in cui non può valere la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma solo quella inferiore del 'più probabile che no'. Come si accennava, il discorso nasce da una confusione tra *standard* probatorio e proposizione da provare. Ciò che varia nel rapporto tra i provvedimenti cautelari e la condanna non è lo *standard* probatorio – che, legato al concetto di 'provare', resta sempre quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio – ma la proposizione da provare: nei provvedimenti cautelari non si prova la 'colpevolezza', ma la 'probabile colpevolezza' (tale è per l'appunto il significato dei 'gravi indizi di colpevolezza' *ex art.* 273 c.p.p.). Il 'più probabile che non' appartiene all'oggetto della prova, a ciò che va provato, non allo *standard* probatorio; si prova (oltre ogni ragionevole dubbio) *che* allo stato degli atti risulta probabile la colpevolezza dell'imputato (la congiunzione separa l'atto del provare dalla proposizione da provare)¹⁹.

Qualcuno osserverà che di fatto non vi è sostanziale differenza tra ricondurre 'il più probabile che non' allo *standard* probatorio o alla proposizione da provare. È vero per quanto riguarda il *fumus* nei provvedimenti cautelari, ma non così sul terreno delle esigenze cautelari, dove la proposizione da provare è rappresentata dai *pericula libertatis*; ritenere sufficiente un principio di prova o una prova incompleta, anche quando si può ragionevolmente dubitare dello stato di pericolo, equivale a vanificare l'accertamento richiesto dalla legge, perché aggiunge all'inevitabile vaghezza dell'espressione 'pericolo' anche l'evanescenza dell'atto di provare. Ma, più in generale, preoccupa l'operazione culturale fortemente regressiva in cui si risolve l'impoverimento del termine 'provare': in ogni contesto, diverso dalla

¹⁷ Ricco di significati pedagogici, l'apporto della legge Pecorella è in termini denotativi pressoché nullo; si limita a registrare che, non essendo possibile una condanna oltre ogni dubbio 'logico', si devono escludere solo quelli 'ragionevoli'.

¹⁸ Per lo sviluppo del tema v. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., 69 ss.

¹⁹ Analogamente, se si ritiene che nel processo civile valga la logica del 'più probabile che non', si dirà che l'attore, anziché provare il fatto costitutivo *x*, prova che '*x* è più probabile che non'. Sui rapporti tra processo penale e civile, quanto a regole di giudizio, Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 66 ss.

¹⁶ Di recente, Mazza, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, Criminalia, Pisa, 2012, 357; Tuzet, *Filosofia* cit., 182 ss.

FERRUA / QUATTRO FALLACIE IN TEMA DI PROVA

pronuncia di una condanna, nel silenzio della legge, la prova potrebbe essere raggiunta anche in presenza di ragionevoli dubbi, quindi in una forma che pericolosamente sconfinava nella palude dei sospetti²⁰. Rivendicare come implicito nel concetto stesso di 'provare' l'esclusione di ogni ragionevole dubbio è la condizione necessaria per non indebolire la funzione cognitiva del processo²¹.

GIUDIZIO DI TERZA ISTANZA E INTANGIBILITÀ DELLE VALUTAZIONI PROBATORIE

La terza fallacia riguarda il controllo della Cassazione sulla motivazione ai sensi dell'art. 606 lettera e) c.p.p. Anche dopo la caduta del divieto di accesso agli atti del processo, è giurisprudenza consolidata che in sede di ricorso persistano, rispetto alla sentenza impugnata, l'«intangibilità della valutazione nel merito del risultato probatorio» e il «divieto di ri-lettura e di re-interpretazione nel merito dell'elemento di prova»²².

La Cassazione vorrebbe così distinguere il controllo sulla logicità della motivazione dalla 'ri-lettura' o 're-interpretazione' dei dati probatori, considerando ammissibile l'uno, vietato l'altro. Ma si tratta di una sfida impossibile che si risolve in una vera e propria contraddizione in termini. Se, come pacificamente si riconosce, il controllo sulla logicità della motivazione non riguarda solo le regole di logica formale, ma anche le inferenze induttive e, quindi, l'affidabilità delle massime di esperienza, il suo esercizio implica necessariamente la ri-lettura e la re-interpretazione delle prove²³. Nella motivazione il giudice enuncia i criteri di valutazione della prova, ossia le ragioni per cui, muovendo da certe premesse probatorie, afferma o nega la proposizione da provare. Tocca al ricorrente documentare il vizio di

motivazione, illustrando i passi falsi del percorso argomentativo. Nell'accertarli, la Cassazione inevitabilmente ri-legge e re-interpreta i dati probatori. L'inferenza induttiva non è altro che l'interpretazione di un'evidenza probatoria, il significato assunto dalle prove in rapporto alla proposizione da provare; e sarebbe autoconfutante pretendere di controllare l'inferenza senza sindacare l'interpretazione, il significato delle prove.

Chiariamo il concetto con un esempio. Si immagina che il giudice abbia condannato l'imputato per il reato di omicidio, usando come prova determinante i pessimi rapporti, i litigi con la vittima. Come potrebbe la Cassazione annullare la sentenza, senza re-interpretare la prova, ossia senza interrogarsi sulla sua idoneità a documentare il gesto omicida e, quindi, a giustificare la condanna? E, all'inverso, a fronte di un'assoluzione disposta nonostante le prove schiaccianti della colpevolezza, come potrebbe la Corte annullarla, senza dare un significato a quelle prove, ossia re-interpretarle? Se la valutazione nel merito fosse davvero «intangibile» e vietata la «ri-lettura» e la «re-interpretazione» delle prove, il giudice di legittimità dovrebbe rigettare, anzi dichiarare inammissibili quei ricorsi. Analogo discorso vale per la mancata valutazione o per il travisamento o falsificazione della prova (vizi che attengono al contrasto tra il testo della decisione e gli atti del processo). Come si può concludere che il dato ignorato o travisato sia tale da giustificare l'annullamento della decisione impugnata, se non re-interpretandolo? In breve, il controllo sulla correttezza della motivazione esige sempre la ri-lettura dei dati probatori.

Questo, tuttavia, non implica, come temono i giudici di cassazione, una progressiva assimilazione del giudizio di legittimità a quello di primo o di secondo grado. Esistono almeno due profili sotto i quali emerge la specificità della terza istanza. Anzitutto, a differenza dell'appello che ha per oggetto i 'punti' della decisione impugnata, il giudizio di legittimità verte direttamente sui 'motivi' adottati dalla parte; e si conclude con la declaratoria di inammissibilità, quando dall'articolazione del ricorso non emergano compiutamente le ragioni per cui il provvedimento dovrebbe essere annullato.

In secondo luogo, sebbene in sede di ricorso si proponano anche questioni di fatto e, quindi, di re-interpretazione del quadro probatorio, resta una sensibile differenza rispetto ai giudizi precedenti. Mentre questi ultimi hanno come oggetto la ricostruzione del fatto attribuito all'imputato, con la conseguenza che il giudice d'appello rinnova un autonomo giudizio sulla colpevolezza, quello di cassazione è un meta-giudizio che riguarda le argo-

²⁰ Così, ad esempio, per la condotta illecita *ex art.* 111 comma 5 Cost., la cui prova secondo la giurisprudenza esigerebbe uno *standard* inferiore all'oltre ogni ragionevole dubbio: Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2004, *Cass. pen.*, 3843 ss.

²¹ Naturalmente la legge può sempre modificare la proposizione da provare, rendendo oggetto di prova il 'pericolo', la 'probabilità' o, persino, la mera 'possibilità'; ma dev'essere il frutto di esplicita scelta, di cui il legislatore si assume la responsabilità, e non di un'interpretazione riduttiva del concetto di 'provare'.

²² Fra le molte, Cass., Sez. III, 26 maggio 2006, *CEC Cass.*, 233823; Cass., Sez. I, 20 luglio 2006, *CEC Cass.*, 234167; Cass., Sez. I, 15 giugno 2007, *Cass. pen.*, 2008, 2901; Cass., Sez. I, 15 marzo 2006, *Dir. e Giustizia*, 2006, fasc. 16, 40; Cass., Sez. I, 14-20 luglio 2006, *Dir. e Giustizia*, 2006, fasc. 32, 44 con nota di chi scrive.

²³ Naturalmente esistono limiti connaturali alla struttura del giudizio di Cassazione; non potendo assumere prove, difficilmente il giudice di terza istanza sarà in grado di sindacare la valutazione sulla credibilità di un testimone espressa da chi ha avuto contatto diretto con la fonte di prova.

mentazioni svolte nella sentenza impugnata sotto il profilo della mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione.

Il discorso assume una precisa rilevanza in rapporto alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. È, a nostro avviso, inconfutabile che tra i motivi di ricorso possa legittimamente figurare la violazione di questa regola. Se alla Cassazione è consentito il controllo sui riscontri 'individualizzanti' nelle chiamate in correità, a maggior ragione le è concesso quello sul più generale criterio di giudizio, relativo alla colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Ma è altrettanto chiaro che, nell'esercitarlo, la Cassazione non rinnova *ab imis* il giudizio già espresso sulla colpevolezza in primo o in secondo grado. Vi è un limite che incontra il sindacato della Cassazione ed è il seguente.

Esistono contesti processuali – i c.d. casi difficili – dove il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l'una e l'altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che *quella* sia la decisione migliore, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità. Un diverso giudice, altrettanto lucido cognitivamente, potrebbe assumere e motivare l'opposta conclusione nel pieno rispetto della legalità: il dubbio che all'uno appare 'ragionevole', può risultare all'altro 'irragionevole'. Discrezionalità significa, appunto, scelta tra più opzioni, ciascuna legittima²⁴. Nessun giudice, ovviamente, dirà all'imputato condannato che con pari legittimità si sarebbe potuta pronunciare una sentenza di assoluzione; ma sarebbe ipocrisia negare la presenza di casi 'difficili' che nessun criterio legale di valutazione può riuscire ad eliminare. La linea che distingue il colpevole dall'innocente è netta dal punto di vista ontologico; vaga da quello epistemico o conoscitivo, dove a separare la condanna dall'assoluzione è il giudizio sulla 'ragionevolezza' o no del dubbio.

Né sarebbe corretto troncarsi la questione, affermando che nei casi 'difficili' occorre assolvere per il fatto stesso che si profila uno stato d'incertezza, quindi, di 'dubbio'. Per quanto si estenda l'area dell'assoluzione, il confine che la divide dalla condanna rimarrà sempre vago. Si può ragionevolmente dubitare se ... il dubbio sia 'ragionevole', e così via, con un regresso all'infinito. La legge impone l'assoluzione *dopo* che il giudice abbia concluso per la ragionevolezza del dubbio; solo a *quel* punto interviene la regola di giudizio. Ma *prima*, quando si dubita sulla stessa ragionevolezza del dubbio, nes-

sun aiuto, nessuna regola di giudizio discende dalla legge; qui a sciogliere il dilemma in un senso o nell'altro è solo il giudice nella sua pesante responsabilità.

Questa stessa discrezionalità, che in determinati quadri probatori legittima di fatto opposte scelte, funge da argine al controllo della Cassazione, il cui giudizio non verte sulla colpevolezza dell'imputato, ma sui motivi di ricorso che, ai sensi dell'art. 606 lettera e) c.p.p., riguardano la motivazione della sentenza impugnata. Compito del giudice di legittimità è di accertare, nell'ambito dei motivi adottati, se la valutazione del giudice di merito abbia o no travalicato la sfera di discrezionalità aperta dalla vaghezza dell'aggettivo 'ragionevole'; ed è solo in questa chiave che può acquistare un senso accettabile il richiamo, altrimenti infelice, alla 'manifesta' illogicità della motivazione. In sostanza, i giudici di Cassazione non devono chiedersi se, nelle vesti del giudice di merito, avrebbero assolto o condannato, ma se la sentenza impugnata abbia 'ragionevolmente' motivato, anche alla luce degli atti del processo, la colpevolezza dell'imputato 'oltre ogni ragionevole dubbio'; oggetto di controllo è una ragionevolezza di secondo grado o, se si preferisce, una meta-ragionevolezza che sconta e rispetta i margini di opinabilità connaturati alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA PROVA E MASSIME DELLA CASSAZIONE

La quarta fallacia consiste in una forma di 'astrazione' che pretende di estrarre regole generali, incondizionatamente applicabili, dalle motivazioni con cui la Corte di cassazione approva o censura i criteri di valutazione probatoria seguiti dal giudice di merito²⁵. In alcuni casi – i più semplici – è effettivamente possibile formalizzare una massima universalmente valida: così, ad esempio, quando la Cassazione annulla una condanna fondata sulle sole dichiarazioni di un coimputato, non sorrette da alcun riscontro; qui la censura si risolve in una sostanziale ripetizione di quanto disposto dall'art. 192 comma 3 c.p.p.

Ma nella maggior parte dei casi le ragioni, su cui si fonda l'annullamento o il rigetto, sono più complesse e strettamente legate alla peculiarità del caso in esame. Ad esempio, quando sia impugnata una condanna fondata sulle sole dichiarazioni rese da

²⁴ A. Barak, *La discrezionalità del giudice penale* [1989], Milano, 1995, 16 s.

²⁵ Altrettanto dicasi per le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di valutazione probatoria: v. *infra* nel testo.

FERRUÀ / QUATTRO FALLACIE IN TEMA DI PROVA

un minore, da un testimone indiretto o da persona deceduta o irreperibile per cause di natura oggettiva, la risposta non discende meccanicamente da un preciso parametro legislativo: il codice, infatti, non detta alcun criterio di valutazione, se non la generale regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Qui la risposta è inevitabilmente ancorata allo specifico contesto processuale, a prescindere dal quale sarebbe impossibile concludere per l'annullamento o no della decisione impugnata; con la conseguenza che talvolta la Cassazione rigetterà il ricorso, talaltra lo accoglierà, affermando in un caso la possibilità di una condanna fondata su quelle sole dichiarazioni, negandola nell'altro.

Sin qui nulla di singolare, se non vi fosse la deprecabile tendenza degli interpreti a convertire in massime generali ed astratte le motivazioni adottate dalla Corte; e a dare un pessimo esempio è soprattutto la dottrina, per sua natura propensa a dogmatizzare e ricercare il generale nel particolare. La Cassazione annulla una condanna fondata sulla sola testimonianza di un minore? Non mancheranno commenti pronti a individuare nella decisione un'epocale svolta garantista della Cassazione; e su qualche rivista compariranno titoli del tipo: 'Severo monito della Cassazione ai giudici di merito'. 'Al bando le condanne dove è determinante la parola del minore'. Sopraggiunge una decisione della stessa Corte che respinge il ricorso avverso una condanna fondata su analoghe dichiarazioni? Grande delusione degli stessi interpreti che lamenteranno l'involuzione, la sterzata inquisitoria impressa dalla Suprema Corte: 'Dietrofront della Cassazione, via libera a condanne sulla sola accusa del minore'.

Inchiostro vanamente, anzi dannosamente versato in un senso o nell'altro, perché quasi sempre a mutare non è la giurisprudenza di legittimità, ma il contesto dei singoli processi e le motivazioni sulle quali la Cassazione esercita il suo sindacato. 'Nulla fuori dal contesto' è il motto che deve guidare ogni discorso sulla valutazione della prova; le massime della Cassazione in questa materia vanno lette solo unitamente alla motivazione della sentenza.

Esemplare, al riguardo, l'atteggiamento di buona parte della dottrina verso la giurisprudenza della Corte europea sul valore delle dichiarazioni rese da testi assenti nel dibattimento²⁶. La Corte di Strasburgo ha in passato annullato una serie di condanne fondate in modo esclusivo o determinante

su dichiarazioni di persone che la difesa non aveva potuto interrogare perché, nel frattempo, decedute o divenute irreperibili. Essa, tuttavia, non ha decretato l'assoluta impossibilità, in qualsiasi contesto, di pronunciare una condanna sulla base delle dichiarazioni divenute irripetibili, né tanto meno l'illegittimità di un ordinamento che non preveda particolari criteri per la loro valutazione; si è limitata a registrare la violazione delle regole convenzionali nei processi sottoposti al suo esame, tenendo conto di vari parametri come l'evidenza probatoria disponibile, le richieste delle parti, i provvedimenti del giudice, in breve il complessivo iter processuale.

Incuranti di questa circostanza, autorevoli interpreti della giurisprudenza europea si sono affrettati ad estrarre dalle decisioni della Corte una perentoria regola secondo cui, ai sensi della Convenzione, le dichiarazioni irripetibili non potrebbero in nessun caso costituire la base esclusiva o determinante di una condanna; e hanno ritenuto il nostro sistema processuale in contrasto con la regola convenzionale perché improntato alla libera valutazione di quelle dichiarazioni.

Si è così giunti alla conclusione che fosse necessario un intervento legislativo volto a codificare il nuovo criterio di valutazione; o, in alternativa, una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 512 c.p.p. nella parte in cui consente la pronuncia di una condanna sulla base esclusiva o determinante delle dichiarazioni divenute irripetibili²⁷. E qualcuno si è spinto ad affermare che tali dichiarazioni sarebbero inidonee a motivare la condanna anche se corroborate da altri elementi di prova, potendo tutt'al più assumere un valore analogo a quello riconosciuto dall'art. 500 comma 2 c.p.p. alle dichiarazioni contestate al testimone²⁸; senza tenere conto che, mentre queste ultime nel nostro processo sono soggette ad una regola di esclusione, per le dichiarazioni irripetibili la Corte europea ha solo espresso un criterio di valutazione.

Si può immaginare lo sgomento quando una successiva sentenza della stessa Corte ha ritenuto conforme alle regole del giusto processo una condanna fondata in modo esclusivo o determinante

²⁶ Al riguardo v., criticamente, Ferrua, *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 393 ss.

²⁷ Così Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., 175 s. secondo cui con la declaratoria di incostituzionalità «si otterrebbe [...] un immediato allineamento del nostro sistema alla giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo»; nel senso del possibile contrasto degli artt. 512 e 512 bis c.p.p. con la CEDU, v. altresì Kostoris, *Verso un processo penale non più statocentrico, Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, A. Balsamo e R.E. Kostoris (a cura di), Torino, 2008, 8 ss.; Selvaggi, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, *Giurisprudenza europea*, cit., 373.

²⁸ Ad esempio, Ubertis, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 375.

sulle dichiarazioni rese dalla vittima-testimone mai controinterrogata²⁹, osservando che alla difesa erano state assicurate garanzie idonee a compensare la deroga al contraddittorio. Come! *Overruling* della Corte di Strasburgo? Vanno in fumo i criteri di valutazione? Le dichiarazioni irripetibili costituiscono prova piena? Interrogativi fuori luogo. Nessun mutamento di opinione; o per lo meno non si è autorizzati a sostenerlo confrontando le diverse decisioni. La Corte europea non ha rinnegato la sua giurisprudenza. Allo stesso modo in cui non intendeva allora vietare *a priori* qualsiasi condanna fondata su dichiarazioni divenute irripetibili, non vuole oggi spianare la via a quelle condanne.

Ciò che muta non sono i criteri di valutazione, ma il contesto processuale al quale si rapportano. Si può o no essere d'accordo sul bilanciamento tra garanzie difensive e deroga al contraddittorio, ma non

sarebbe corretto accusare d'incoerenza la Corte europea che, nel definire il valore delle dichiarazioni irripetibili, ha sempre tenuto conto dell'intero svolgimento del processo e in particolare delle garanzie fruitive dalla difesa nell'esercizio del diritto alla prova e alla controprova³⁰. D'altro canto, una volta stabilito che ai sensi della Convenzione tali dichiarazioni non sono oggetto di una regola di esclusione probatoria – nel qual caso sarebbe vietato ogni giudizio di bilanciamento – è inevitabile che il loro valore venga definito sulla base dell'intero contesto processuale, come esige il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Per questi motivi, sia detto di sfuggita, la vera garanzia sta nelle regole di esclusione probatoria e non nei criteri di valutazione, facilmente aggirabili in sede applicativa; la sostituzione delle prime con i secondi è il dolce sogno dei nostalgici del rito inquisitorio.

²⁹ 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, Cass. pen., 2012, 568, 1567: cfr. Casiraghi, *Testimoni assenti: la grande camera ridefinisce la regola della 'prova unica o determinante, ivi*, 2012, 3115 ss.; e, per il commento 'a prima lettura', v. Zacché, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti, Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2012.

³⁰ Come giustamente osserva in un diverso contesto Kostoris (*Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, *Giur.it.*, 2009, 2517), la Corte effettua «una valutazione comparativa formulata *ex post* sulla base di un bilanciamento d'interesse».

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Elena Zanetti

UNA RECENTE DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO IN TEMA DI ATTACCHI AI SISTEMI INFORMATICI

(Direttiva 2013/40/UE, 12 agosto 2013)

Sulla *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea n. L 218 del 12 agosto 2013 è stata pubblicata la Direttiva 2013/40/UE del 12 agosto 2013 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, destinata a sostituire la precedente Decisione-quadro 2005/222/GAI del Consiglio. La criminalità informatica rientra, infatti, tra le forme di criminalità, accomunate dalla dimensione transnazionale o dalla necessità di affrontarle muovendo da basi comuni, rispetto alle quali – ai sensi dell'art. 83 § 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione – il Parlamento e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria (codecisione di Parlamento e Consiglio e maggioranza qualificata in seno al Consiglio), possono adottare norme minime riguardanti la definizione dei reati e le relative sanzioni.

L'esigenza di rafforzare la soglia di tutela fornita dalla Decisione-quadro 2005/222/GAI era indicata come prioritaria dalla Relazione della Commissione europea sulla sua attuazione del 14 luglio 2008 (COM (2008)448 def.). Pur riconoscendo come le disposizioni della Decisione-quadro abbiano ricevuto – in generale – attuazione da parte degli Stati membri, la Relazione riscontrava, infatti, una serie di carenze dovute all'incremento, per dimensione e numero, degli attacchi informatici. Nelle conclusioni in essa rassegnate (§ 3) si dava conto, in particolare, di come la costante evoluzione della criminalità informatica – specie attraverso il ricorso ad attacchi massicci e simultanei ai sistemi di informazione e l'uso crescente di *botnet* (creazione, attraverso attacchi informatici mirati, di reti di computer infetti attivati all'insaputa degli utenti per lanciare attacchi informatici su larga scala) – rendesse indispensabile l'adozione di misure idonee a «reagire più prontamente» alle nuove minacce. Tra le soluzioni a tal fine

prospettate, la Commissione indicava l'opportunità di incriminare talune condotte che agevolano l'uso illecito delle *botnet* e quella di inasprire le sanzioni penali per i reati commessi in forma di attacchi informatici «massicci e particolarmente pericolosi». Inoltre, per promuovere «un miglior coordinamento ed una maggiore coerenza del sistema di reazione» si auspicava che gli Stati membri esaminassero la possibilità di utilizzare “punti di contatto” come quelli delle reti del Consiglio d'Europa/G 8.

D'altro canto, su di un piano più generale, l'importanza di intensificare la lotta contro la criminalità informatica attraverso l'adozione di nuove misure di contrasto era stata sottolineata – sin dal 2004 – nel Piano di attuazione del Programma dell'Aia (in *G.U.U.E.*, 12 agosto 2005, n. C 198) volto alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione, e nel successivo Programma di Stoccolma del 2009 (in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, n. C 115), oltre che nel Piano di attuazione di quest'ultimo (COM(2010)171 del 20 aprile 2010). La necessità di affrontare in dimensione europea le nuove forme di criminalità, tra cui in particolare quella informatica, ha poi trovato espresso riconoscimento nell'Agenda digitale europea (COM(2010)245def/2 del 26 agosto 2010), attraverso il formale impegno assunto dalla Commissione, quanto all'area d'azione concernente *Fiducia e Sicurezza* (§ 2.3), a predisporre misure idonee a combattere gli attacchi informatici recati contro i sistemi d'informazione.

In prospettiva analoga, le conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 27-28 novembre 2008 («Strategia di lavoro concertata e misure pratiche di lotta alla criminalità informatica», 2987ª Sessione del Consiglio Giustizia e affari interni, doc. 15569/08) riconoscevano la necessità di elaborare una nuova strategia di concerto con gli Stati membri e la Commissione, sulla scorta del «quadro esaustivo e coerente» fornito dalla Convenzione sulla criminalità informatica del Consiglio d'Europa (Budapest, 23

novembre 2001, STCE n. 185, in vigore dal 1° luglio 2004), indicata quale «cornice giuridica di riferimento» per la lotta contro il *cybercrime*, specie per quanto concerne l'adozione di legislazioni appropriate e la promozione di un'efficace cooperazione internazionale. Si deve, infatti, a quella Convenzione la prima messa a punto di una politica penale comune per la protezione della comunità internazionale dai reati commessi via internet e con altre reti informatiche, oltre che l'introduzione di procedure idonee ad operare, tra l'altro, la "perquisizione" dei sistemi di reti informatiche e l'"intercettazione" dei dati [il testo della convenzione, unitamente al Rapporto esplicativo e allo stato delle firme e delle ratifiche è consultabile nel sito del Consiglio d'Europa, all'indirizzo www.conventions.coe.int].

La presa d'atto della dimensione transnazionale ormai assunta dalla *cybercriminalità* – anche per la frequente interconnessione tra i sistemi d'informazione operanti nei diversi Paesi – e dell'impossibilità di fronteggiarla in modo adeguato in un contesto meramente nazionale, ha indotto la Commissione a ritenere indispensabili azioni significative a livello dell'Unione. Le priorità individuate, a tal fine, dalla Commissione hanno riguardato, in particolare: la condanna degli autori di attacchi condotti su larga scala, grazie «al ravvicinamento della legislazione penale» di riferimento; lo sviluppo della cooperazione transfrontaliera tra gli organi di contrasto e l'introduzione di efficaci sistemi di monitoraggio e di raccolta di dati. La soluzione scelta dalla Commissione, all'esito della valutazione d'impatto, tra le possibili linee di intervento per realizzare tali obiettivi è stata una combinazione tra il varo di un programma di misure di tipo non legislativo (quali, ad esempio, il potenziamento della rete esistente di "punti di contatto" e la creazione di una rete europea di "punti di contatto" pubblico-privati tra esperti) e l'aggiornamento "mirato" della Decisione-quadro 2005/222/GAI, specie sotto il profilo del rafforzamento «degli strumenti e delle procedure per la cooperazione transfrontaliera fra le autorità di contrasto e lo scambio delle migliori prassi». Ragioni di opportunità, attesi il numero e la rilevanza delle modifiche da apportare alle disposizioni della Decisione-quadro hanno, in seguito, fatto optare la Commissione per una sua integrale sostituzione (*considerando* n. 34; art. 15 della Direttiva).

Il ripetersi di attacchi informatici condotti su vasta scala – come quello subito, nel marzo 2009, dai sistemi operativi di governi e soggetti privati di ben 103 Stati, sei dei quali membri dell'Unione, violati al fine di accedere a documenti classificati – ha fornito l'*input* decisivo per la presentazione, il 30 settembre

2010, da parte della Commissione di una Proposta di Direttiva in materia (COM(2010)517), in seguito rimessa al vaglio dei Parlamenti nazionali per il necessario parere preliminare di conformità del suo contenuto al principio di sussidiarietà. L'impossibilità per i singoli Stati membri di conseguire in misura sufficiente gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva, a causa della loro portata e dei loro effetti, giustifica, infatti, l'intervento dell'Unione in ossequio a quanto sancito dall'art. 5 del Trattato U.E. La Direttiva si limita, di conseguenza, a prevedere unicamente quanto necessario per raggiungere tali obiettivi «in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo» (*considerando* n. 33 della Direttiva).

Il testo della Direttiva – formato da 19 articoli – è preceduto da un corposo preambolo, costituito da ben 34 *considerandi*, che ne ricostruiscono i presupposti e ne illustrano, ad ampio spettro, le finalità. In particolare, secondo il *considerando* n. 1, la Direttiva mira a «ravvicinare il diritto penale degli Stati membri nel settore degli attacchi contro i sistemi di informazione», stabilendo a tal fine, in primo luogo, come precisa l'art. 1, "norme minime" per la definizione dei reati e delle sanzioni relativi a quell'ambito. Essa tende, inoltre, a «facilitare la prevenzione» di tali reati e a «migliorare la cooperazione tra autorità giudiziarie e altre autorità competenti», tra cui vanno annoverati anche le agenzie e gli organismi specializzati dell'Unione, quali Eurojust, Europol – con il Centro europeo per la criminalità informatica (EC3; v. www.europol.europa.eu/ec3) per la sicurezza delle reti e dell'informazione (ENISA) (*considerando* n. 1).

Come chiarisce l'art. 2 – dedicato alle definizioni – ai fini della Direttiva l'espressione "sistemi d'informazione" s'intende riferita ad apparecchiature o gruppi di apparecchiature interconnesse o collegate, uno o più dei quali svolga «un trattamento automatico di dati informatici secondo un programma», nonché ai «dati informatici» stessi immagazzinati in tali apparecchiature o da queste «trattati, estratti o trasmessi» ai fini della loro «gestione, uso, protezione e manutenzione». Sempre ai sensi dell'art. 2, con il termine "dati informatici" si indica «una rappresentazione di fatti, informazioni o concetti» in una forma che possa essere «trattata in un sistema di informazione», compreso «un programma atto a far svolgere una funzione a un sistema di informazione». Entrambe le definizioni ripropongono, con qualche minima differenza stilistica, quelle omologhe contenute nell'art. 1 della Decisione-quadro 2005/222/GAI, rispetto al quale la Direttiva appare invece assai più stringente

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

riguardo alle definizioni di “persona giuridica” e “senza diritto”, che completano l’art. 2. In particolare, dalla nozione di “persona giuridica” rilevante ai fini della Direttiva sono esclusi gli Stati o «gli organismi pubblici che agiscono nell’esercizio dell’autorità statale», nonché le organizzazioni pubbliche internazionali.

Quanto ai profili di tenore sostanziale, la Direttiva introduce due nuove ipotesi di reato – quelle di intercettazione illecita (art. 6) e di «strumenti utilizzati per commettere i reati» (art. 7) – che vanno ad affiancare quelle di accesso illecito a sistemi d’informazione (art. 3); interferenza illecita relativamente ai sistemi (art. 4) e interferenza illecita relativamente ai dati (art. 5), già presenti nella Decisione-quadro 2005/222/GAI (rispettivamente agli artt. 2, 3 e 4). Di singolare ampiezza risulta la previsione contenuta nell’art. 7, che contempla le condotte di fabbricazione, vendita, approvvigionamento per l’uso, importazione, distribuzione o messa a disposizione in altro modo, al fine di commettere i reati previsti dagli artt. 3, 4, 5 e 6, di un programma per *computer* oppure di una *password*, di un codice di accesso o di dati simili che consentano di accedere, in tutto o in parte, ad un sistema di informazione. In ogni caso, per tutte le ipotesi di reato contemplate, la Direttiva si limita a prevedere espressamente, sul piano dell’elemento soggettivo, la forma dolosa di tali condotte (“se intenzionale”), escludendone, di conseguenza, la rilevanza penale qualora vengano perpetrate in modo colposo (v. *considerando* n. 17).

È il caso di sottolineare, inoltre, come la Direttiva introduca comunque un elemento di flessibilità rispetto alla perseguibilità delle fattispecie *de quibus* da parte degli Stati membri. È, infatti, espressamente fatta salva per questi ultimi la possibilità di limitarsi a sanzionare nelle rispettive legislazioni nazionali le sole ipotesi di una certa gravità. Spetta, in ogni caso, agli Stati membri stabilire, in ossequio al diritto interno e alle prassi nazionali, oltre che sulla falsariga di quanto previsto dal *considerando* n. 11, quali siano i casi di “minore gravità” che esulano dall’applicazione della Direttiva.

Anche sul piano del trattamento sanzionatorio la Direttiva denota soluzioni più stringenti rispetto a quelle offerte dalla Decisione-quadro 2005/222/GAI. Se quest’ultima prevedeva, nell’art. 6, § 2, limiti definiti di pena per i soli reati di interferenza illecita per quanto riguarda i sistemi (art. 3) e interferenza illecita per quanto riguarda i dati (art. 4), quantificandoli, nel massimo, in un *range* compreso tra uno e tre anni, l’art. 9, § 2 della Direttiva prescrive per tutte le fattispecie considerate il limite della pena detentiva non inferiore nel massimo a

due anni. Resta, invece, invariata la sollecitazione rivolta agli Stati membri affinché adottino, nei rispettivi ordinamenti, misure idonee ad assicurare che i reati *de quibus* – ivi compresi l’istigazione, il favoreggiamento, il concorso e il tentativo, come disciplinati dall’art. 8 – siano punibili con sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». Sensibili aumenti di pena sono, inoltre, previsti in presenza delle circostanze aggravanti indicate dai §§ 3 e 4 dell’art. 9.

Come già nella Decisione-quadro 2005/222/GAI (art. 8), la Direttiva considera la responsabilità delle persone giuridiche per i reati in essa previsti, demandando agli Stati membri l’adeguamento delle normative nazionali sul punto, pur senza vincolarli in modo rigido in ordine alla natura che essa dovrà assumere (art. 10). Oltre che per i reati direttamente commessi «a loro vantaggio» dalle persone che, a titolo individuale o in quanto componenti di un organismo dell’ente, detengano «una posizione dominante» in seno alle persone giuridiche (§ 1), queste potranno essere ritenute responsabili, in via indiretta, anche nel caso in cui l’omessa sorveglianza o il mancato controllo nei confronti di un soggetto in posizione subordinata abbia consentito la commissione di uno di tali reati in vantaggio dell’ente (§ 2). Quanto alle sanzioni applicabili nei confronti delle persone giuridiche, nell’art. 11 si prevede, in via principale, il ricorso a quelle di natura pecuniaria – sebbene non necessariamente di carattere penale – e, in via eventuale, l’utilizzo di misure di tipo interdittivo, tra le quali vengono menzionate a titolo esemplificativo: a) l’esclusione dal godimento di un beneficio o aiuto pubblico; b) l’interdizione temporanea o permanente dall’esercizio di attività commerciali; c) l’assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; d) provvedimenti giudiziari di scioglimento; e) la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato.

Da segnalare, poi, in merito ai criteri attributivi della competenza giurisdizionale in favore di uno Stato membro che la Direttiva (art. 12), oltre ai tradizionali casi in cui il reato sia stato commesso in tutto o in parte sul rispettivo territorio, da un cittadino o in favore di una persona giuridica che abbia in esso la sede legale, introduce quello di origine relativamente più recente che l’autore del reato risieda abitualmente sul territorio dello Stato interessato (§ 3, a).

Quanto, infine, alle misure volte ad intensificare la cooperazione giudiziaria in materia penale, la Direttiva punta, in primo luogo, ad intensificare lo scambio di informazioni relative ai reati previsti, sia

attraverso la designazione di un punto di contatto operativo nazionale in ciascuno Stato membro, sia attraverso il rafforzamento della rete esistente di punti di contatto, introdotti sulla scorta della Convenzione di Budapest e della Decisione-quadro 2005/222/GAI. In proposito, l'art. 13, § 1 impegna i Paesi membri a predisporre le procedure necessarie a consentire alle autorità competenti di rispondere, in caso di richieste urgenti di assistenza, entro un massimo di otto ore, indicando almeno «se la richiesta sarà soddisfatta e la forma e il tempo stimato per tale risposta». A tal fine si prevede che i singoli Stati informino in merito al rispettivo "punto di contatto" la Commissione, che trasmetterà le comunicazioni ricevute agli altri Paesi membri, oltre che alle competenti agenzie e agli organismi specializzati dell'Unione (§ 2). Agli Stati membri è, inoltre, fatto carico di predisporre un adeguato sistema di «registrazione, produzione e fornitura di dati statistici» sui reati considerati dalla Direttiva (art. 14, § 1). Tali rilevazioni dovranno riguardare, come minimo, il numero dei reati registrati dai singoli Stati, il numero di persone oggetto di un procedimento giudiziario e quello di coloro che hanno riportato condanne (§ 2), in vista della pubblicazione, da parte della Commissione, di una versione consolidata delle relazioni statistiche (§ 3).

La Direttiva è entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla data della sua pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione, ai sensi dell'art. 18. Il termine di recepimento da parte degli Stati membri, mediante l'adozione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi ad essa, è stato fissato al 4 settembre 2015 (art. 16, § 1). Entro due anni dalla scadenza di tale data, la Commissione è chiamata a presentare al Parlamento e al Consiglio una relazione sullo stato di attuazione della Direttiva – redatta sulla base delle comunicazioni all'uopo fornite dagli Stati che abbiano adottato le misure richieste – eventualmente corredata da proposte legislative (art. 17).

In merito alla situazione italiana, giova ricordare che il nostro legislatore ha operato un primo intervento di adeguamento della normativa interna grazie alla legge 18 marzo 2008, n. 48 (in *G.U.*, 4 aprile 2008, n. 80, suppl. ord. n. 79) con cui si è provveduto alla ratifica della Convenzione di Budapest. Tra gli effetti più rilevanti al riguardo sono da segnalare le modifiche apportate al d.lgs. n. 231 del 2001, nel quale è stato inserito l'art. 24-*bis*, con cui si è estesa la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche a varie fattispecie di reato di natura informatica (artt. 491-*bis*; 615-*ter*; 615-*quater*; 615-*quinqüies*; 617-*quater*; 617-*quinqüies*; 635-*bis*; 635-*ter*; 635-*quater*; 635-*quinqüies*; 640-*quinqüies* c.p.).

DE JURE CONDENDO

di Marilena Colamussi

LA RIFORMA ORGANICA DELLA MAGISTRATURA ONORARIA

Originariamente concepite con carattere transitorio, le figure del giudice onorario di tribunale (g.o.t.) e del vice procuratore onorario (v.p.o.) istituite dal d.lgs. n. 51/1998, che ha creato l'ufficio del giudice unico di primo grado – sopprimendo, insieme alle preture e alle rispettive procure, i vice pretori onorari e i vice procuratori onorari già in servizio presso detti uffici –, avrebbero dovuto rimanere in vita fino all'attuazione del complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria. Ad oggi, questa scadenza, ripetutamente prorogata (da ultimo al 31 dicembre 2013 in base all'art. 245 d.lgs. n. 51/1998, così come modificato dall'art. 1 l. 24 dicembre 2012, n. 228), sembra volgere al termine, dal momento che risulta in corso di esame presso la Commissione Giustizia del Senato in sede referente il d.d.l. S. 548 dal titolo: «*Riforma organica della magistratura onoraria e disposizioni in materia di ufficio del giudice di pace*».

Il disegno di legge si compone di trenta articoli utili a disciplinare in modo organico l'intero apparato ordinamentale della magistratura onoraria, mutuando talune regole dalla vigente disciplina riguardante il giudice di pace ed altre relative alla magistratura ordinaria. L'intento è anche quello di dare piena e unitaria attuazione al dettato dell'art. 106, comma 2, Cost., introducendo, secondo quanto si legge nella relazione di accompagnamento, «uno statuto unico della magistratura onoraria, applicabile ai giudici di pace, ai giudici onorari di tribunale e ai vice procuratori onorari». Sono, invece, esclusi da tale regolamentazione i giudici esperti e i giudici popolari, i quali non possono essere considerati magistrati onorari in base all'ordinamento giudiziario.

Il riassetto della magistratura onoraria si caratterizza in primo luogo per l'elaborazione di una disciplina omogenea destinata per la prima volta a rego-

lamentare il ruolo e le funzioni dei g.o.t., dei v.p.o. e dei giudici di pace (art. 1 d.d.l. S. 548), seguendo regole particolari, diverse da quelle previste per i magistrati togati, ispirate alla natura del rapporto di servizio onorario e temporaneo che li lega all'amministrazione.

Il disegno di riforma muove dalla consapevolezza dell'enorme contributo che la magistratura onoraria rende nell'alleviare il carico giudiziario e introduce una serie di rigorosi criteri riguardanti il reclutamento, la formazione e l'organizzazione dell'esercizio delle funzioni, senza perdere di vista le esigenze di efficacia ed efficienza del sistema giustizia, oltre che di durata ragionevole dei processi.

Il Consiglio superiore della magistratura, secondo la proposta di legge, nomina i magistrati onorari, seguendo una diversa procedura rispetto a quella prevista per i magistrati di carriera, previa verifica di determinati requisiti minimi indispensabili (cittadinanza italiana; esercizio dei diritti civili; certificato penale immacolato; idoneità fisica e psichica; età non inferiore a venticinque anni e non superiore a sessanta anni; laurea quadriennale in giurisprudenza); oltre al possesso di uno o più titoli preferenziali fondati su un elevato livello di preparazione giuridica, tra i quali: voto di laurea (110/110), diploma di una scuola di specializzazione nelle professioni legali, dottorato di ricerca in materie giuridiche ed esercizio per almeno un quadriennio di talune professioni (avvocatura, notariato, docenza universitaria, funzioni giudiziarie con qualifica dirigenziale). Congiuntamente a tali requisiti, in chiusura la disciplina richiede di accertare che il magistrato onorario sia in grado di svolgere degnamente le funzioni giudiziarie, «per preparazione giuridica e culturale, nonché per indipendenza, equilibrio ed imparzialità» (art. 2 d.d.l. S. 548).

Particolare attenzione è dedicata alle cause di incompatibilità di natura funzionale e personale (art. 3 d.d.l. S. 548), di rilievo fondamentale visto che la

magistratura onoraria può anche non esercitare le funzioni giudiziarie in via esclusiva e pertanto occorrono maggiori cautele per garantire l'indipendenza e l'imparzialità nel corso dell'incarico.

Nel disegno di legge l'*iter* procedurale per conseguire la nomina di magistrato onorario ripropone per grandi linee il modello attualmente previsto per il giudice di pace e si attiva attraverso un'unica pubblicazione annuale dei posti disponibili e di quelli che si renderanno vacanti nel corso dell'anno, così da salvaguardare ragioni di economia e di buona amministrazione. La domanda di ammissione al tirocinio per la nomina a giudice di pace, a g.o.t. oppure a v.p.o. deve essere presentata al Consiglio giudiziario del distretto in cui ha sede l'ufficio che si intende rivestire, che a sua volta formula le proposte di ammissione trasmettendole al Consiglio superiore della magistratura, il quale ultimo delibera l'accesso al tirocinio «per un numero di aspiranti non superiore al doppio del numero dei magistrati da nominare» (art. 4 d.d.l. S. 548).

Il tirocinio – organizzato e coordinato dal Consiglio giudiziario di riferimento – ha una durata di sei mesi e si svolge sotto la direzione di un magistrato affidatario, individuato tra coloro che esercitano le funzioni di giudice di tribunale ovvero di sostituto procuratore della Repubblica. Lo scopo è quello di garantire la formazione teorica e pratica del tirocinante mediante la partecipazione sul campo alle attività giudiziarie del magistrato affidatario. Quest'ultimo, al termine del periodo di tirocinio, redige una relazione sull'attività svolta dall'aspirante in ordine sia alla preparazione giuridica sia all'attitudine individuale a svolgere le funzioni con gli indispensabili valori di equilibrio, indipendenza e imparzialità. Tale relazione è propedeutica alla formulazione di un giudizio di idoneità espresso dal Consiglio giudiziario e trasmesso, insieme ad una graduatoria degli idonei, al Consiglio superiore della magistratura che delibera la nomina, in seguito formalizzata con decreto del Ministro della giustizia (artt. 5-6 d.d.l. S. 548). Il giudizio è definitivo; infatti, a coloro che sono giudicati "inidonei" è preclusa la possibilità di presentare ulteriori domande per accedere alla magistratura onoraria. È altresì prevista una nomina "condizionata" alla cessazione dell'attività lavorativa dipendente, pubblica o privata – incompatibile con l'esercizio delle funzioni di magistrato onorario –, che deve avvenire entro trenta giorni dalla data della nomina a pena di decadenza dall'ufficio (art. 6 d.d.l. S. 548).

Rispetto alla disciplina attualmente vigente, in parte contemplata da un decreto ministeriale (art. 6 d.m. 3 giugno 2009), nel disegno di legge si registra,

accanto ad una dilatazione del periodo di tirocinio che da tre passa a sei mesi, un'importante inversione dell'*iter* procedurale, nel quale la nomina all'esercizio delle funzioni di magistrato onorario segue, e non precede più, il periodo di tirocinio, il cui esito – documentato dalla relazione del magistrato affidatario – diventa condizione indispensabile ai fini della nomina, a garanzia della formazione professionale della categoria.

In questa stessa ottica, per assicurare un adeguato livello di preparazione professionale e di costante aggiornamento della magistratura onoraria, il disegno di legge prevede l'obbligo di partecipare ai corsi di formazione professionale e alle riunioni periodiche indette dal magistrato affidatario (art. 7 d.d.l. S. 548), il cui mancato adempimento, se ripetuto, è considerato quale «grave violazione disciplinare» (art. 15, comma 5, lett. c), d.d.l. S. 548).

Si nota come al magistrato affidatario venga attribuito un ruolo attivo di formazione, controllo e verifica sulla professionalità del magistrato onorario, che oltre ad essere esercitato *ex ante*, prima della nomina, durante la fase di tirocinio, è svolto anche *ex post*, vale a dire dopo il primo biennio di attività giudiziaria, documentata da una nuova relazione basata sull'esame a campione dei provvedimenti emessi, sulla loro tempestività e sull'autorelazione predisposta dallo stesso magistrato onorario. La relazione consultiva, insieme alle statistiche sull'operosità del magistrato onorario, è trasmessa al consiglio giudiziario per consentire la valutazione circa l'idoneità alla conferma nel ruolo del magistrato onorario (art. 7 d.d.l. S. 548).

Il magistrato onorario può ricoprire l'ufficio per quattro anni e può essere confermato, una sola volta, nell'esercizio delle medesime funzioni per ulteriori quattro anni, a condizione che non si superi il sessantesimo anno di età. L'*iter* per la conferma si attiva attraverso la proposizione di una regolare domanda da formulare, almeno sei mesi prima della scadenza del quadriennio, al Consiglio giudiziario del distretto di appartenenza che esprime un giudizio di idoneità, previa verifica della permanenza dei requisiti già esaminati, cui si aggiunge il rispetto delle regole deontologiche, l'assenza di sanzioni disciplinari e l'eventuale audizione dell'interessato. La conferma, al pari della nomina, viene disposta con decreto del Ministro della giustizia previa delibera da parte del Consiglio superiore della magistratura. Per garantire la continuità nell'esercizio delle funzioni e beneficiare dell'esperienza professionale maturata sul campo, le domande di conferma hanno la priorità rispetto a quelle promosse per

la prima volta, nonché alle richieste di trasferimento (art. 8 d.d.l. S. 548).

Sembrirebbe un titolo preferenziale quello di aver esercitato per almeno un quadriennio le funzioni di g.o.t. ovvero di v.p.o. al fine di poter effettuare il passaggio alle funzioni di giudice di pace, con la sola incompatibilità territoriale valida per i v.p.o. che non possono presentare domanda presso la sede del capoluogo del circondario nel quale hanno esercitato le funzioni requirenti. Le regole per la nomina e la conferma nel ruolo in parola sono quelle comuni sopra descritte, escludendo naturalmente la fase del tirocinio in considerazione del fatto che il passaggio alle funzioni di giudice di pace si fonda sull'unicità del ruolo della magistratura onoraria e sull'esigenza di non vanificare, ma al contrario di valorizzare, l'esperienza pregressa maturata nell'esercizio di altra funzione onoraria meno stabile rispetto a quella di giudice di pace (art. 9 d.d.l. S. 548).

Quanto ai doveri dei magistrati onorari, sono comuni a quelli previsti per i magistrati ordinari, in quanto compatibili, in considerazione del principio cardine della imparzialità su cui si fondano (art. 12 d.d.l. S. 548).

Nel disegno di legge si nota anche una puntuale regolamentazione dei profili concernenti la responsabilità disciplinare dei magistrati onorari, la tipizzazione delle fattispecie che la integrano e il relativo procedimento di accertamento. In particolare, sono previsti gli istituti della decadenza, della dispensa e delle sanzioni disciplinari. Queste ultime sono definite in termini di graduale afflittività nelle forme: a) dell'"ammonimento", b) della "censura" e c) della "revoca della nomina" (artt. 13-16 d.d.l. S. 548).

Un altro elemento caratterizzante la proposta di legge è costituito dalla ridefinizione del ruolo organico della magistratura onoraria, superando così l'attuale sistema che attribuisce ai g.o.t. una funzione di mera supplenza del magistrato ordinario impedito o assente (art. 43 *bis* ord. giud.), ed esclude la possibilità di affidare al magistrato onorario un ruolo autonomo di cause (delibera del Consiglio superiore della magistratura 16 luglio 2008 sui "Criteri di assegnazione degli affari ai g.o.t."). Per la prima volta vengono individuati i presupposti che legittimano l'impiego dei giudici onorari presso il tribunale ordinario (carico di lavoro; vacanze o assenze di magistrati ordinari; procedimenti pendenti da un tempo che supera la ragionevole durata secondo i parametri dettati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), specificando le funzioni giurisdizionali loro attribuibili. In ambito penale è esclusa la trattazione dei procedimenti diversi da quelli previsti dall'art. 550 c.p.p., nonché

di quelli concernenti reati in materia ambientale, urbanistica, di alimenti e prevenzione degli infortuni, come pure dei procedimenti di appello avverso le sentenze emesse dal giudice di pace. In ogni caso, è escluso l'esercizio delle funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare, confermando così la regola attualmente vigente (art. 18 d.d.l. S. 548).

Risulta ridimensionato il numero complessivo dei magistrati onorari addetti agli uffici del giudice di pace pari a 3200 unità, rispetto all'attuale contingente di 4700 unità, mentre vengono confermati i criteri di individuazione del numero dei g.o.t. che non può superare la metà dei magistrati ordinari previsti dalla pianta organica di ciascun tribunale, e dei v.p.o., il cui numero non può superare quello dei magistrati ordinari previsti nella pianta organica di ciascun ufficio di procura (art. 17 d.d.l. S. 548).

Novità assoluta è la creazione e la regolamentazione di una apposita e unica sezione del Consiglio giudiziario per i magistrati onorari, attualmente prevista solo per i giudici di pace, per i quali comunque è stabilita una riserva di posti per garantire la loro rappresentanza. Tale sezione autonoma è competente ad esprimere pareri in materia di magistratura onoraria e in ordine ai provvedimenti organizzativi riguardanti gli uffici del giudice di pace (art. 19 d.d.l. S. 548).

L'ultima parte del disegno di legge è dedicata esclusivamente all'assetto organizzativo dell'ufficio del giudice di pace, in totale autonomia rispetto al tribunale. «All'ufficio del giudice di pace sono addetti più magistrati onorari appartenenti all'ordine giudiziario» (art. 20 d.d.l. S. 548). Le funzioni di coordinamento e di sorveglianza sull'ufficio del giudice di pace sono attribuite al presidente del tribunale nel cui circondario l'ufficio ha sede, ovvero ad un presidente di sezione all'uopo delegato. Il coordinamento, in particolare, riguarda la distribuzione degli affari e il calendario delle udienze (art. 21 d.d.l. S. 548). La sorveglianza, invece, si esercita attraverso la verifica annuale dei risultati dell'indagine statistica concernente l'attività svolta da ciascun giudice di pace, nonché mediante un controllo a campione dei provvedimenti giurisdizionali da costui emessi e dei verbali di udienza. All'esito di tali verifiche, qualora si accertino fatti costituenti causa di decadenza, dispensa o tali da comportare l'applicazione di sanzioni disciplinari, previa audizione del soggetto interessato, e fatta salva l'ipotesi delle dimissioni volontarie, con apposita relazione il magistrato addetto a tali verifiche avvia il procedimento disciplinare, trasmettendo i relativi atti al presidente della corte d'appello (art. 22 d.d.l. S. 548).

Da ultimo, le disposizioni di coordinamento e transitorie riguardano la formazione professionale dei magistrati onorari temporaneamente affidata al consiglio giudiziario, in attesa che vengano attivati i corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura in base al decreto legislativo 30 gennaio 2006, n. 26 (art. 23 d.d.l. S. 548).

Per dar corso alla riforma organica della magistratura onoraria in termini di gradualità, senza smantellare improvvisamente l'organico attualmente in servizio, il disegno di legge prevede in via transitoria un regime di proroga nell'esercizio delle funzioni dei magistrati onorari attualmente in servizio (art. 24 d.d.l. S. 548). Tra le disposizioni di coordinamento si nota la necessaria abrogazione di talune norme riguardanti la legge istitutiva del giudice di pace e dell'ordinamento giudiziario attualmente in vigore (art. 28 d.d.l. S. 548).

IL REGIME DI UTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI OTTENUTE MEDIANTE TORTURA

Risulta concluso l'esame da parte della seconda Commissione permanente giustizia del Senato, in sede referente, del d.d.l. S. 10, riguardante l'«*Introduzione del reato di tortura nel codice penale*». Il disegno di legge prevede l'inserimento nel codice penale di un nuovo titolo di reato, quale quello di "tortura" (art. 608-bis c.p.), collocato nella sezione dedicata ai "Delitti contro la libertà personale". Si tratta di una fattispecie criminosa considerata dai trattati internazionali quale crimine contro l'umanità. In particolare, l'Italia pur avendo ratificato la "Convenzione contro la tortura e i trattamenti e le pene crudeli, disumane o degradanti" (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987 e ratificata con legge 3 novembre 1988, n. 498), a tutt'oggi non ha ancora provveduto a punire espressamente il delitto di tortura: con questo disegno di legge si intende, pertanto, colmare tale vuoto normativo.

Nell'ottica di favorire la cooperazione giudiziaria internazionale per perseguire gli autori del delitto di tortura, è esclusa l'immunità diplomatica per i cittadini stranieri condannati per tale reato in un altro Paese o da un tribunale internazionale. Sulla stessa scia è escluso il respingimento, l'espulsione o l'estradizione di un soggetto verso uno Stato in cui sussistano fondati motivi di ritenere che lo stesso possa essere sottoposto a tortura.

Il disegno di legge introduce anche una disposizione di natura processuale in materia di prove illegittimamente acquisite. In particolare, fermo restando il principio fondamentale della libertà morale della persona nell'assunzione della prova, di cui all'art. 188 c.p.p., che vieta l'utilizzo di qualsiasi strumento, metodo o tecnica idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione dell'interessato, viene introdotta un'apposita deroga al regime di inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite/estorte mediante tortura. Se, infatti, la regola, di cui all'art. 191 c.p.p. prevede la sanzione processuale dell'inutilizzabilità che colpisce le prove acquisite in violazione dei divieti previsti dalla legge, come nell'ipotesi di cui all'art. 188 c.p.p., limitatamente alle dichiarazioni ottenute sottoponendo il soggetto a tortura, il d.d.l. S. 10 introduce un'eccezione, nel senso che le rende utilizzabili al solo fine di ricostruire il panorama probatorio e individuare l'autore del delitto di tortura.

In definitiva, si intende ampliare il dettato normativo di cui all'art. 191 c.p.p., inserendo il comma 2-bis, in base al quale le dichiarazioni ottenute mediante tortura sono parzialmente utilizzabili con un doppio limite, di carattere soggettivo ed oggettivo. Dal punto di vista soggettivo tali dichiarazioni sono utilizzabili soltanto nei riguardi della persona accusata del delitto di tortura, mentre, sul piano oggettivo, sono utilizzabili esclusivamente per accertare la sussistenza della responsabilità penale di costui, nonché per stabilire che dette dichiarazioni siano state rese in conseguenza della tortura.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Marcello Stellin

CORRELAZIONE TRA ACCUSA E SENTENZA, CONSEGUENZE CIVILI DEL REATO, EQUO PROCESSO
(Corte e.d.u., 24 settembre 2013, *Sardon Alvira c. Spagna*)

La pronuncia in esame muove dal ricorso presentato dal Sig. A.S.A., cittadino spagnolo, residente a Madrid.

Il ricorrente, dichiarato colpevole di alcuni delitti – quali l'appropriazione indebita e le false statuizioni in documenti commerciali – commessi in qualità di amministratore *de facto* di una società d'investimenti, era stato condannato ad una pena detentiva, oltre al risarcimento, in solido con gli altri coimputati, di un importo pari a quasi 88 milioni di euro (§§10-12).

La Corte Suprema, dal canto suo, ritenuto che non fosse stata raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, lo assolveva dai reati a lui ascritti. L'odierno ricorrente, ciononostante, veniva condannato alla restituzione di un importo pari ad Euro 88,671.78, quale differenza tra la somma investita all'interno della società e quella prelevata dalla stessa, in applicazione dell'articolo 122 del codice penale spagnolo che obbliga alla restituzione dei proventi del reato eventualmente percepiti (§ 17).

Il Sig. A.S.A. ricorreva quindi alla Corte costituzionale, lamentando l'iniquità del processo subito: la Corte Suprema, a detta del ricorrente, avrebbe riqualificato i fatti – in assenza di qualsivoglia contestazione da parte dell'accusa, né di alcuna discussione sul punto – così da ritenerlo colpevole sotto una veste differente – ossia quale beneficiario economico dei proventi di un reato – che egli non era stato in grado di contestare. L'odierno ricorrente lamentava, pertanto, di non esser stato informato tempestivamente quanto al mutamento dell'addebito: in tal caso egli avrebbe potuto impostare diversamente le proprie strategie difensive, attesa la diversità degli elementi su cui si fonda la responsabilità civile derivante da reato rispetto a quelli sottesi alla qualità

di beneficiario dei proventi di un delitto di cui si era ignari (§ 19).

A seguito della dichiarazione d'irricevibilità del ricorso, il ricorrente adiva la Corte e.d.u., asserendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione, paragrafi primo e terzo, lett. *a*) e *b*).

I Giudici di Strasburgo ritengono che non vi sia stata alcuna violazione.

Preliminarmente, la Corte s'interroga se la responsabilità *ex art.* 122 del codice penale spagnolo possa essere qualificata come oggetto di un'accusa penale ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione. A tal fine occorre avere riguardo alla categorizzazione dell'azione o dell'omissione nell'ordinamento dello Stato interessato, alla natura dell'illecito, nonché al tipo ed al grado di severità della sanzione comminata (cfr., sul punto, Corte e.d.u., 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, *Öztiirk c. Germania*, § 50).

Per quel che attiene, invece, ad una richiesta di risarcimento, la Corte osserva come questa abbia ad oggetto una statuizione civile, quantunque emessa all'interno di un processo penale (in tal senso, Corte e.d.u., 11 febbraio 2003, ric. n. 56568/00, *Y. C. c. Norvegia*, §40) (§44).

La norma *de qua*, osserva la Corte, non rivela un carattere punitivo o dissuasivo: ai sensi dell'art. 122, infatti, l'azione civile può essere proposta nell'ambito di un procedimento penale nei confronti di coloro che, seppur esenti da ogni responsabilità, hanno comunque beneficiato dei proventi del reato (§ 47).

Per tali ragioni, la condanna ai sensi dell'art. 122 non può costituire oggetto di un'accusa penale: l'articolo 6 § 1 non è, quindi, applicabile nel caso di specie, per quel che concerne il suo portato penalistico; di conseguenza, nemmeno il paragrafo 3, lett. *a*) e *b*), della norma in commento, potrà trovare applicazione (§ 48).

La norma del codice spagnolo determina, dunque, l'insorgere di un'obbligazione di tipo civile e rientra, pertanto, nell'alveo civilistico dell'art. 6 § 1 (§ 49).

La nozione di equo processo in ambito civile – chiosa la Corte – presenta esigenze ed implicazioni meno stringenti rispetto al profilo penalistico: tale assunto trova conferma avendo riguardo a talune disposizioni di dettaglio, quali, ad esempio, i paragrafi 2 e 3 dell'articolo 6 che si riferiscono solo a quest'ultima sfera. Per quanto siffatte norme assumano una certa rilevanza anche al di fuori degli stretti confini del diritto penale, gli Stati contraenti – affermano i giudici strasburghesi – godono di maggiori libertà quando si tratti di vertenze civili (cfr., sul punto, Corte e.d.u., 27 ottobre 1993, ric. n. 14448/88, *Dombo Beheer B.V. c. Olanda*, § 32) (§ 50).

Per quel che attiene al caso di specie, giova sottolineare che il principio in commento comprende il diritto delle parti del processo civile di presentare osservazioni che siano rilevanti ai fini della decisione sulla regiudicanda. L'equo processo implica, del resto, anche in ambito civilistico, il principio della parità delle armi, il quale richiede, a sua volta, un "giusto equilibrio" tra le parti: a ciascuna di esse dev'essere, infatti, garantita una ragionevole possibilità di esporre le proprie difese, in condizioni tali da non determinare un sostanziale svantaggio rispetto al proprio avversario (cfr. Corte e.d.u., 27 aprile 2004, ric. n. 62543/00, *Gorraiz Lizarraga ed altri c. Spagna* § 56). Siffatto principio comprende, peraltro, la possibilità per ciascuna parte di prendere posizione – anche tramite un difensore – in ordine alle osservazioni presentate dall'altra, al fine d'influenzare la decisione giudiziale (cfr., ad esempio, Corte e.d.u., 11 gennaio 2000, ric. n. 28168/95, *Quadrelli c. Italia*, § 34) (§ 51).

La Corte di Strasburgo afferma di condividere l'asserto della Suprema Corte spagnola, secondo cui gli argomenti utilizzati dal ricorrente nel procedimento a suo carico hanno giovato alla difesa di costui per quel che concerne tanto la responsabilità penale, quanto quella civile e che, se la prima può essere esclusa, lo stesso non può dirsi per la seconda (§ 52).

EQUO PROCESSO, IMMEDIATEZZA NEL PROCESSO PENALE, RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE, IMPARZIALITÀ DELL'ORGANO GIUDICANTE
(Corte e.d.u., 8 ottobre 2013, *Roman Zurdo e altri c. Spagna*)

La pronuncia in commento concerne quella particolare sfaccettatura del c.d. *fair trial*, denominata *immediatezza*, che attiene al rapporto tra l'assunzione della prova ed il giudice chiamato a decidere sul merito della regiudicanda.

La Corte di Strasburgo ha, infatti, ravvisato una violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, a seguito della condanna di tre soggetti – assolti nel giudizio di prima istanza – sulla scorta di un diverso apprezzamento degli elementi conoscitivi assunti in quella sede, senza che il giudice dell'impugnazione avesse provveduto alla rinnovazione delle prove dichiarative, né all'ascolto degli imputati stessi.

La vicenda trae origine dai ricorsi presentati da tre cittadini spagnoli ch'erano stati accusati di avere partecipato alla concessione illegale di licenze edilizie, nella veste di consiglieri comunali della città di Marbella.

Con sentenza pronunciata in data 21 luglio 2006, il giudice penale di Malaga, accortosi che sulla questione in oggetto v'era una sorta di "confusione normativa", riconosciuta anche da altre giurisdizioni nazionali, assolveva gli imputati, ritenuti ignari dell'illiceità dei permessi di costruire rilasciati.

Atteso, infatti, che il delitto di cui in imputazione richiede il dolo diretto, l'organo giurisdizionale rilevava che gli elementi costitutivi del reato non apparivano integrati: i fatti in questione avrebbero potuto, semmai, essere qualificati come illeciti amministrativi, scevri di rilevanza penale (§ 6).

Il giudice era pervenuto a tale decisione dopo aver assunto determinate prove, tra cui i *dossier* amministrativi afferenti ai permessi di costruire, il verbale della seduta in cui erano state concesse le licenze, nonché l'esame degli imputati e di alcuni testimoni, quali il segretario ed il capo dell'Ufficio Legale del comune di Marbella (§ 7).

Il pubblico ministero e l'accusa popolare proponevano appello contro la sentenza: il 30 novembre 2006 l'*Audiencia Provincial* di Malaga, giudice di seconda istanza, decideva di tenere udienza (§ 8).

Due dei tre odierni ricorrenti, a loro volta, ricusavano due magistrati della *Audiencia Provincial*: nei confronti di costoro, infatti, gli imputati avevano proposto un'azione risarcitoria – ad oggi ancora pendente – a causa del ritenuto cattivo esercizio delle loro funzioni, nell'ambito di un procedimento che li vedeva coinvolti (§9). La data dell'udienza veniva, quindi, rinviata, in attesa della pronuncia sulla ricusazione: in data 13 marzo 2007, il Tribunale superiore di giustizia dell'Andalusia respingeva, tuttavia, l'istanza proposta dal secondo ricorrente.

Nel corso dell'udienza innanzi al giudice d'appello – nella quale gli odierni ricorrenti non venivano ascoltati – il terzo imputato sollevava un'eccezione preliminare relativa alla pendenza dell'istanza ricusatoria. Respinta la questione, il Collegio decideva sul merito dell'impugnazione.

CORTI EUROPEE

Senza che fossero assunti nuovi elementi di prova, l'*Audiencia Provincial* di Malaga, con sentenza pronunciata in data 25 aprile 2007, condannava gli imputati – per un delitto di stampo urbanistico – ad una pena – ridotta, a causa della durata del processo – pari a dodici mesi di reclusione e ad otto anni d'interdizione dall'esercizio della funzione svolta.

Il Collegio spiegava che i permessi di costruire contrastavano con determinate norme dettate in materia d'organizzazione del territorio e di pianificazione urbanistica. Per quel che atteneva, in particolare, all'elemento soggettivo, i giudici affermavano che gli imputati non potevano invocare quale esimente l'ignoranza dell'illegittimità delle licenze urbanistiche, atteso il loro ruolo nell'amministrazione cittadina (§ 11).

L'*Audiencia Provincial* modificava, quindi, seppur parzialmente, la descrizione dei fatti, così com'essi erano stati accertati dal giudice di primo grado.

Nel frattempo, venivano rigettate le istanze ricusatorie ancora pendenti, in quanto manifestamente infondate (§ 14).

Invocando la violazione degli articoli 24 paragrafi primo e secondo – concernenti il diritto ad un equo processo, l'imparzialità del giudice e la presunzione d'innocenza – e 25 – relativo al principio di legalità penale – della Costituzione spagnola, gl'imputati si rivolgevano alla Corte costituzionale, lamentando, in particolare, l'omessa assunzione di prove innanzi all'*Audiencia Provincial* (§ 15).

Il ricorso veniva dichiarato irricevibile in relazione alle posizioni di tutti gli imputati. Il giudice costituzionale rammentava che, nel caso di specie, non si poneva alcun obbligo istruttorio: la vertenza concerneva, infatti, solo la qualificazione giuridica dei fatti acclarati nel processo di primo grado, il cui accertamento, nel giudizio d'appello, aveva subito mere variazioni secondarie, inidonee, dunque, a determinare un mutamento sostanziale quanto alla conformazione dei fatti stessi (§§ 16-19).

Preliminarmente, i Giudici strasburghesi richiamano i principi enucleati nel precedente *Lacadena Calero* c. Spagna (Corte e.d.u., 22 novembre 2011, ric. n. 23002/07), ove la Corte aveva precisato che l'applicazione dell'art. 6 Cedu, nei giudizi d'impugnazione, risente delle caratteristiche della procedura in valsa, nonché del ruolo del giudice d'appello o della cassazione all'interno dell'ordinamento nazionale (§ 30).

Laddove, infatti, nel corso del giudizio di primo grado sia stata celebrata una pubblica udienza, l'assenza del dibattimento pubblico in appello o in cassazione può essere giustificata dalla peculiarità

della procedura in vigore: a tal fine, occorre avere riguardo alla struttura dell'impugnazione, ai poteri del giudice, al modo in cui gli interessi del ricorrente sono stati esposti e tutelati innanzi ad esso, nonché alla natura delle questioni in esame (cfr., sul punto, Corte e.d.u., 19 febbraio 1996, ric. n. 16206/90, *Botten* c. Norvegia § 39). Nell'ipotesi in cui l'impugnazione coinvolga unicamente questioni di diritto e non di fatto, i canoni di cui all'articolo 6 della Convenzione possono essere soddisfatti anche qualora il giudice non abbia dato la possibilità al ricorrente di prendere le parole (*ex plurimis*, cfr., quanto all'appello, 2 marzo 1987, ric. n. 9818/82, Corte e.d.u., *Monnell e Morris* c. Regno Unito § 58, nonché, riguardo al giudizio in cassazione, Corte e.d.u., 22 Feb 1984, ric. n. 8209/78, *Sutter* c. Svizzera § 30). La *ratio* di questo principio risiede nella circostanza che, in tal'evenienza, al giudice non compete l'accertamento dei fatti, ma unicamente l'interpretazione delle norme applicabili (cfr., sul punto, Corte e.d.u., 26 Maggio 1988, ric. n. 10563/83, *Ekbatani* c. Svezia § 31).

Qualora, invece, l'impugnazione involga una questione non soltanto *in iure*, bensì anche *in facto*, ovvero debba sciogliere il dilemma tra innocenza e colpevolezza, il giudice non potrà decidere senza una diretta valutazione dei mezzi di prova proposti dall'imputato che abbia dichiarato di non essere colpevole. La nuova valutazione della colpevolezza dovrebbe, quindi, presupporre un nuovo esame delle parti interessate (così, la già citata Corte e.d.u., 26 Maggio 1988, *Ekbatani* c. Svezia, § 32).

Nel caso *de quo*, la Corte europea nota che gli odierni ricorrenti, assolti nel giudizio di primo grado, sono stati condannati in seconda istanza: in quella sede, tuttavia, il giudice, pur essendo giunto ad una pronuncia di condanna sulla scorta delle dichiarazioni dei testi e degli imputati, non ha ritenuto di rinnovare tali *dicta* (§ 32).

L'*Audiencia Provincial* di Malaga, sottolinea la Corte di Strasburgo, ha emesso una nuova decisione sul merito della regiodicanda poiché ha compiuto una nuova valutazione degli elementi di prova che, a suo dire, apparivano essenziali ai fini della decisione: l'apprezzamento dei fatti operato dal giudice dell'impugnazione ha sortito, tuttavia, un risultato diverso rispetto a quello emerso in primo grado (§38). L'*Audiencia Provincial*, del resto, pronunciandosi in ordine all'elemento soggettivo del reato – ossia sulla consapevolezza, da parte degli imputati, dell'illegittimità del rilascio delle licenze urbanistiche – non ha effettuato una diversa qualificazione giuridica del fatto acclarato con l'istruttoria di primo grado, bensì è pervenuta ad un diverso accertamento – *id est* ad una modifica – del fatto stesso.

Il giudice di secondo grado è, quindi, giunto a tale decisione senza che gli odierni ricorrenti avessero avuto la possibilità di essere ascoltati personalmente al fine di contestare, attraverso un esame reso in contraddittorio, il nuovo apprezzamento degli elementi di prova, effettuato dall'*Audiencia Provincial* (§ 39). Il Giudice dell'impugnazione, nota la Corte e.d.u., ha, quindi, deciso sulla scorta di una nuova valutazione delle prove assunte durante l'udienza pubblica, tenutasi innanzi al Tribunale di Malaga, senza avere un contatto diretto con le prove stesse, venendo meno, in tal guisa, al principio d'immediatezza (§ 40): l'accertamento condotto dalla Corte d'Appello avrebbe, quindi, reso necessario l'ascolto degli imputati (§ 41).

La Corte ravvisa, invece, alcun profilo d'illegittimità per quel che attiene all'asserita mancanza d'imparzialità del collegio. I Giudici di Strasburgo hanno, infatti, affermato che se, da un lato, tanto il procedimento in esame, quanto quello anteriore – all'esito del quale i ricorrenti avevano esercitato un'azione civile nei confronti dei magistrati – concernevano una questione d'irregolarità urbanistiche, dall'altro, le due vertenze non erano concomitanti, né, dagli atti risulta alcun elemento tale da lasciar presagire un qualsivoglia indice di parzialità in capo ai giudici: costoro, invero, si sono pronunciati su fatti nuovi, a seguito dell'esame degli elementi di prova relativi al caso di specie.

La Corte precisa, infine, che la scelta di un imputato d'intentare un'azione civile nei confronti di un magistrato, chiamato a decidere sull'imputazione a suo carico, non implica alcun obbligo, in capo a quest'ultimo, d'astenersi: diversamente opinando – chiosano i Giudici strasburghesi – la composizione di ciascun collegio rimarrebbe subordinata all'arbitrio delle parti (§ 52).

DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO, CONTROESAME
(Corte e.d.u., 17 settembre 2013, *Brzuszczyński c. Polonia*; Corte e.d.u., 15 ottobre 2013, *Şandru c. Romania*)

Prosegue l'applicazione, ad opera dei Giudici di Strasburgo, dei principi elaborati con la pronuncia *Kostovski c. Paesi Bassi* (Corte e.d.u., 20 novembre 1989, ric. n. 11454/85) e recentemente affinati a seguito della decisione *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* (Corte e.d.u., 15 dicembre 2011, Grande Camera, ricc. nn. 26766/05, 22228/06).

Con riferimento alle vicende inerenti all'*arrêt Brzuszczyński c. Polonia* (Corte e.d.u., 17 settembre 2013, ric. n. 23789/09), la Corte europea ha escluso la sussistenza di una violazione dell'art. 6 §1, letto in

combinato disposto con l'articolo 6 §3, lett. d, della Convenzione.

Si volga rapidamente lo sguardo ai fatti. Il Sig. P.B., cittadino polacco, era stato condannato per alcuni delitti, tra i quali spiccano il concorso in omicidio e l'estorsione.

Adita la Corte e.d.u., il ricorrente lamenta la violazione delle norme suddette, asserendo, in particolare, che la sentenza pronunciata nei suoi confronti era fondata esclusivamente sulle dichiarazioni di un coindagato, rese nella fase d'indagine: il Sig. B. non aveva, infatti, avuto alcun'occasione di confutare la chiamata in correità, in quanto il delatore s'era suicidato prima dell'instaurazione del processo a loro carico (§69).

Preliminarmente, la Corte ribadisce i noti principi, secondo cui, stante l'articolo 6 §3, lett. d della Convenzione, ai fini di una declaratoria di colpevolezza, tutte le prove a carico devono essere assunte, di regola, in presenza dell'imputato, nel corso di un'udienza pubblica, nel contraddittorio tra le parti. Eventuali eccezioni a siffatte coordinate sono ammissibili, ma non devono determinare una violazione dei diritti difensivi che, di regola, postulano che all'imputato sia garantita un'adeguata opportunità di confrontarsi con il proprio accusatore: tale occasione può aversi sia al momento della deposizione, sia in una fase successiva del procedimento penale (cfr., *ex plurimis*, Corte e.d.u., 27 febbraio 2001, n. 33354/96, *Lucà contro Italia*, §39). Laddove, infatti, una condanna si regga esclusivamente – o in misura determinante – su dichiarazioni rese *inaudita altera parte*, i diritti *de quibus* potrebbero essere limitati in misura non compatibile con le garanzie previste dall'articolo 6 Cedu (così, la già citata Corte e.d.u., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, §119) (§80).

Siffatte premesse determinano una duplice implicazione: da un lato, l'assenza di contraddittorio dev'essere fornita di una giustificazione qualificata, dall'altro, qualora una condanna si basi unicamente, o in misura determinante, su dichiarazioni unilaterali, l'intero procedimento penale dovrà essere sottoposto ad un attento scrutinio, teso a valutare se vi siano sufficienti fattori di compensazione, ivi comprese misure che consentano una valutazione equa e corretta circa l'affidabilità di tali elementi di prova (cfr., sul punto, Corte e.d.u., 16 ottobre 2012, ric. n. 40612/11, *McGlynn c. Regno Unito*, §21). Solo in presenza di siffatte guarentigie, una condanna potrebbe reggersi unicamente su prove di tal genere che devono, quindi, risultare sufficientemente affidabili, attesa la loro importanza ai fini della decisione sul merito della regudicanda (cfr., nuovamente,

CORTI EUROPEE

Corte e.d.u., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, §147) (§81).

Considerando il caso in oggetto, la Corte europea, in prima battuta, scioglie in termini affermativi la questione se la chiamata in correità, assunta in fase d'indagine, debba essere considerata prova decisiva: dall'esame degli atti risulta, infatti, che la credibilità di tali dichiarazioni ha costituito il tema chiave, ai fini della decisione, innanzi ai giudici nazionali. Quanto riferito dal coindagato integra, infatti, una prova di forte valenza dimostrativa, in assenza della quale le probabilità di giungere ad una sentenza di condanna sarebbero state significativamente ridotte. A ciò si aggiunga – chiosano i Giudici di Strasburgo – che l'intera strategia difensiva si è focalizzata sulla confutazione dell'attendibilità di siffatto elemento conoscitivo (83).

Atteso che l'utilizzo di una dichiarazione resa in via unilaterale – rivelatasi prova unica o determinante, a carico dell'imputato – non integra necessariamente una violazione dell'articolo 6 §1, i giudici strasburghesi sottopongono il procedimento penale ad un attento scrutinio, valutando la sussistenza di sufficienti elementi di compensazione, tra cui l'esistenza di solide garanzie procedurali (84). La Corte europea nota che il giudice nazionale – dopo che la Corte d'appello aveva annullato la prima sentenza di merito, a causa di un'insufficienza motivazionale in ordine al rapporto tra la delazione ed altre prove dichiarative (§21) – non solo ha analizzato esaurientemente il racconto del coindagato (§85), ma ha ponderato, altresì, ogni singola prova in termini di rigore e completezza (§86).

La Corte territoriale ha, pertanto, ritenuto attendibile quanto riferito dal correo, alla luce dei riscontri integrati da altri elementi di prova quali, ad esempio, il luogo del ritrovamento del cadavere, il referto autoptico, il racconto dei famigliari della vittima in ordine ai contatti con costui prima del delitto, gli incontri tra quest'ultimo e l'odierno ricorrente, nonché i colloqui telefonici tra costoro (§§38,39,44).

La Corte di Strasburgo ritiene, quindi, che il giudice nazionale abbia esaminato la chiamata in oggetto con la necessaria prudenza: a tal fine sono stati considerati svariati fattori, rilevanti ai fini della credibilità, quali, peraltro, il fatto che il dichiarante fosse coinvolto nel delitto, eventuali motivi che avrebbero potuto spingerlo ad accusare il ricorrente, il carattere spontaneo delle sue asserzioni, nonché la mancanza di qualsiasi coercizione al momento dell'interrogatorio.

I Giudici strasburghesi osservano, a tale riguardo, che nel giudizio di merito erano stati ascoltati tutti gli agenti di polizia che avevano partecipa-

to ai tre interrogatori, successivi all'arresto del dichiarante. Giova sottolineare, infatti che, in quella sede, il chiamante in correità aveva spontaneamente raccontato che l'odierno ricorrente gli aveva fornito la pistola, chiedendogli di liberarsene una volta compiuto il fatto; lo stesso dicasi quanto alla narrazione dell'omicidio (§§34,36). Dev'essere escluso, inoltre, che possa esservi stata una qualsivoglia forma di suggestione in capo all'interrogando, giacché, in quella fase, la polizia era ancora all'oscuro della morte della vittima, essendo stata, fino ad allora, informata unicamente quanto alla sua sparizione ed alla richiesta estorsiva (§§36,54,86).

Occorre, altresì, focalizzare l'attenzione sugli ulteriori elementi di prova cui i giudici nazionali hanno fatto riferimento per corroborare le dichiarazioni *contra alium*: ci si riferisce, in particolare, ad almeno tre incontri – non contestati – tra l'odierno ricorrente ed il correo, avvenuti prima e dopo il delitto, nel periodo in cui quest'ultimo si nascondeva. A ciò si aggiunga che la prova degli intensi contatti telefonici tra gli stessi, nel corso di due momenti critici – ossia in prossimità e a seguito dell'omicidio, nonché in quello della richiesta del riscatto – ha del tutto smentito la tesi del ricorrente secondo cui il coindagato avrebbe avuto un debito nei suoi confronti e, di conseguenza, gli approcci tra costoro sarebbero stati giustificati dal tentativo di recuperare la somma (§§30,87).

Anche se non era stato possibile controesame il dichiarante – chiosa la Corte e.d.u. – l'identità di costui era nota alla difesa dell'imputato che ha avuto, quindi, la possibilità d'indagare in ordine ad eventuali motivi che avrebbero potuto indurlo a mentire (*ex multis*, Corte e.d.u., il 22 novembre 2012, n. 46203/08, *Tseber c. Repubblica Ceca*, §63). Occorre, del resto, sottolineare che, le prove testimoniali destinate – secondo la prospettiva difensiva – a mettere in dubbio l'attendibilità della chiamata di correo sono state, a loro volta, esaminate dai giudici nazionali con particolare attenzioni e ritenute inattendibili (§§43,88).

Per quel che attiene, invece, alle garanzie procedurali, la Corte di Strasburgo valuta con favore l'attinenza – da parte della Corte d'Appello – ai criteri elaborati dalla cassazione nazionale, funzionali al vaglio della chiamata in correità: la natura della dichiarazione, il momento e la ragione per cui questa è stata resa, l'affidabilità dei contenuti e l'assenza di qualsivoglia forma d'induzione. (§53). Sotto questo profilo, giova evidenziare che il dichiarante aveva accusato *in primis* se stesso, limitandosi a descrivere il ruolo del ricorrente nella vicenda in relazione al procacciamento dell'arma ed all'offerta d'assisten-

za nell'occultamento del cadavere (54). Il giudice di merito ha, quindi, analizzato in modo assai approfondito tutte le dichiarazioni rese dal coindagato, valutandone l'affidabilità alla luce di tutte le altre prove a disposizione nel caso in esame (§89). La Corte ritiene, pertanto, che, nonostante le difficoltà incontrate dalla difesa, vi siano stati sufficienti fattori atti a controbilanciare i rischi intrinseci all'utilizzo di siffatte dichiarazioni (§91).

Ad un'opposta soluzione, i Giudici di Strasburgo – chiamati a pronunciarsi in ordine alla violazione dei medesimi parametri normativi – sono, invece, giunti, analizzando l'*affaire Sandru c. Romania* (Corte e.d.u., 15 ottobre 2013, ric. n. 33882/05).

Il ricorrente, A.S., classe 1985, aveva adito la Corte e.d.u., dolendosi d'esser stato condannato per il delitto di violenza sessuale senza che gli fosse stata offerta l'occasione di controesaminare la sedicente vittima.

In data 7 aprile 2005, infatti, una ragazza di 17 anni aveva presentato una denuncia, asserendo che due giovani donne, anch'esse minorenni, l'avrebbero condotta in un appartamento: lì, l'avrebbero picchiata e costretta a praticare atti sessuali di vario genere con l'odierno ricorrente ed altri tre ragazzi, a loro volta minori. Lo stesso giorno e quello successivo la polizia aveva ascoltato sia la ragazza – in assenza del difensore del ricorrente –, sia il Sig. Sandru e i cinque coindagati.

L'odierno ricorrente aveva respinto gli addebiti; i presunti correi, dal canto loro, avevano fornito versioni differenti: tutti si erano proclamati non colpevoli, affermando di essere estranei ai fatti o di aver compiuto atti sessuali col consenso della giovane donna; alcuni, tuttavia, avevano reso dichiarazioni etero accusatorie; altri, invece, avevano asserito di non aver scorto alcun abuso (§15).

Due testi, inoltre, avevano confermato che il Sig. Sandru era presente nell'appartamento, precisando, tuttavia, di non aver visto o sentito che la vittima fosse stata violentata (§16).

Il Sig. Sandru si rivolgeva al pubblico ministero, sottolineando la necessità di un confronto tra gli indagati e la persona offesa, poiché quest'ultima, nel corso delle indagini, aveva reso dichiarazioni contrastanti (§17).

L'organo dell'accusa respingeva la richiesta, affermando che i fatti erano stati ormai chiaramente ricostruiti e che, pertanto, un eventuale confronto non avrebbe giovato ai fini investigativi (§18). Veniva, quindi, formulata, a carico dell'odierno ricorrente, l'imputazione di violenza sessuale (§19).

Nel corso del processo, il Sig. Sandru reiterava più volte la richiesta di confrontarsi con la vittima

(§20). Costei partecipava all'udienza del 15 giugno 2005, ove dichiarava di voler avanzare solo delle richieste d'ordine civilistico. La persona offesa non veniva, pertanto, ascoltata dal giudice in relazione ai fatti per cui aveva sporto denuncia (§21). Innanzi alla Corte distrettuale venivano ascoltati tutti i correi e i due testimoni. Una delle imputate cambiava versione, affermando di non aver visto il Sig. Sandru compiere alcun'aggressione sessuale. Nel corso della medesima udienza il Tribunale accoglieva la richiesta degli imputati di esaminare la vittima che veniva diffidata a comparire (§22). All'udienza fissata all'uopo, tuttavia, ella non veniva ascoltata, poiché, uno degli imputati non era presente, a causa di un impedimento (§23).

Con sentenza del 31 marzo 2006, la Corte distrettuale condannava A.S. a due anni e sei mesi di reclusione: la pronuncia si basava sulle dichiarazioni rese dalla vittima innanzi al pubblico ministero nonché su dei coimputati e dei due testimoni. Quanto affermato dal ricorrente veniva, invece, ritenuto non collimante con gli altri elementi acquisiti, ovvero inconsistente (§24). Tutte le parti impugnavano la pronuncia. Il Sig. A.S. censurava, in via principale, il mancato confronto con la vittima le cui dichiarazioni, a suo dire, non erano supportate da nessun'altra prova (§25). Il Giudice d'appello respingeva l'impugnazione dell'odierno ricorrente, senza pronunciarsi sul merito della censura e, accogliendo l'appello del pubblico ministero e della vittima, inaspriva la pena a cinque anni (§26), sanzione che, a seguito del ricorso in cassazione presentato dagli stessi, veniva ulteriormente innalzata. Il ricorrente presentava, quindi, istanza di revisione che veniva però respinta.

Dall'analisi dei fatti, il ricordo corre immediatamente alla pronuncia Gani c. Spagna, già pubblicata in questa Rivista (Corte e.d.u., 19 febbraio 2013, ric. n. 61800/08): i giudici di Strasburgo notano, infatti, che, nel caso di specie, si pongono questioni analoghe a quelle oggetto del noto precedente (§58).

Richiamati i principi in materia di prova c.d. unica o determinante (§59 e ss.), la Corte e.d.u. sottolinea, da un lato, che i giudici nazionali non hanno illustrato i motivi per cui hanno attribuito credito ad alcuni coimputati, a scapito di altri e, dall'altro, che il narrato della vittima costituisce l'elemento cardine su cui si fonda la declaratoria di colpevolezza dell'odierno ricorrente (§62).

La Corte europea rammenta che nei procedimenti per delitti a sfondo sessuale, ove la vittima è vulnerabile, è ammessa l'adozione di speciali misure a tutela della stessa, a condizione ch'esse siano compatibili con un esercizio adeguato ed effettivo

CORTI EUROPEE

dei diritti difensivi: siffatta esigenza si pone, in particolare, laddove l'offeso si debba confrontare con l'aggressore (sul punto, cfr. Corte e.d.u., 16 febbraio 2010, ric. n. 7078/02, V.D. c. Romania, § 112) (§61).

Nel caso *Gani c. Spagna*, nota la Corte di Strasburgo, la vittima era stata escussa, ma era stato necessario interromperne l'esame per il sopravvenire del c.d. trauma da processo, medicalmente documentato: nella vicenda in esame, invece, la corte di merito non ha nemmeno tentato di sottoporre l'offesa alla *cross examination*, senza, peraltro, giustificare le ragioni di tale omissione ed in assenza di alcun certificato medico o psicologico che attestasse la sua impossibilità a testimoniare. Dall'esame del fascicolo risulta, altresì, che il tribunale nazionale non ha nemmeno pensato di adottare una delle misure speciali – previste dal diritto interno (§§ 29,32,64)– finalizzate a proteggere il dichiarante debole (§ 64).

Dopo il primo tentativo di esaminare la giovane donna, reso vano dall'impedimento di un imputato, la Corte distrettuale non ha adottato tutti gli accorgimenti finalizzati a garantire la presenza di costei ad una successiva udienza (§66). La Corte di Strasburgo valuta, pertanto, se l'utilizzo delle dichiarazioni, rese unilateralmente al pubblico ministero, sia stato accompagnato da sufficienti fattori atti a controbilanciare il deficit contraddittoriale, ivi comprese misure tali da consentire una valutazione equa e corretta dell'attendibilità del *dictum*. A questo proposito, i giudici europei ricordano che, nel caso di *Gani c. Spagna*, il difensore dell'indagato aveva avuto la possibilità di porre domande alla vittima nel corso delle indagini preliminari e che, nel corso del dibattimento, era stata data lettura di quanto narrato da costei: in quell'occasione, l'imputato aveva potuto contestare la veridicità della sua deposizione. Nel caso di specie, al contrario, l'odierno ricorrente, non ha beneficiato di tali garanzie procedurali (§ 67).

Occorre, tuttavia, evidenziare la *dissenting opinion* del giudice *López Guerra*, il quale pone l'accento sull'impatto emotivo che le udienze pubbliche possono sortire sulle vittime di violenza sessuale: da ciò consegue un rischio di "doppia vittimizzazione", determinata dalle conseguenze del reato e dalla riedizione giudiziale dello stesso. Attesa, altresì, l'esistenza di numerose prove a carico – ossia le deposizioni dei coimputati e dei testimoni –, non v'è motivo per sostenere che la decisione si basi unicamente sul narrato della vittima. Per tali ragioni, il giudice nazionale è esente da censure ove non ha ritenuto necessario costringere la vittima a confrontarsi pubblicamente con il proprio aggressore; né,

del resto, v'era alcuna necessità di approntare "misure compensative".

DIVIETO DI TORTURA, DIRITTO AD UN'INDAGINE EFFETTIVA

(Corte e.d.u., 24 ottobre 2013, *Sergey Savenko c. Ucraina*)

La pronuncia in commento prende abbrivio da un ricorso presentato dal Sig. S.S., cittadino ucraino, nato nel 1975.

L'odierno ricorrente, al momento dei fatti portati all'attenzione della Corte di Strasburgo, stava scontando una pena detentiva presso la Prigione n. 100, di Temnivka, nella regione di Kharkiv.

A causa di un'infrazione disciplinare, in data 10 luglio 2008, il Sig. S.S. era stato collocato in una cella punitiva, assieme ad un altro prigioniero, anch'egli raggiunto da un simile provvedimento. Stando a quanto rappresentato dal ricorrente, in data 11 luglio 2008, il vice direttore del carcere lo avrebbe condotto presso un magazzino, al fine di chiedergli alcune informazioni circa presunte attività illecite da parte di altri detenuti. Innanzi al rifiuto di fornire informazioni, il vice direttore avrebbe ammanettato il Sig. Savenko, lo avrebbe spinto su un materasso e gli avrebbe infilato un sacchetto di plastica sulla testa. Siccome il prigioniero era riuscito a bucare il sacchetto con i denti, il vice direttore gli aveva gettato addosso diversi materassi e, presumibilmente, gli era saltato sopra. Il Sig. S.S. aveva perso conoscenza: al risveglio, aveva notato delle lesioni sugli avambracci, causati dalle manette (§ 7).

A seguito del deposito di una denuncia per maltrattamenti, l'odierno ricorrente veniva sottoposto a due visite mediche: nella prima occasione, riferiva che le lesioni erano state cagionate dalle manette; durante il secondo accertamento – effettuato tre giorni dopo, da uno specialista alle prime armi – affermava, invece, d'essersi inferto quelle ferite da solo, utilizzando un grosso filo. Il medico giudicava le ferite lievi e compatibili con entrambi gli strumenti (§§ 8-10).

Il detenuto rilasciava, successivamente, una dichiarazione scritta, ribadendo l'ultima versione dei fatti che, seppur con qualche variazione, veniva confermata dal compagno di cella, il quale, addirittura, affermava che le lesioni sarebbero state volutamente aggravate dallo stesso S.S., mediante aspersione di sale.

Il vicedirettore, dal canto suo, affermava che nessuna pressione fisica o psicologica era stata esercitata sul prigioniero (§ 11).

Con una successiva dichiarazione scritta, il Sig. S.S. confessava d'aver orchestrato la messinscena al

fine di calunniare l'amministrazione penitenziaria (§12).

In data 25 luglio 2008, a seguito di una preistruttoria, l'ufficio del pubblico ministero, addetto all'esecuzione penale, decideva di non dare corso ad un'indagine in merito ai presunti maltrattamenti, attesa l'infondatezza della *notitia criminis*, alla luce delle risultanze suddette (§ 13).

Il 28 luglio 2008 l'odierno ricorrente comunicava al suo avvocato d'esser stato costretto a ritrattare le proprie dichiarazioni, a causa delle pressioni del personale del carcere (§ 14). Il legale si rivolgeva, senza successo, dapprima al pubblico ministero e, successivamente, alla Corte distrettuale di Kharkiv Kyivskyy: veniva disposto un ulteriore esame clinico che attestava la compatibilità delle ferite esclusivamente rispetto alle manette (§§ 15-18).

Il giudice distrettuale, prima, e quello d'appello, poi, confermavano, tuttavia, la decisione del pubblico ministero, giudicando infondati gli argomenti con cui l'odierno ricorrente aveva giustificato la ritrattazione (§§ 19-21).

Adita la Corte e.d.u., il Sig. S.S. lamenta la violazione dell'art. 3 della Convenzione, tanto sotto il profilo procedurale, quanto sotto quello sostanziale.

Per quel che attiene al primo aspetto, i Giudici di Strasburgo affermano che, innanzi ad una denuncia di maltrattamenti da parte delle autorità dello Stato, la norma in commento – in combinato disposto con l'obbligo generale, in capo allo Stato, di tutelare i diritti e le libertà, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione – richiede l'instaurazione di un'indagine ufficiale ed efficace, ossia idonea alla ricostruzione dei fatti ed all'individuazione e punizione dei responsabili. Si tratta di un obbligo di mezzi, non di risultato. Le autorità devono, quindi, adottare tutte le misure a loro disposizione, tese a raccogliere gli elementi di prova relativi all'accaduto: qualsiasi deficit nell'inchiesta che ne mini l'efficacia rischia d'infrangere questo standard; il requisito della tempestività è, peraltro, implicito (*ex plurimis*, Corte e.d.u., 26 gennaio 2006, ric. n. 77617/01, *Mikheyev* c. Russia, § 107) (§ 27).

Per quel che concerne il caso di specie, la Corte europea ritiene che la denuncia presentata dall'odierno ricorrente fosse tale da determinare l'insorgere dei suddetti obblighi. Viene, quindi, censurata la scelta di procedere attraverso una preistruttoria, giacché, con tale procedura, l'inquirente può assumere solo un numero limitato d'iniziative; le vittime, inoltre, non godono di alcuna veste formale, con la conseguenza che, la loro effettiva partecipazione

al procedimento è esclusa: qualsiasi altro rimedio a disposizione dell'offeso, tra cui una richiesta di risarcimento danni, ha, quindi, limitate possibilità di successo e potrebbe, perciò, rivelarsi teorico ed illusorio (*ex multis*, Corte e.d.u., ric. n. 38773/05, 26 luglio 2012, *Savitskyy* c. Ucraina, § 105) (§28).

I Giudici europei ricordano, inoltre, che i soggetti in stato di detenzione possono essere sottoposti ad intimidazioni (cfr., *mutatis mutandis*, Corte e.d.u., 27 January 2011, ric. n. 24460/04, *Shanin* c. Russia, § 67): l'odierno ricorrente aveva asserito d'esser stato maltrattato dal vice direttore della prigione, il quale, nel corso dell'intera inchiesta, ha continuato a svolgere le sue funzioni. Le autorità nazionali avrebbero, quindi, dovuto interrogarsi in ordine alle ragioni della ritrattazione – sulle cui cause erano state, peraltro, informate – esaminando il contesto entro il quale la denuncia era stata ritirata (§ 29).

Ulteriori accertamenti avrebbero dovuto essere posti in essere anche alla luce delle discrasie emergenti dai pareri medici (§ 30).

La Corte ritiene vi sia stata, quindi, una violazione dell'articolo 3 della Convenzione nel suo portato procedurale (§ 31).

Siffatta norma appare vulnerata, tuttavia, anche sotto il profilo sostanziale. Sul punto, occorre premettere che la gravità della condotta, necessaria ad integrare la violazione *de qua*, dev'essere valutata con riguardo alle circostanze del caso ed alle caratteristiche personali della vittima. La Corte ritiene che, laddove l'offeso sia una persona privata della libertà, il ricorso alla forza fisica – che non sia strettamente necessario a contenerne l'impeto – ne sminuisca la dignità umana e si ponga, in linea di principio, in contrasto con la norma in commento (sul punto, cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, 6 aprile 2000, ric. n. 24460/04, *Labita* c. Italia, §§119-120) (§ 34).

Sotto il profilo probatorio, sebbene sia generalmente invalso il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, qualora la conoscenza degli eventi oggetto di censura sia custodita in tutto, o in gran parte, dall'autorità, come nel caso di persone tenute in custodia, si configurano gravi presunzioni in ordine agli eventi lesivi verificatisi in tale stato (cfr., sul punto, Corte e.d.u., Grande Camera, 27 giugno 2000, n. 21986/93, *Salman* c. Turchia, § 100) (§ 35).

Di fronte ad una minuziosa descrizione dei fatti – qual è quella pervenuta dal Sig. S.S. – *ex se* idonei ad integrare la violazione in commento, lo Stato avrebbe dovuto fornire una spiegazione soddisfacente, atta a giustificare l'accaduto (§ 36).

Le autorità nazionali, al contrario, si sono adagate sulla ritrattazione del ricorrente – confermata

CORTI EUROPEE

dal racconto, non del tutto coincidente, del compagno di cella, anch'egli potenzialmente esposto ad intimidazioni – nonostante costui avesse, successivamente, affermato d'esser stato indotto a mutare versione (§ 37-40).

Nessun accertamento è stato, inoltre, posto in essere al fine di riscontrare le dichiarazioni dei de-

tenuti: non si è mai appurato se il Sig. S.S. avesse effettivamente spalmato il sale sulle ferite – né è stato mai chiarito come fosse possibile disporre di tale sostanza in una cella disciplinare – né è mai stata ispezionata la *moquette* della cella stessa, dalla quale il ricorrente avrebbe strappato il filo utilizzato per procurarsi le ferite (§ 41).

CORTE COSTITUZIONALE

di Donatella Curtotti

RINVIO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA CONTRARIA AL SENSO DI UMANITA'

(C. cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279)

La Corte costituzionale (sentenza 22 novembre 2013, n. 279) dichiara l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 147 c.p., sollevate dai Tribunali di Sorveglianza di Venezia e Milano, in riferimento agli articoli 2, 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'articolo 3 CEDU «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi *ivi* espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità».

Sulla rilevanza della questione, il primo giudice rimettente riferisce di essere stato investito dell'istanza di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena presentata da un detenuto e rigettata in via interinale dal magistrato di sorveglianza, che ne aveva quindi rimesso l'esame ai sensi dell'articolo 684 c.p.p. al tribunale di sorveglianza, sulla base non dell'esistenza di una grave infermità fisica del detenuto, ma delle «condizioni di perenne sovraffollamento» in cui versava la Casa circondariale di Padova (ove si è segnalata la presenza di 889 detenuti a fronte di una capienza regolamentare di 369). La situazione era tale che lo spazio a disposizione dell'istante presso la casa circondariale fosse stato di mq. 2,43 (per 9 giorni) e di mq. 2,58 (per 122 giorni), mentre presso la casa di reclusione – dove è stato poi trasferito – di mq. 3,03 (per 33 giorni). Il giudice *a quo* osserva che i primi due dati risultano inferiori al limite minimo considerato “vitale” dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*), mentre il terzo risulta superiore di cmq. 3, ma si deve considerare la riduzione dello spazio effettivamente utilizzabile derivante dall'ingombro costituito dal mobilio, fattore incidente sullo spazio vitale secondo la Corte

di Strasburgo: sottratta l'area occupata da tale ingombro, lo spazio a disposizione del detenuto presso la casa di reclusione si riduce a mq. 2,85, «nettamente al di sotto del limite “vitale” di 3 mq. come stabilito dalla Corte europea. Non sarebbe dunque revocabile in dubbio che l'istante stia subendo ed abbia subito per tutto il periodo della detenzione fino ad oggi un trattamento “disumano e degradante”», sicché verrebbe in rilievo la compatibilità della sua detenzione con i principi di non disumanità della pena e di rispetto della dignità della persona detenuta, principi sottesi all'applicazione proprio dell'istituto del differimento della pena che viene invocato dall'interessato.

La norma impugnata sarebbe inerente al giudizio *a quo*, in quanto «il richiedente invoca la sospensione della pena proprio per l'aspetto di una sua ineseguitabilità a causa delle condizioni di intollerabile restrizione alla quale è sottoposto per il sovraffollamento dell'istituto», e la questione riguarderebbe l'ambito di applicazione della norma censurata, che avrebbe incidenza attuale, e non meramente eventuale, nel procedimento principale.

Sempre a proposito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, il rimettente riferisce che all'istante non potrebbe essere applicata la misura dell'esecuzione presso il domicilio della pena detentiva, in quanto il residuo della pena sarebbe superiore a diciotto mesi e il condannato è stato dichiarato delinquente abituale. Sarebbe, invece, astrattamente concedibile al condannato la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale (peraltro non richiesta dall'interessato), ma, sottolinea il rimettente, essa richiede «l'apprezzamento in fatto di un percorso rieducativo per il tramite di una congrua osservazione» ovvero, anche senza osservazione, «presuppone un'idoneità a prevenire il pericolo di commissione di reati, allorquando il comportamento serbato dopo la commissione del reato sia tale da consentire un giudizio favorevole». Analogamente preclusa dall'art. 30-*quater*, comma

CORTE COSTITUZIONALE

1, lett. a), dell'ordinamento penitenziario sarebbe la concedibilità di permessi premio.

Pertanto, non resterebbe che ricorrere alla norma di chiusura, invocata dall'istante, costituita dal rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, non soggetto a preclusioni *ex lege* ed espressivo del principio costituzionale di non disumanità della pena.

Tuttavia, osserva il Tribunale di sorveglianza di Venezia, tale istituto è riservato ai soli casi previsti, da ritenersi tassativi, in cui «più evidente appare il contrasto tra il carattere obbligatorio dell'esecuzione di una pena detentiva e il principio di legalità della stessa cui è specularmente il divieto di trattamenti inumani» di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. Discenderebbe da tale principio l'esigenza che il soggetto non venga sottoposto ad una pena più grave di quella irrogata, esigenza che risulterebbe contraddetta se, per particolari condizioni fisiche individuate dalla legge, la carcerazione incidesse non solo sulla libertà, ma anche sull'integrità personale. Il Tribunale rimettente dovrebbe dare applicazione al principio di non disumanità della pena in un caso in cui, pur ricorrendo i parametri in fatto di un trattamento disumano e degradante, così come verificati in casi analoghi dalla costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sarebbe precluso il ricorso all'istituto di cui all'art. 147 c.p., poiché, non lamentando il detenuto una grave infermità fisica, tale ipotesi non sarebbe ricompresa tra quelle tassativamente previste dalla norma. Se integrato dalla pronuncia richiesta attraverso l'incidente di legittimità costituzionale, l'art. 147 c.p., anche in quanto «norma di chiusura» del sistema, costituirebbe «l'unico strumento di effettiva tutela in sede giurisdizionale al fine di ricondurre nell'alveo della legalità costituzionale l'esecuzione della pena a fronte di condizioni detentive che si risolvono in trattamenti disumani e degradanti».

Dal canto suo, il Tribunale di sorveglianza di Milano è stato investito dell'istanza di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena presentata da un detenuto, sulla base di doglianze assolutamente simili a quelle precedenti, tali da far ritenere al giudice *a quo* che «il detenuto stia subendo un trattamento "disumano e degradante"», sicché si pone «una questione di compatibilità della sua detenzione con i principi di non disumanità della pena e di rispetto della dignità della persona detenuta sottesi all'applicazione proprio dell'istituto del differimento della pena che viene invocato dall'interessato».

Affiancandosi alle ragioni di non manifesta infondatezza espresse dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia, richiama altresì sia l'art. 32 Cost. e la de-

finizione di "salute" delineata dall'Organizzazione mondiale della sanità, sia la sentenza n. 113 del 2011, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

I giudici costituzionali riconoscono l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti così come la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità.

Partendo dal presupposto che non spetta alla Corte costituzionale individuare gli indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario, viene espressa con forza la complessità di tale situazione che, nel suo messaggio alle Camere dell'8 ottobre 2013, il Presidente della Repubblica ha definito intollerabile. Si richiamano i dati statistici, dai quali emerge un fenomeno che, pur con intensità diverse, sta investendo da tempo il sistema penitenziario italiano e ha determinato una situazione che non può protrarsi, data l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale e ad incidere, comprimendolo, sul "residuo" irriducibile della libertà personale del detenuto, gli uni e l'altro espressione del principio personalistico posto a fondamento della Costituzione repubblicana (sentenza n. 1 del 1969).

Tuttavia, la Corte costituzionale ritiene che le questioni sollevate siano inammissibili. Il sovraffollamento non può essere contrastato con lo strumento indicato dai rimettenti, che, se pure potesse riuscire a determinare una sensibile diminuzione del numero delle persone reclusi in carcere, giungerebbe a questo risultato in modo casuale, determinando disparità di trattamento tra i detenuti, i quali si vedrebbero o no differire l'esecuzione della pena in mancanza di un criterio idoneo a selezionare chi debba ottenere il rinvio dell'esecuzione fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie. L'obiettivo dei rimettenti del resto non è quello di introdurre nel sistema uno strumento capace di porre termine al sovraffollamento carcerario, ma quello di apprestare una tutela per la persona che si trovi a subire un trattamento penale non conforme ai principi fissati dall'art. 27, comma 3, Cost.

Si ricordano le indicazioni offerte dalla citata sentenza Torreggiani, in cui si richiamano le raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che invitano al più ampio ricorso possibile alle misure alternative alla detenzione e al riorientamento della politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione, oltre che a una forte riduzione della custodia cautelare in carcere. Come richiesto dalla sentenza *de qua*, entro un anno dalla sua emanazione, le autorità nazionali devono creare un ricorso o una combinazione di ricorsi individuali che abbiano effetti "preventivi" (nel senso che devono determinare «la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti») e "compensativi", garantendo una riparazione effettiva delle violazioni della Cedu risultanti dal sovraffollamento.

Tra i rimedi "preventivi" a tutela del detenuto che subisce condizioni di detenzione contrarie al senso di umanità, la Corte non ravvisa l'ipotesi avanzata dai giudici rimettenti. Ci sono altri rimedi "interni" al sistema penitenziario, tali da comportare, in casi come quelli oggetto delle ordinanze di rimessione, non già la sospensione dell'esecuzione carceraria della pena, ma, ad esempio, più semplicemente, lo spostamento del detenuto in un'altra camera di detenzione o il suo trasferimento in un altro istituto penitenziario. Esiste, in sostanza, uno spazio per interventi dell'amministrazione penitenziaria che devono essere indirizzati alla salvaguardia, congiuntamente, del diritto a non subire trattamenti disumani e della finalità rieducativa della pena, perché il contesto «non dissociabile» nel quale vanno collocati i due principi delineati dal terzo comma dell'art. 27 Cost., esclude l'ammissibilità di interventi che, allo scopo di porre rimedio a una lesione del primo, determinino una compromissione della seconda. È inoltre necessario che, a garanzia della preminenza dei principi costituzionali ai quali deve conformarsi l'esecuzione della pena, gli interventi dell'amministrazione penitenziaria si trovino inseriti in un contesto di effettiva tutela giurisdizionale.

Vengono in considerazione al riguardo le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di questa Corte in tema di tutela dei diritti del detenuto: per un

verso, infatti, alle disposizioni impartite, nel corso del trattamento, dal magistrato di sorveglianza, a norma dell'art. 69, comma 5, dell'ordinamento penitenziario, è stata riconosciuta natura di «prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue» (sentenza n. 266 del 2009); per altro verso, si è più di recente affermato che «le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14-ter ord. pen., devono ricevere concreta applicazione e non possono essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'Amministrazione penitenziaria o di altre autorità» (sentenza n. 135 del 2013).

Sono perciò superate le incertezze espresse, sia dalla Corte di Strasburgo, sia dai rimettenti, sull'effettività di tali decisioni, e dunque sulla loro capacità di porre fine a condizioni detentive intollerabili.

I giudici costituzionali dichiarano inammissibili i ricorsi anche per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate; pluralità che fa escludere l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo sull'art. 147 c.p. Oltre al mero rinvio dell'esecuzione della pena, sono ipotizzabili altri tipi di rimedi "preventivi", come, ad esempio, quelli modellati sulle misure previste dagli artt. 47 ss. dell'ordinamento penitenziario, ad alcune delle quali si è fatto riferimento nel dibattito seguito alla sentenza Torreggiani; misure che per ovviare alla situazione di invivibilità derivante dal sovraffollamento carcerario potrebbero essere adottate dal giudice anche in mancanza delle condizioni oggi tipicamente previste. In particolare potrebbe ipotizzarsi un ampio ricorso alla detenzione domiciliare, sempre che le condizioni personali lo consentano, o anche ad altre misure di carattere sanzionatorio e di controllo diverse da quelle attualmente previste, da considerare forme alternative di esecuzione della pena. È da ritenere infatti che lo stesso condannato potrebbe preferire misure del genere e non avere interesse a un rinvio come quello prospettato dai rimettenti, che potrebbe lasciare a lungo aperta la sua vicenda esecutiva.

SEZIONI UNITE

di Valeria Marchese

INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE DI RINVIO IN CASO DI ANNULLAMENTO DI SENTENZA DICHIARATIVA DELLA PRESCRIZIONE PER OMESSA MOTIVAZIONE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE

(Cass., sez. un., 27 settembre 2013, n. 40109)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere la controversa questione inerente l'individuazione del giudice del rinvio, in seguito a ricorso per cassazione proposto dall'imputato, nel caso in cui la sentenza d'appello abbia immotivatamente confermato la responsabilità dello stesso ai fini civili, dichiarando contestualmente la prescrizione del reato, ex art. 578 c.p.p.

Al riguardo, vi sono due contrastanti orientamenti giurisprudenziali, basati su una diversa interpretazione dell'art. 622 c.p.p., secondo il quale l'annullamento di una sentenza ai soli effetti civili comporta il rinvio della controversia al giudice civile competente per valore in grado d'appello.

Parte della giurisprudenza di legittimità sostiene che, in caso di accoglimento del ricorso, il rinvio vada disposto al giudice penale, poiché l'art. 622 c.p.p. si applicherebbe solo nel caso in cui l'impugnazione sia stata proposta dalla sola parte civile avverso una sentenza di proscioglimento, oppure nel caso in cui vi sia stato un accertamento definitivo della responsabilità penale, ipotesi che non si verifica quando viene dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione (ex multis, Cass., Sez. V, 15 luglio 2011, n. 42135).

Secondo altro e maggioritario orientamento, quando una sentenza di proscioglimento per avvenuta prescrizione del reato viene annullata limitatamente alle disposizioni civili, il giudice del rinvio dovrebbe essere quello civile. Infatti, venendo meno l'aspetto penalistico della vicenda, in base al principio di economia processuale, la controversia non dovrebbe permanere ulteriormente in sede penale, ma essere rimessa al giudice competente a decidere in quella materia. Pertanto, questo indirizzo ritiene

applicabile alla fattispecie in esame l'art. 622 c.p.p., in virtù di un'interpretazione della norma più estensiva, che include tra gli "effetti penali della sentenza" anche quelli determinati da una pronuncia di non doversi procedere (ex multis, Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2004, n. 14863). Sul punto, si segnala che le Sezioni Unite, seppure *incidenter tantum*, hanno aderito a questo secondo orientamento (Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155).

A parere della Corte, per la risoluzione della questione di diritto è necessaria una previa analisi dei limiti dei poteri attribuiti al giudice di rinvio, in seguito ad annullamento per vizi di motivazione di una statuizione sulla responsabilità civile, in presenza di una causa di estinzione del reato.

In premessa, i giudici evidenziano che, secondo un acclarato orientamento, in sede di legittimità non è possibile censurare per vizi di motivazione una sentenza di non doversi procedere, in quanto, in base al principio di economia processuale, il giudice del rinvio dovrebbe, in ogni caso, procedere immediatamente a dichiarare la causa estintiva, ex art. 129 c.p.p. Ciò non esclude che, in presenza di una causa di estinzione del reato, la valutazione effettuata ai fini civilistici, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., potrebbe esplicitare i suoi effetti anche sulla decisione penale, con la conseguenza che il giudice d'appello dovrebbe pronunciare l'assoluzione nel merito, ove sussistano i presupposti, in base alla regola di prevalenza dell'art. 129, co. 2, c.p.p. Tuttavia, l'assenza di un esame approfondito in ordine alla responsabilità civile, pur potendo incidere indirettamente sulla responsabilità penale, non è in grado di inficiare la declaratoria di estinzione del reato (ex multis, Cass., Sez. un., 28 maggio 2009, n. 35490).

Queste argomentazioni vengono utilizzate dalle Sezioni Unite per escludere l'adesione a quell'orientamento giurisprudenziale che, subordinando l'operatività dell'art. 622 c.p.p. all'accertamento definitivo della responsabilità penale, ritiene che il giudice del rinvio sia quello penale. Infatti, questa

tesi sembra presupporre il potere dell'organo giudicante in sede di rinvio di rimediare all'omesso approfondito esame dei motivi d'appello inerenti la responsabilità civile, in presenza del quale, sarebbe stato possibile, in ipotesi, escludere la responsabilità penale.

Invero, come osserva la Corte, questa interpretazione non sembra condivisibile, perché *«ammettere una riapertura del tema penale solo per effetto della incidenza che su esso potrebbe in via di mera ipotesi determinare la rivisitazione dell'accertamento sulla responsabilità civile equivarrebbe a stravolgere finalità e meccanismi decisori della giustizia penale, in dipendenza da interessi civilistici ancora sub judice, che devono essere invece isolati e portati all'esame del giudice naturalmente competente ad esaminarli»*.

Le Sezioni Unite riconoscono che, accogliendo questa soluzione, l'inosservanza, da parte del giudice, delle regole processuali non sarebbe censurabile, se non da un punto di vista deontologico, ma non ritengono che questa obiezione sia idonea a giustificare un esito alternativo. Come non potrebbe esserlo l'ulteriore obiezione relativa all'applicazione delle regole del processo civile, meno favorevoli per il danneggiato, in seguito alla *traslatio iudici*, posto che si tratta di un'eventualità del tutto prevedibile da parte dello stesso. D'altra parte, la ricostruzione proposta non compromette l'interesse dell'imputato ad un accertamento adeguato della sua innocenza, che viene garantito dalla possibilità, riconosciuta allo stesso, di rinunciare alla causa di estinzione del reato.

Carcere “duro” e colloqui difensivi

Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 2013, n. 143 – Pres. Gallo; Est. Frigo

È costituzionalmente illegittimo l'articolo 41-bis, comma 2-quater, lettera b), ultimo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'articolo 2, comma 25, lettera f), numero 2), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari».

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1.– Con ordinanza depositata il 7 giugno 2012, il Magistrato di sorveglianza di Viterbo ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 24 e 111, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 41-bis, comma 2-quater, lettera b), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'articolo 2, comma 25, lettera f), numero 2), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), «nella parte in cui introduce limitazioni al diritto di espletamento dei colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi del medesimo art. 41-bis».

Il giudice a quo riferisce di essere investito del reclamo proposto da un detenuto, ai sensi dell'art. 35 della legge n. 354 del 1975, avverso il provvedimento dell'8 settembre 2011, con cui il direttore della casa circondariale di Viterbo aveva respinto la richiesta del reclamante volta ad ottenere un colloquio visivo con un avvocato, designato come suo difensore di fiducia in un procedimento penale pendente davanti al Tribunale di Palmi.

Il diniego si basava sul disposto dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera b), ultimo periodo, della legge n. 354 del 1975, in forza del quale i detenuti sottoposti al regime penitenziario speciale previsto dal comma 2 del medesimo articolo sono ammessi ad effettuare con i difensori, «fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», pari rispettivamente a dieci minuti e a un'ora.

Con circolari del 3 settembre 2009, del 3 dicembre 2009 e del 1° aprile 2010 – esse pure poste a fondamento del provvedimento impugnato – il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia ha precisato che le limitazioni sopra indicate operano a pre-

scindere dal numero dei procedimenti per i quali il detenuto risulta imputato o condannato e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti, e ha inoltre riconosciuto al detenuto la facoltà di effettuare un unico colloquio visivo o telefonico prolungato, della durata rispettivamente di tre ore o di trenta minuti, in luogo dei tre distinti colloqui settimanali di un'ora o di dieci minuti ciascuno.

Nella specie, il reclamante – nei cui confronti era stata disposta la sospensione delle regole di trattamento con decreto del Ministro della giustizia del 5 agosto 2010, per un periodo di quattro anni – non aveva potuto effettuare il richiesto colloquio con il difensore il giorno 8 settembre 2011, avendo già fruito il precedente 5 settembre – e, dunque, nell'ambito della stessa settimana – di tre ore consecutive di colloquio con un altro difensore, designato nel procedimento di sorveglianza originato dall'impugnazione del decreto di sottoposizione al regime penitenziario speciale.

Con il reclamo, l'interessato aveva lamentato l'avvenuta lesione del proprio diritto di difesa, eccependo l'illegittimità costituzionale della norma posta a base della decisione del direttore.

Ciò premesso, il rimettente rileva – quanto alla non manifesta infondatezza della questione – che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 212 del 1997, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevede che il condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. A seguito di tale pronuncia, i detenuti in regime ordinario possono effettuare colloqui con i difensori senza limiti di frequenza e di durata.

Ad avviso del giudice a quo, la diversa disciplina, di segno restrittivo, introdotta dalla norma censurata per i detenuti sottoposti al regime speciale si rivelerebbe lesiva di plurimi parametri costituzionali. Essa troverebbe, infatti, fondamento non in una sostanziale diversità delle esigen-

ze difensive, ma nel differente grado di pericolosità sociale del detenuto: elemento che non potrebbe, peraltro, incidere in senso limitativo sull'esercizio del diritto di difesa.

Sarebbe violato, per questo verso, anzitutto l'art. 3 Cost., in quanto i detenuti soggetti al regime speciale hanno, di regola, esigenze difensive maggiori rispetto ai detenuti cosiddetti comuni, collegate al numero più elevato e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico: esigenze che risulterebbero, peraltro, già penalizzate dalla distanza, spesso notevole, del luogo di detenzione da quello di svolgimento del processo, necessaria al fine di ridurre al minimo i rischi di mantenimento dei collegamenti con le organizzazioni criminali. Identiche posizioni processuali – magari anche contrapposte – ricevrebbero, in tal modo, una tutela irragionevolmente differenziata.

Risulterebbe lesa anche l'art. 24 Cost., posto che l'evidente compressione del diritto di difesa, derivante dalla norma denunciata, non troverebbe giustificazione nella necessità di proteggere un altro interesse costituzionalmente garantito. L'esigenza di impedire contatti del detenuto con i membri dell'organizzazione di appartenenza in stato di libertà, che è alla base di tutte le restrizioni imposte dall'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975, tra cui la consistente limitazione dei rapporti con i familiari – con i quali può essere effettuato un solo colloquio mensile – non potrebbe essere, infatti, invocata con riguardo ai rapporti con i difensori, trattandosi di «categoria di operatori del diritto che non può essere formalmente destinataria del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione».

La disposizione censurata si porrebbe, infine, in contrasto con l'art. 111, terzo comma, Cost., il quale, nello stabilire le condizioni del «giusto processo penale», prevede che la legge debba assicurare alla persona accusata di un reato il tempo e le condizioni necessarie per preparare la sua difesa. I limiti prefigurati dalla norma sottoposta a scrutinio non consentirebbero, di contro, al reclamante, coinvolto in diversi procedimenti penali, di disporre del tempo occorrente per predisporre la propria difesa, tenuto conto anche del fatto che i difensori non sarebbero in grado di assicurare una presenza assidua presso il luogo di detenzione, notevolmente distante da quello di svolgimento della maggior parte dei processi (pendenti presso uffici giudiziari della Calabria).

Quanto, poi, alla rilevanza della questione, il rimettente osserva che il reclamante è detenuto in esecuzione di tre diverse sentenze ed è sottoposto a custodia cautelare in carcere in forza di due provvedimenti restrittivi; pendono, inoltre, a suo carico alcuni procedimenti penali per i quali sono decorsi i termini di custodia cautelare. Egli, pertanto – al pari della quasi totalità dei detenuti sottoposti al regime previsto dall'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975 – avrebbe un evidente interesse ad esercitare il diritto di difesa in una molteplicità di procedimenti distinti, riguardanti sia la fase della cognizione che quella dell'esecuzione. La dichiaratoria di illegittimità costituzionale invocata comporterebbe l'accoglimento del reclamo e la conseguente imposizione alla direzione dell'istituto penitenziario dell'obbligo di consentire il libero espletamento di colloqui visivi con i

difensori nominati in tutti i procedimenti nei quali il reclamante è coinvolto.

2.– È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che la questione sia dichiarata infondata.

La difesa dello Stato rileva come, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, le esigenze cui risponde il regime detentivo previsto dall'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975 legittimino un trattamento penitenziario diverso da quello al quale è sottoposta la generalità dei detenuti. Le restrizioni connesse al regime speciale, comprese quelle concernenti i colloqui, sono giustificate, infatti, dall'esigenza di contenere la pericolosità di determinati soggetti, individuati non in astratto, sulla base del titolo del reato per i quali sono imputati o hanno riportato condanna, ma all'esito di una valutazione individuale e specifica. Di conseguenza, le limitazioni dei colloqui con i difensori previste dalla norma censurata, essendo preordinate a ridurre le occasioni di contatto tra i detenuti di accertata pericolosità e il mondo esterno, lungi dal determinare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai detenuti sottoposti al trattamento ordinario, costituirebbero il risultato di un corretto bilanciamento tra l'esigenza di tutelare adeguatamente il diritto di difesa e quella, di pari rilevanza costituzionale, di proteggere l'ordine giuridico e la sicurezza dei cittadini.

La questione sarebbe infondata anche nella parte in cui prospetta il contrasto tra la norma denunciata e l'art. 111, terzo comma, Cost., giacché il precetto costituzionale evocato non atterrebbe ai rapporti tra la persona accusata e il suo difensore, ma esclusivamente all'organizzazione del processo e ai rapporti tra l'imputato e il giudice, garantendo le condizioni indispensabili per una efficace azione difensiva.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Magistrato di sorveglianza di Viterbo dubita della legittimità costituzionale dell'articolo 41-bis, comma 2-quater, lettera b), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'articolo 2, comma 25, lettera f), numero 2), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento ai sensi del comma 2 del medesimo art. 41-bis, in particolare prevedendo che detti detenuti possono avere con i difensori, «fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari» (pari, rispettivamente, a dieci minuti e a un'ora).

Ad avviso del giudice a quo, la norma censurata violerebbe l'art. 3 Cost., riservando ai detenuti in regime speciale un trattamento peggiore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti, non giustificabile né con la loro maggiore pericolosità, la quale non potrebbe incidere in senso limitativo sull'esercizio del diritto di difesa; né con un minore livello delle esigenze difensive, avendo, al

CARCERE "DURO" E COLLOQUI DIFENSIVI

contrario, i detenuti in regime speciale esigenze difensive solitamente maggiori rispetto ai detenuti "comuni", in correlazione al più elevato numero e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico.

La norma denunciata si porrebbe, altresì, in contrasto con l'art. 24 Cost., determinando una evidente compressione del diritto di difesa del detenuto, a fondamento della quale non potrebbe essere invocata l'esigenza di impedire contatti con i membri dell'organizzazione criminale di appartenenza, non essendo tale esigenza riferibile ai rapporti con i difensori, i quali non potrebbero essere normativamente gravati «del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione».

Sarebbe violato, infine, l'art. 111, terzo comma, Cost., giacché le limitazioni censurate impedirebbero ai detenuti in questione – spesso contemporaneamente coinvolti in una pluralità di procedimenti penali – di disporre del tempo necessario per preparare efficacemente la propria difesa.

2.– In riferimento all'art. 24 Cost., la questione è fondata.

È acquisito, nella giurisprudenza di questa Corte, che la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica (sentenze n. 80 del 1984 e n. 125 del 1979) e, dunque, anche il diritto – ad essa strumentale – di conferire con il difensore (sentenza n. 216 del 1996): ciò, al fine di definire e predisporre le strategie difensive e, ancor prima, di conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti (sentenza n. 212 del 1997). Sostanzialmente sintonica con dette affermazioni è quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica, alla luce del disposto dell'art. 6, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (tra le molte, Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Asciutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia).

È evidente, per altro verso, come il diritto in questione assuma una valenza tutta particolare nei confronti delle persone ristrette in ambito penitenziario, le quali, in quanto fruanti solo di limitate possibilità di contatti interpersonali diretti con l'esterno, vengono a trovarsi in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive. In questa prospettiva, il diritto del detenuto a conferire con il difensore forma oggetto di esplicito e puntuale riconoscimento in atti sovranazionali, tra i quali la raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa sulle «Regole penitenziarie europee», adottata dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006, che riferisce distintamente il diritto stesso tanto al condannato (regola numero 23) che all'imputato (regola numero 98).

Sul versante interno, il codice di procedura penale del 1988 – innovando al regime meno favorevole prefigurato dal codice anteriore – ha sancito il diritto dell'imputato in custodia cautelare a conferire con il difensore fin dall'inizio

dell'esecuzione della misura; diritto il cui esercizio può essere dilazionato dal giudice, su richiesta del pubblico ministero, solo in presenza di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» ed entro limiti temporali ristrettissimi: non più di sette giorni, ridotti poi a cinque (art. 104 del codice di procedura penale).

Il nuovo codice di rito non si è occupato, per converso, dell'omologo diritto dei detenuti in forza di condanna definitiva. In assenza di una norma specifica, anche nella legge di ordinamento penitenziario, si era quindi ritenuto che i colloqui del condannato con il difensore soggiacessero alla generale disciplina relativa ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, rimanendo in tal modo subordinati ad un'autorizzazione discrezionale del direttore dell'istituto, basata sulla verifica dell'esistenza di «ragionevoli motivi» (art. 18, primo comma, della legge n. 354 del 1975 e art. 35, comma 1, dell'allora vigente d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, recante «Approvazione del regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»).

Con la sentenza n. 212 del 1997, questa Corte ha ritenuto che un simile regime fosse incompatibile con il principio di inviolabilità del diritto di difesa, dichiarando, di conseguenza, costituzionalmente illegittimo il citato art. 18 della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevedeva il diritto del condannato a conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena: e ciò, non soltanto in riferimento a procedimenti giudiziari già promossi, ma anche in relazione a qualsiasi procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato. Nell'occasione, la Corte ha rilevato che «il diritto di conferire con il proprio difensore non può essere compresso o condizionato dallo stato di detenzione, se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti (ad esempio attraverso temporanee, limitate sospensioni dell'esercizio del diritto, come quella prevista dall'art. 104, comma 3, cod. proc. pen. [...]), e salva evidentemente la disciplina delle modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo: modalità che, peraltro, non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all'apprezzamento dell'autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

Per effetto della pronuncia ora ricordata, tutti i detenuti, anche in forza di condanna definitiva, possono quindi conferire con i difensori senza sottostare né ad autorizzazioni, né a limiti di ordine "quantitativo" (numero e durata dei colloqui). All'autorità penitenziaria resta affidata, in correlazione alle esigenze organizzative e di sicurezza connesse allo stato di detenzione, solo la determinazione delle modalità pratiche di svolgimento dei colloqui (individuazione degli orari, dei locali, dei modi di identificazione del difensore e simili), senza alcun possibile sindacato in ordine all'effettiva necessità e ai motivi dei colloqui stessi.

3.– Quanto ora rilevato, riguardo all'assenza di restrizioni numeriche e di durata, vale, tuttavia, per i detenuti "comuni": non più, attualmente, per i detenuti soggetti allo

speciale regime di sospensione delle regole del trattamento, disposto dal Ministro della giustizia ai sensi dall'art. 41-bis, comma 2, della legge n. 354 del 1975.

Tale regime mira precipuamente a contenere la pericolosità di singoli detenuti proiettata verso l'esterno del carcere, in particolare impedendo «i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà»: collegamenti che potrebbero realizzarsi «attraverso i contatti con il mondo esterno», che lo stesso ordinamento penitenziario ordinariamente favorisce quali strumenti di reinserimento sociale (sentenza n. 376 del 1997; ordinanze n. 417 del 2004 e n. 192 del 1998). Si intende soprattutto evitare che gli esponenti dell'organizzazione in stato di detenzione, sfruttando il normale regime penitenziario, possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa.

A fronte di tale obiettivo, le restrizioni costitutive del regime detentivo speciale – precisate per la prima volta a livello normativo dalla legge 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di ordinamento penitenziario) – non potevano non investire anche, e prima di tutto, la disciplina dei colloqui, i quali rappresentano il veicolo più diretto e immediato di comunicazione del detenuto con l'esterno. Al riguardo, il comma 2-quater, lettera b), dell'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975, come modificato dalla citata legge n. 279 del 2002, prevedeva limitazioni relative alla frequenza (diritto del detenuto a non meno di uno e non più di due colloqui visivi al mese, con possibilità di un colloquio telefonico aggiuntivo solo dopo i primi sei mesi di applicazione del regime), alla qualità degli interlocutori (divieto di colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali) e al luogo di svolgimento (locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti), nonché possibili forme di controllo sui contenuti delle conversazioni (controllo auditivo e registrazione). L'ultimo periodo della citata lettera b) soggiungeva, tuttavia – in chiave di salvaguardia del diritto di difesa – che le disposizioni da essa dettate «non si applicano ai colloqui con i difensori». Di conseguenza, anche per i detenuti soggetti al regime speciale restava fermo il diritto incondizionato a conferire in modo riservato con il proprio difensore.

4.– La situazione è mutata a seguito della legge n. 94 del 2009, il cui art. 2, comma 25, ha apportato una nutrita serie di modifiche all'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975, dichiaratamente volte – secondo le univoche risultanze dei lavori parlamentari – ad irrigidire il regime speciale, in ragione della riscontrata insufficienza delle misure precedenti a contrastare efficacemente il fenomeno temuto.

A tale operazione di irrigidimento non è sfuggita la disciplina dei colloqui. La novella ha, infatti, ridotto il numero dei colloqui personali mensili ad uno solo; ha reso obbligatori (anziché discrezionali) il controllo auditivo e la videoregistrazione; ha stabilito che i colloqui telefonici possono essere concessi solo se non siano stati effettuati colloqui personali (e non già in aggiunta ad essi). Ma soprattutto – per quanto qui interessa – ha modificato l'ul-

timo periodo della citata lettera b) del comma 2-quater, aggiungendo alla immutata statuizione per cui «le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori» le parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»: ossia della durata massima di un'ora, quanto ai colloqui visivi (art. 37, comma 10, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»), e di dieci minuti, quanto ai colloqui telefonici (terzo periodo della stessa lettera b) dell'art. 41-bis, comma 2-quater, della legge n. 354 del 1975, che replica, in parte qua, l'art. 39, comma 6, del d.P.R. n. 230 del 2000).

Pur nella singolare articolazione logico-sintattica del precetto che ne risulta, il senso della norma rimodulata è chiaro. Ferma restando l'inapplicabilità ai colloqui difensivi delle disposizioni (volevoli invece per i colloqui con i familiari) che prescrivono il vetro divisorio, il controllo auditivo e la videoregistrazione, vengono introdotti per la prima volta dei limiti legislativi di tipo «quantitativo» al diritto dei detenuti in questione a conferire con i propri difensori: limiti che appaiono ispirati al sospetto che questi ultimi possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni tra i detenuti stessi e gli altri membri dell'organizzazione criminale di appartenenza.

5.– Le restrizioni in questione, per il modo in cui sono congegnate, si traducono in un vulnus del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'art. 24, secondo comma, Cost.

Al riguardo, occorre considerare come si sia di fronte a restrizioni rigide, infettibili e di lunga durata: ben diverse, dunque, da quella resa possibile, in termini generali, dal citato art. 104, comma 3, cod. proc. pen. nei confronti dell'imputato in custodia cautelare.

A fronte della modifica apportata al secondo periodo del comma 2-quater dell'art. 41-bis (in specie, la sostituzione della locuzione «può comportare» con l'indicativo presente «prevede»), la compressione del diritto ai colloqui difensivi consegue – al pari delle altre restrizioni normativamente prefigurate – in modo automatico e infettibile all'applicazione del regime detentivo speciale (al riguardo, sentenza n. 190 del 2010) e lo accompagna per tutta la sua durata, fissata ora in quattro anni, con possibilità di proroga per successivi periodi, ciascuno pari a due anni (comma 2-bis).

I limiti in questione operano d'altro canto invariabilmente, a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari (o, *amplius*, contenziosi) nei quali il detenuto è (o potrebbe essere) coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare. L'interpretazione in tali sensi della norma censurata, prontamente adottata dall'amministrazione penitenziaria (circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 297600-2009 del 3 settembre 2009), risponde, in effetti, tanto al dato testuale (la norma menziona i «difensori» al plurale e non fa al-

cun accenno a un incremento dei limiti in funzione della pluralità dei procedimenti cui il detenuto sia interessato), quanto alla ratio della novella legislativa del 2009, dianzi evidenziata.

6.– Contrariamente a quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, la soluzione normativa adottata non può essere giustificata in una prospettiva di bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi contrapposti di pari rilevanza costituzionale, legati segnatamente alla protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità organizzata.

Questa Corte ha riconosciuto che il diritto di difesa è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, così che il suo esercizio può essere variamente modulato o limitato dal legislatore (tra le altre, sentenze n. 173 del 2009, n. 297 del 2008 e n. 341 del 2006, nonché, con specifico riferimento alla materia dei colloqui dei detenuti, sentenza n. 212 del 1997): ciò, tuttavia, a condizione che non ne risulti compromessa l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato (sentenza n. 317 del 2009), e ferma restando, altresì, l'esigenza di verificare la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate (sentenza n. 407 del 1993).

Detti principi valgono in modo particolare quando si discuta di restrizioni che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, rese più vulnerabili, quanto alle potenzialità di esercizio delle facoltà difensive – come già rimarcato – dalle limitazioni alle libertà fondamentali insite, in via generale, nello stato di detenzione. Giova, anche a questo riguardo, il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale – nell'ammettere che, in circostanze eccezionali, lo Stato possa limitare i contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato – rimarca, tuttavia, come ogni misura limitativa di tal fatta debba risultare assolutamente necessaria (tra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 novembre 2007, Ascituo contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia) e non debba comunque frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato. Tale, infatti, è l'importanza annessa ai diritti della difesa in una società democratica, che il diritto ad una assistenza legale effettiva deve essere garantito in tutte le circostanze (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy contro Russia).

Nella specie, il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca l'anzidetto nucleo essenziale, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive. Nel frangente, si discute, tra l'altro, di soggetti condannati o imputati per delitti di particolare gravità e spesso contemporaneamente coinvolti – proprio in ragione dei ritenuti collegamenti «con un'associazione criminale, terroristica o eversiva», cui è condizionata la sottoposizione al regime speciale (art. 41-bis, comma 2, primo periodo) – in una pluralità di altri procedimenti, di cognizione ed esecutivi, particolarmente complessi. È questo il caso del reclamante nel giudizio a

quo, il quale – secondo quanto riferisce il giudice rimettente – è detenuto in esecuzione di tre diverse sentenze ed è sottoposto a custodia cautelare in carcere in forza di due provvedimenti restrittivi; pendono, inoltre, a suo carico altri procedimenti penali per i quali sono decorsi i termini di custodia cautelare, nonché il procedimento di sorveglianza originato dall'avvenuta impugnazione del decreto ministeriale di sottoposizione al regime detentivo speciale. L'eventualità che le tre ore o i trenta minuti settimanali complessivi di colloquio – pur tenendo conto della concorrente possibilità di libera corrispondenza epistolare (surrogato con evidenti limiti di funzionalità) – risultino in concreto insufficienti a soddisfare le esigenze difensive non può, dunque, considerarsi remota o puramente congetturale.

Significativo, al riguardo, è che la Corte di Strasburgo – tenuto conto della complessità della singola vicenda giudiziaria nella quale il ricorrente era coinvolto – abbia reputato lesiva del diritto all'equo processo una limitazione che presenta significative assonanze con quella in esame (sentenza 12 marzo 2003, Öcalan contro Turchia, relativa a fattispecie nella quale erano stati consentiti all'imputato, durante il corso del processo, solo due colloqui a settimana con i propri difensori, della durata di un'ora l'uno).

7.– Quanto, poi, al secondo versante – quello della ragionevolezza delle restrizioni – vale osservare come i colloqui difensivi abbiano, per definizione, quali interlocutori "esterni" del detenuto, persone appartenenti ad un ordine professionale (quello degli avvocati), tenute al rispetto di un codice deontologico nello specifico campo dei rapporti con la giustizia e sottoposte alla vigilanza disciplinare dell'ordine di appartenenza.

L'eventualità che dette persone, legate al detenuto da un rapporto di prestazione d'opera professionale, si prestino a fungere da tramite fra il medesimo e gli altri membri dell'organizzazione criminale, se non può essere certamente esclusa a priori, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo: apprendo, sotto questo profilo, la situazione significativamente diversa da quella riscontrabile in rapporto ai colloqui con persone legate al detenuto da vincoli parentali o affettivi, ovvero con terzi non qualificati.

Dirimente è, peraltro, il rilievo che, quando pure l'eventualità temuta si materializzi, le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti. Posto, infatti, che i colloqui con i difensori – diversamente da quelli con i familiari e conviventi o con terze persone – restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno, né a circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell'ambito dei sodalizi criminosi.

L'operazione normativa considerata viene, di conseguenza, a confliggere con il principio per cui, nelle ope-

razioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Nel caso in esame, per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa in dotta dalla norma censurata non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

8.– Va dichiarata, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera b), ultimo periodo, della legge n. 354 del 1975, limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari».

Le censure riferite agli artt. 3 e 111, terzo comma, Cost. restano assorbite.

[Omissis]

CARLO FIORIO

Professore straordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Perugia

Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa

Differentiated detention regime and protection of the right of defense

Per la prima volta la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 41-bis ord. penit., affermando con vigore l'imprescindibilità del diritto di difesa per tutte le persone detenute e ribadendo la necessità che le restrizioni del carcere "duro" siano strettamente parametrare alle esigenze di ordine e sicurezza pubblica.

For the first time the Italian Constitutional Court declares the constitutional illegitimacy partial to art. 41-bis ord. penit., arguing strongly that the indispensability of the right of defense of all those detained and reiterating the need for the restrictions of the "hard" prison are closely benchmarked to the requirements of public order and security.

LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Con la sentenza n. 143 del 2013¹, la Corte costituzionale ha scalfito, per la prima volta², il meccani-

simo delineato dall'art. 41-bis L. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti: ord. penit.), dichiarando l'illegittimità costituzionale del comma 2-quater, lett. b), ultimo periodo³, nella parte in cui limita quantitativamente le telefonate ed i colloqui con i difensori⁴.

¹ Tra i primi commenti alla decisione v. V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, *www.penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2013; P. Corvi, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41 bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1185; F. Fiorentin, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: un difficile equilibrio tra diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2013; M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, ibidem.

² I precedenti interventi della Corte costituzionale, invero, mai si erano concretizzati in una declaratoria di illegittimità co-

stituzionale (cfr. Corte cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56; Corte cost., ord. 17 giugno 2010, n. 220; Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190; Corte cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417; Corte cost., ord. 23 luglio 2002, n. 390; Corte cost., ord. 26 maggio 1998, n. 192; Corte cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376; Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351; Corte cost., ord. 22 luglio 1994, n. 332; Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410; Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349).

³ Nel testo introdotto dall'art. 2 comma 25 lett. f) n. 2 L. 15 luglio 2009, n. 94.

⁴ Corte cost., ord. 17 giugno 2010, n. 220, cit., aveva dichiara-

CARCERE "DURO" E COLLOQUI DIFENSIVI

La questione di legittimità⁵ aveva preso le mosse da un reclamo c.d. generico (artt. 35 e 69 ord. penit.), attraverso il quale un detenuto ristretto in regime carcerario differenziato si doleva del provvedimento con cui la direzione dell'istituto penitenziario aveva respinto l'istanza volta ad ottenere un colloquio visivo con uno degli avvocati di fiducia.

Oltre alle limitazioni quantitative previste dalla legge fondamentale di ordinamento penitenziario⁶, anche il D.A.P., con proprie circolari, aveva precisato che le limitazioni sopra indicate operassero a prescindere dal numero dei procedimenti per i quali il detenuto risulta imputato o condannato e, quindi, dal numero dei difensori nominati⁷, riconoscendo, peraltro, al detenuto la facoltà di effettuare un unico colloquio visivo o telefonico prolungato, della durata rispettivamente di tre ore o di trenta minuti, in luogo dei tre distinti colloqui settimanali di un'ora o di dieci minuti ciascuno⁸.

Con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione, il giudice rimettente richiamava la sentenza costituzionale n. 212 del 1997⁹, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit., nella parte in cui non prevede che il condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. In tale prospettiva, lo stesso giudice rilevava come la diversa disciplina, di maggior rigore, riservata ai detenuti sottoposti al regime speciale violerebbe plurimi parametri costituzionali (artt. 3, 24 comma 2 e 111 Cost.), rinvenendo fondamento non già in una sostanziale diversità delle esigenze difensive, ma nel differente grado di pericolosità sociale del detenuto: elemento, quest'ultimo, non suscettibile di incidere in senso limitativo sull'esercizio del diritto di difesa.

to la manifesta inammissibilità di un'analoga questione, a causa della coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di incostituzionalità e per mancanza di motivazione sulla rilevanza della questione stessa.

⁵ Cfr. Mag. Sorv. Viterbo, 7 giugno 2012, *Gazz. Uff.*, 1° Serie speciale, 2012, n. 43.

⁶ La norma censurata consente ai detenuti in regime carcerario differenziato di effettuare con i difensori, «fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», rispettivamente pari a dieci minuti e a un'ora.

⁷ Il reclamante è detenuto in esecuzione di tre diverse sentenze ed è sottoposto a custodia cautelare in carcere in forza di due provvedimenti restrittivi. Pendono, inoltre, a suo carico alcuni procedimenti penali per i quali sono decorsi i termini di custodia cautelare.

⁸ Cfr. le Circolari D.A.P. n. 297600-2009 del 3 settembre 2009; n. 434778-2009 del 3 dicembre 2009 e n. 233598 del 1° aprile 2010.

⁹ V. Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, a margine della quale cfr. F. Della Casa, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, *Dir. pen. e proc.*, 1998, 210 ss.

Più precisamente, secondo l'impostazione prospettata dal giudice rimettente, la norma censurata violerebbe l'art. 3 Cost., in ragione del trattamento deteriore riservato ai detenuti "speciali" rispetto agli altri. Tale disparità, peraltro, non sarebbe giustificabile né in ragione della loro maggiore pericolosità (dato, quest'ultimo, inconferente con l'effettività dell'esercizio del diritto di difesa), né con un minor livello di esigenze difensive, dal momento che, nella stragrande maggioranza dei casi, i detenuti in regime carcerario differenziato sono interessati da un elevato numero di procedimenti penali (e cautelari), caratterizzati da particolare complessità. La speciale collocazione "geografica" del *locus detentionis* (art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit.) renderebbe, piuttosto, essenziale una maggiore elasticità nel riconoscimento del diritto di difesa, quasi sempre penalizzato dalla distanza tra carcere, difensore e luogo del processo. Ad essere leso, in secondo luogo, sarebbe anche l'art. 24 comma 2 Cost., dal momento che l'evidente compressione del diritto di difesa non rinverrebbe, nel necessario giudizio di bilanciamento, la necessità di proteggere un altro interesse costituzionalmente garantito. A meno di non voler concepire il difensore quale potenziale "correo *in se*", è da escludere che la funzione difensiva possa essere sospettata di atteggiarsi ad «illecito canale di comunicazione». Infine, la disposizione censurata colliderebbe con l'art. 111 comma 3 Cost., laddove prevede che la legge debba assicurare alla persona accusata di un reato il tempo e le condizioni necessarie per preparare la sua difesa. I limiti oneranti la funzione difensiva, al contrario, sarebbero tali e tanti da ridurre drasticamente il tempo occorrente per predisporre una difesa effettiva.

L'Avvocatura generale dello Stato, a sostegno della richiesta di infondatezza della *quaestio*, ha tentato di giustificare il limite posto ai colloqui con il difensore con l'esigenza di contenere la pericolosità dei detenuti assoggettati al regime carcerario differenziato. In particolare, secondo la difesa governativa, la scelta legislativa non solo non determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai detenuti "ordinari", ma costituirebbe «il risultato di un corretto bilanciamento tra l'esigenza di tutelare adeguatamente il diritto di difesa e quella, di pari rilevanza costituzionale, di proteggere l'ordine giuridico e la sicurezza dei cittadini».

LE COORDINATE NORMATIVE: I COLLOQUI DELLA PERSONA IN VINCOLIS

L'art. 104 c.p.p., nell'innovare profondamente la normativa previgente in materia di colloqui tra l'as-

sistito *in vinculis* ed il difensore (art. 135 c.p.p. 1930), ha disciplinato espressamente la sola posizione dell'imputato (o dell'indagato) detenuto in stato di custodia cautelare o di fermo o di arresto e non anche quella del detenuto condannato con provvedimento irrevocabile. Nello specifico, la disposizione codicistica riconosce al solo imputato (o indagato) il diritto di conferire con il difensore, rispettivamente, fin dall'inizio dell'esecuzione della misura cautelare e subito dopo l'arresto o il fermo¹⁰.

Il concreto esercizio di tale diritto, peraltro, non è scevro da limitazioni: nel tentativo di "bilanciare" il diritto di difesa con le esigenze investigative, l'art. 104 comma 3 c.p.p. stabilisce, infatti, che, nel corso delle indagini preliminari, quando sussistono «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», è possibile dilazionare per un tempo non superiore a cinque giorni l'esercizio del diritto di conferire con il difensore¹¹.

Nel silenzio del codice di rito circa i colloqui dei difensori con i detenuti "definitivi", la prassi era inizialmente orientata nel senso di applicare le circolari amministrative dettate dal D.A.P. in tema di colloqui con «persone diverse dai congiunti e dai conviventi»¹², le quali, nell'esigere l'autorizzazione del direttore dell'istituto, specificavano, da un lato, che le esigenze connesse alla predisposizione della difesa tecnica integrassero senz'altro i «ragionevoli motivi» richiesti per la concessione del colloquio¹³ escludendo, dall'altro lato, che gli incontri con il difensore fossero computati nel "monte" mensile riconosciuto al condannato.

Com'è noto, su tale assetto si è abbattuta la scure della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 18 ord. penit., per contrasto con l'art. 24 comma 2 Cost., «nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il proprio difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena»¹⁴, vuoi in riferimento a procedimenti giudiziari già promossi, vuoi in relazione a qualsiasi procedimento conten-

zioso suscettibile di essere instaurato¹⁵. Attraverso tale significativa pronuncia la Corte costituzionale ha anche stabilito che l'amministrazione penitenziaria, pur potendo regolare le modalità pratiche di svolgimento dei colloqui (individuazione degli orari, dei locali¹⁶, dei modi di identificazione del difensore, ecc.), non può compiere alcun sindacato sulla necessità e sui motivi dei colloqui medesimi.

Rimane, invece, ancora aperta la questione dei colloqui telefonici con il difensore¹⁷: mentre la giurisprudenza di legittimità continua a ritenere che la materia sia regolata dall'art. 39 d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230¹⁸ (d'ora in avanti: reg. es.), il quale subordina

¹⁵ L'invalsa prassi antecedente all'intervento della Consulta, secondo cui il colloquio tra difensore e assistito detenuto per l'espiazione della pena era ammesso solo in pendenza di un procedimento di esecuzione o di sorveglianza, è oggi definitivamente tramontata anche alla luce dell'art. 327-bis comma 2 c.p.p., inserito dall'art. 7 l. 7 dicembre 2000, n. 397, il quale, aprendo la normativa dedicata alle c.d. indagini difensive, prevede espressamente che la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito «può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione». Del resto, la stessa Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, cit., precisava che il diritto di difesa deve «potersi esplicare non solo in relazione ad un procedimento già instaurato, ma altresì in relazione a qualsiasi possibile procedimento contenzioso suscettibile di essere instaurato per la tutela delle posizioni garantite, e dunque anche in relazione alla necessità di preventiva conoscenza e valutazione – tecnicamente assistita – degli istituti e rimedi apprestati allo scopo dall'ordinamento».

¹⁶ Cfr. l'art. 37 comma 6 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 (d'ora in avanti: reg. es.).

¹⁷ In dottrina, nel senso che «[il] diritto al colloquio telefonico con il patrono prescelto è situazione giuridica direttamente azionabile per l'esplicito richiamo all'incondizionato diritto di difesa cristallizzato nella Carta. Non sopporta limitazioni o valutazioni ponderative, se non nell'ottica di un bilanciamento eccezionale con valori quantomeno equivalenti», v. C. Lara, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, *Giur. merito*, 2012, 2389-2390. *Contra*, per l'assunto secondo il quale la corrispondenza telefonica del condannato detenuto è legittimamente sottoposta ad una disciplina differente rispetto a quella dei colloqui difensivi, cfr. F. Picozzi, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, *Cass. pen.*, 2012, 1124 ss.

¹⁸ Nel senso che i contatti via apparecchio mediante i quali il ristretto intrattiene rapporti con il proprio rappresentante si configurino quali «modalità residuali», dal momento che, in via primaria, il medesimo può beneficiare tanto dei colloqui visivi, quanto della corrispondenza epistolare o telegrafica, non sottoposte a limitazione alcuna, v. Cass., sez. I, 14 ottobre 2004, n. 43154, *CED Cass.*, 230094; nello stesso senso, più di recente cfr. anche Cass., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 47326, *CED Cass.*, 251419. Rileva P. Corvi, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41-bis o.p.*, cit., 1191, che l'art. 35 comma 5 norme att. c.p.p., «nel prevedere che quando sono autorizzati colloqui telefonici tra imputato detenuto e suo difensore non si applica la disposizione che consente o impone la registrazione o l'ascolto delle conversazioni, presuppone l'applicazione ai colloqui telefonici con il difensore della disciplina penitenziaria generale contenuta negli artt. 18 o.p. e 39 reg. pen.».

¹⁰ A tal fine è previsto che il difensore (di fiducia o di ufficio) sia immediatamente avvisato dell'avvenuta esecuzione del provvedimento restrittivo (cfr. artt. 293 comma 1 e 386 comma 2 c.p.p.) e possa accedere ai luoghi in cui si trova detenuta la persona arrestata, fermata o sottoposta a misura cautelare (art. 36 norme att. e coord. c.p.p.).

¹¹ La norma prevede che, in caso di misura cautelare, la decisione sul differimento spetti al giudice per le indagini preliminari, mentre nelle ipotesi di arresto e fermo sarà – ovviamente – il p.m. a dover provvedere.

¹² Cfr. la Circ. n. 694328/2-11 del 1° febbraio 1994.

¹³ V. l'art. 18 comma 1 ord. penit. e l'art. 35 comma 1 dell'allora vigente regolamento di esecuzione (d.p.r. 29 aprile 1976, n. 431).

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, cit.

CARCERE "DURO" E COLLOQUI DIFENSIVI

l'esercizio del diritto alla previa autorizzazione del direttore dell'istituto¹⁹, la giurisprudenza di merito ha, invece, assunto una posizione di piena aderenza al principio enunciato dalla Corte costituzionale, attestandosi sulla posizione per cui l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strettamente inerente al diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione²⁰.

In siffatto contesto si iscrive la peculiare situazione dei detenuti soggetti a regime carcerario differenziato, per i quali la l. 15 luglio 2009, n. 94 ha drasticamente limitato l'esercizio del diritto di difesa.

Nella previgente formulazione, risalente alla l. 23 dicembre 2002, n. 279²¹, l'art. 41-bis comma 2-*quater*, lettera b) ord. penit., pur contemplando consistenti limitazioni, di natura soggettiva (familiari e conviventi) ed oggettiva (non meno di uno e non più di due colloqui visivi al mese da tenersi, sotto controllo auditivo con registrazione, in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti), escludeva espressamente che dette norme si applicassero ai colloqui con i difensori. Al contrario, la legge n. 94 del 2009, nel dichiarato intento di «ripristinare l'originario rigore del regime di detenzione» di cui all'articolo 41-bis ord. penit.²², si caratterizza per un deciso inasprimento del regime carcerario differenziato, per l'ampliamento del novero dei destinatari e per la "neutralizzazione" della discrezionalità giurisdizionale²³.

¹⁹ Oltre a limiti consistenti per i detenuti condannati per delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit. In ordine alla portata degli artt. 37 comma 8 e 39 comma 2 reg. es., v. F. Fiorentin, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: un difficile equilibrio tra diritti fondamentali*, cit., 6 (dattiloscritto).

²⁰ Così, ancora, F. Fiorentin, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: un difficile equilibrio tra diritti fondamentali*, cit., 4 (dattiloscritto), richiamando la motivazione di Mag. Sorv. Varese, 15 dicembre 2005, *www.diritto.it*. Per la giurisprudenza v., altresì, Mag. Sorv. Vercelli, 15 giugno 2011, Zavettieri, *Cass. pen.*, 2012, 1119, con nota critica di F. Picozzi, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, cit.; Mag. Sorv. Vercelli, 17 giugno 2009, Morelli, *Rass. penit. e crim.*, 2010, 115.

²¹ In ordine alla "stabilizzazione" dell'art. 41-bis ord. penit., operata dalla legge n. 279 del 2002, cfr., oltre al lavoro monografico di S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, spec. 20 ss., A. Bernasconi, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 285; L. Filippi, *La "novella" penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una "controriforma" che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, *Cass. pen.*, 2003, 30; M. Montagna, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, *Dir. pen. proc.*, 2004, spec. 1287 ss.

²² Cfr. Senato della Repubblica, n. 733-A, Relazione delle Commissioni permanenti 1^a e 2^a Riunite, 7.

²³ Con riguardo alle modificazioni introdotte dalla legge n. 94 del 2009 v. P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, spec. 113 ss.; L. Bresciani, *Art. 2, comma 25,*

In quest'ottica, particolare rigidità è stata riservata alla disciplina dei colloqui, che sono passati dai due potenziali ad uno, il quale deve sempre essere sottoposto a controllo auditivo, a registrazione e a videoregistrazione. Sempre in ossequio ad una logica "preventiva", il colloquio telefonico mensile può essere autorizzato esclusivamente nei confronti di coloro che non abbiano effettuato colloqui *de visu*.

Nondimeno, le maggiori perplessità – per quanto qui più interessa – si affacciano in relazione alle limitazioni imposte al diritto di difesa, attraverso le limitazioni "quantitative" apportate alla possibilità di effettuare colloqui o telefonate con il difensore. Benché, come si è già detto, la Corte costituzionale avesse da tempo precisato che «l'esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strumentale al diritto di difesa, non può [...] essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione»²⁴, la legge del 2009 ha irragionevolmente condizionato, se non l'an, sicuramente il *quantum* del diritto di difesa²⁵.

IL BILANCIAMENTO DI VALORI OPERATO DAL GIUDICE DELLE LEGGI

Lungi dall'esaurirsi nell'autodifesa, il diritto «inviolabile» consacrato nell'art. 24 comma 2 Cost.²⁶ si declina nel diritto alla difesa tecnica, il quale pre-

l. 15 luglio 2009, n. 94, G. De Francesco (a cura di), *Commentario al pacchetto sicurezza*, Torino, 2011, 281 ss.; M.F. Cortesi, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1069; A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit.*, S. Corbetta-A. Della Bella-G. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, 447; nonché, volendo, C. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 395.

²⁴ Così Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, cit., che faceva «salva [...] la disciplina delle modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo: modalità che, peraltro, non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all'apprezzamento dell'autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

²⁵ Viene, infatti, stabilito che «con i difensori potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari»: cioè a dire della durata massima di un'ora, quanto ai colloqui visivi (art. 37 comma 10 reg. es.), e di dieci minuti, quanto ai colloqui telefonici (art. 41-bis comma 2-*quater* lett. b), in ossequio alla regola "generale" scandita dall'art. 39 comma 6 reg. es.).

²⁶ Cfr., in prospettiva generale e di fondo, P. Ferrua, voce «Difesa (diritto di)», *Dig. pen.*, IV, Torino, 1989, 466; A. Presutti, voce «Autodifesa giudiziaria», *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 234 ss.; A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, G. Conso (a cura di), Napoli, 2006, 197; M. Scaparone, *Il 2° comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, 84 ss.; G.P. Voena, voce «Difesa (diritto processuale penale)», *Enc. giur.*, III, Roma, 1989, 3.

suppone a sua volta il diritto di conferire riservatamente con il difensore. Siffatti approdi, da tempo raggiunti attraverso gli insegnamenti della Corte costituzionale²⁷, consentono di integrare i contenuti "minimi" palesati dall'art. 24 comma 2 Cost., il quale, a differenza delle norme convenzionali²⁸, non contiene alcun riferimento alla difesa tecnica ed ai rapporti tra difensore ed assistito²⁹.

Attraverso il richiamo alla propria giurisprudenza e a taluni arresti della Corte di Strasburgo³⁰, la Consulta, nella decisione in commento, perviene ad affermare che il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica, giusta l'art. 6 § 3 lett. c) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In ambito penitenziario, in particolare, tale diritto assume un rilievo del tutto peculiare alla luce dell'«intrinseca debolezza» in cui versa il detenuto rispetto al "normale" esercizio delle facoltà difensive. In tale prospettiva, le Regole n. 23 § 4 e n. 98 § 2 delle vigenti Regole penitenziarie europee³¹ riconoscono espressamente tale diritto sia al condannato che all'imputato.

All'indomani del varo della novella il dubbio di costituzionalità sorgeva spontaneo³²: qualora il legislatore avesse inteso gravare il difensore di una sgradevole presunzione di reità³³, allora sarebbe

stato inevitabile il contrasto del nuovo art. 41-bis comma 2-*quater* ord. penit. con l'art. 24 comma 2 Cost.³⁴.

Dopo quasi un lustro la Corte costituzionale aderisce a questa lettura, rilevando che i «limiti legislativi di tipo "quantitativo" al diritto dei detenuti in questione a conferire con i propri difensori [...] appaiono ispirati al sospetto che questi ultimi possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni tra i detenuti stessi e gli altri membri dell'organizzazione criminale di appartenenza».

Da siffatta considerazione il giudice delle leggi conclude nel senso che tali «restrizioni in questione, per il modo in cui sono congegnate³⁵, si traducono in un *vulnus* del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'art. 24, secondo comma, Cost.».

Il ragionamento della Corte si appunta, in particolare, sulla *voluntas legis* diretta a "blindare" il contenuto affittivo del provvedimento ministeriale, attraverso l'inserimento dell'indicativo presente («prevede») in luogo della maggiormente duttile forma servile («può comportare»). In tale prospettiva, la compressione *ex lege* del diritto ai colloqui difensivi per tutta la durata del regime detentivo speciale (quattro anni più eventuali proroghe), non derogabile né in ragione della "natura", della "complessità" o dell'"urgenza" dei procedimenti giudiziari, non terrebbe nemmeno conto della possibilità/necessità di nominare più difensori³⁶.

Siffatta rigidità, secondo la Corte, non è giustificabile in una prospettiva di bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti quali, da un lato,

²⁷ V. Corte cost., sent. 25 giugno 1996, n. 216; Corte cost., sent. 29 marzo 1984, n. 80; Corte cost., sent. 10 ottobre 1979, n. 125; Corte cost., sent. 3 maggio 1963, n. 59.

²⁸ Il riferimento corre agli artt. 6 § 3 lett. c) CEDU (diritto all'assistenza di un avvocato) e 14 § 3 lett. b) PIDCP (diritto a comunicare con l'avvocato).

²⁹ Sulla «labilità» dell'enunciato costituzionale cfr. le interessanti notazioni di V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 2-4.

³⁰ La Corte costituzionale ricorda, tra le molte, Corte e.d.u., 13 gennaio 2009, Rybacki c. Polonia; Id., 9 ottobre 2008, Moiseyev c. Russia; Corte e.d.u., 27 novembre 2007, Ascitutto c. Italia; Corte e.d.u., 27 novembre 2007, Zagaria c. Italia; Corte e.d.u., 5 ottobre 2006, Marcello Viola c. Italia; Corte e.d.u., 12 marzo 2003, Öcalan c. Turchia.

³¹ Cfr. La Raccomandazione R (2006) 2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006.

³² Sia consentito il rinvio a C. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri-forzezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., 415. Ravvisavano *vulnera* all'art. 24 Cost. anche M. F. Cortesi, *L'inasprimento del trattamento penitenziario*, cit., 1084 s. e P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., spec. 158 e 344.

³³ Denunciava, anche in riferimento al nuovo art. 391-bis c.p. (Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario), un evidente «tentativo di criminalizzare il difensore, individuato quale possibile contatto con l'esterno», la Giunta dell'Unione delle Camere Penali, *Osservazioni sul d.d.l. n. 733*, Roma, 18 novembre 2008, 6.

³⁴ «Servente» alla disposizione penitenziaria, l'art. 391-bis c.p. punisce con la reclusione da uno a quattro anni chi consente a un detenuto sottoposto al regime carcerario speciale di cui all'art. 41-bis comma 2 ord. penit. di «comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uso imposte». Se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense si applica la pena della reclusione da due a cinque anni. Rileva come, attraverso tale disposizione, il legislatore abbia definito, «per implicito ma univocamente, il regime dell'articolo 41-bis [...] come forma detentiva autonoma, vera e propria pena parallela», T. Padovani, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, *Guida dir.*, 2009, n. 33, 17-18. In argomento v., specificamente, R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, *ibidem*, 66 s.

³⁵ Sottolinea la Corte costituzionale «come si sia di fronte a restrizioni rigide, indefettibili e di lunga durata: ben diverse, dunque, da quella resa possibile, in termini generali, dal citato art. 104, comma 3, cod. proc. pen. nei confronti dell'imputato in custodia cautelare».

³⁶ In tal senso, la circolare D.A.P. n. 297600-2009 del 3 settembre 2009, cit., ha precisato che le limitazioni sopra indicate operano a prescindere dal numero dei procedimenti per i quali il detenuto risulta imputato o condannato.

CARCERE "DURO" E COLLOQUI DIFENSIVI

il diritto di difesa e, dall'altro lato, l'interesse alla protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità organizzata.

Il bilanciamento del diritto di difesa con altre esigenze di rango costituzionale³⁷ in tanto è giustificabile, in quanto «non ne risulti compromessa l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato (sentenza n. 317 del 2009), e ferma restando, altresì, l'esigenza di verificare la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate (sentenza n. 407 del 1993)».

Orbene: in ambito penitenziario, la difesa tecnica si atteggia diversamente che nei contesti di libertà, dal momento che la persona *in vinculis*, limitata nelle proprie libertà fondamentali, è più vulnerabile nelle potenzialità di esercizio delle facoltà difensive. Deriva da tanto che ogni limitazione al contatto difensore-assistito sia eccezionale ed assolutamente necessaria³⁸ e non possa comunque frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato.

Questo non accade alla luce della normativa censurata, ove il rigido e prolungato contingentamento dei colloqui difensivi vanifica – a detta della Corte – l'essenza stessa della funzione difensiva e la conduce a rinvenire assonanze con la celebre vicenda Öcalan contro Turchia³⁹, nella quale erano stati consentiti all'imputato, durante il corso del processo, solo due colloqui a settimana con i propri difensori, della durata di un'ora l'uno.

Con riferimento, poi, alla ragionevolezza delle

restrizioni, il giudice delle leggi rileva opportunamente come il colloquio difensivo sia ontologicamente diverso dai normali "colloqui" penitenziari, intervenendo con professionisti appartenenti ad un ordine professionale e tenuti al rispetto di regole deontologiche sanzionate a livello disciplinare. Sebbene non possa escludersi *a priori* che anche nella categoria possano annoverarsi soggetti idonei a fungere da *trait d'union* con le organizzazioni di appartenenza, altro è costruire su detta eventualità una regola di esperienza, essendo il colloquio difensivo effettuato con un soggetto terzo, assolutamente non comparabile ai parenti, agli affini o a terzi non qualificati.

Nondimeno, l'argomento risolutivo è un altro: poiché i colloqui con i difensori, a differenza di quanto avviene in relazione ad altri soggetti, sono insuscettibili di ascolto e videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata stabiliti dalla legge sono suscettibili solamente di penalizzare la difesa, senza tuttavia sortire alcun effetto benefico in punto di ordine e sicurezza, non potendo impedire in alcun modo l'eventuale passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno. Attraverso tale passaggio, la Corte ribadisce l'esistenza di limiti "interni" all'esercizio del potere ministeriale (ma anche legislativo): «non possono cioè disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento»⁴⁰.

In tale prospettiva, la Corte rileva come la legge n. 94 del 2009 confligga con il principio secondo cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Nel caso in esame, per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

³⁷ V. Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317; Corte cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173; Corte cost., sent. 25 luglio 2008, n. 297; Corte cost., sent. 27 ottobre 2006, n. 341; Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 407; nonché, con specifico riferimento alla materia dei colloqui dei detenuti, Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, cit..

³⁸ In tal senso v. Corte eur., 27 novembre 2007, *Asciutto contro Italia*; Id., 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*. Nel senso che il diritto ad una assistenza legale effettiva deve essere garantito in tutte le circostanze, cfr. Corte eur., *Grande Camera*, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy contro Russia*.

³⁹ Cfr. Corte e.d.u., 12 marzo 2003, *Öcalan c. Turchia*. Relativamente all'impiego delle norme e della giurisprudenza CEDU quale «fondamentale strumento ermeneutico della Costituzione», v. V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit., 18.

⁴⁰ V. Corte cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351, cit.

Disciplina intertemporale e sindacato di costituzionalità: limitata la riapertura dei termini per il rito abbreviato

Corte costituzionale, ordinanza 23 luglio 2013, n. 235 – Pres. Gallo, Rel. Frigo

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-ter d.l. 7 aprile 2000, n. 82, conv. con modif. in l. 5 giugno 2000, n. 144, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 Cedu, nella parte in cui la norma denunciata non consenta la riammissione in termini per richiedere il giudizio abbreviato per tutti quegli imputati il cui processo penda o pendesse innanzi alla Corte di cassazione.

[Omissis]

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, promosso dal Tribunale di Lecce nel procedimento penale a carico di P.G. con ordinanza del 26 marzo 2012, iscritta al n. 7 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 6, prima serie speciale, dell'anno 2013.

Visti l'atto di costituzione di P.G. nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 2 luglio 2013 il Giudice relatore Giuseppe Frigo;

udito l'avvocato dello Stato Attilio Barbieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che, con ordinanza depositata il 26 marzo 2012, pervenuta alla Corte il 14 gennaio 2013, il Tribunale di Lecce ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, «nella parte in cui non prevede la riammissione in termini per richiedere il giudizio abbreviato per gli imputati il cui processo penda o pendesse davanti alla Corte di Cassazione», deducendo la violazione degli articoli 3 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 6 e 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (d'ora in avanti: «CEDU»);

che il giudice a quo premette di essere investito, quale giudice dell'esecuzione – competente ai sensi dell'art. 665,

comma 4, del codice di procedura penale – dell'istanza con la quale un condannato ha chiesto di essere «rimesso in termini, al fine di poter ottenere la riduzione di pena per il rito abbreviato» negatagli nel giudizio di cognizione;

che l'istante era stato a suo tempo sottoposto a procedimento penale per tre omicidi aggravati, punibili con la pena dell'ergastolo a norma degli artt. 576 e 577 del codice penale, commessi il 17 ottobre 1990, il 21 gennaio 1991 e il 20 agosto 1991, in concorso con altri reati;

che all'udienza preliminare del 5 marzo 1997 l'imputato aveva chiesto di definire il processo con giudizio abbreviato;

che l'istanza era stata peraltro rigettata, in quanto, con sentenza n. 176 del 1991, la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo per eccesso di delega l'art. 442, comma 2, c.p.p., nella parte in cui consentiva di definire con giudizio abbreviato anche i processi relativi a reati puniti con la pena dell'ergastolo, prevedendone, in caso di condanna, la sostituzione con la pena di trenta anni di reclusione;

che l'imputato era stato, quindi, rinviato a giudizio e condannato, tanto in primo che in secondo grado, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno (applicabile ai sensi dell'art. 72 c.p., stante il concorso di reati);

che nelle more del giudizio di cassazione – conclusosi con sentenza del 23 aprile 2001, che, rigettando il ricorso, ha reso definitiva la condanna – era sopravvenuta la legge 16 dicembre 1999, n. 479 (Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense), il cui art. 30, comma 1, lettera b), aveva ripristinato, nei termini originari, la possibilità di accedere al rito speciale in rapporto ai reati puniti con l'ergastolo;

DISCIPLINA INTERTEMPORALE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

che, relativamente ai processi in corso per detti reati, l'art. 4-ter del decreto-legge n. 82 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 144 del 2000, aveva previsto la riapertura dei termini per la proposizione della richiesta del rito speciale, ove già scaduti (comma 2): ciò, tuttavia, limitatamente ai processi pendenti in primo grado, in grado di appello o in sede di rinvio, nei quali non fosse ancora conclusa l'istruzione dibattimentale o la sua rinnovazione (comma 3);

che l'imputato non aveva potuto, dunque, riproporre la richiesta, in quanto il processo a suo carico pendeva dinanzi alla Corte di cassazione;

che con l'istanza della quale il Tribunale rimettente è investito, il condannato ha chiesto che la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, a lui inflitta, venga sostituita con quella di trenta anni di reclusione, in applicazione dei principi affermati dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 17 settembre 2009, relativa al caso Scoppola contro Italia;

che, al fine di conseguire tale risultato, l'interessato ha chiesto, in via alternativa, di essere rimesso in termini per proporre la richiesta di giudizio abbreviato al giudice dell'udienza preliminare, ovvero l'immediata applicazione della riduzione di pena da parte dello stesso giudice dell'esecuzione adito;

che, al riguardo, il giudice a quo rileva come, con la citata sentenza sul caso Scoppola, la Corte di Strasburgo abbia affermato che l'art. 442 c.p.p. – nella parte in cui prevede la diminuzione di pena per il giudizio abbreviato – assume la natura di norma di diritto penale sostanziale: con la conseguenza che in relazione ad essa operano tanto il principio di retroattività della legge penale più favorevole – implicitamente riconosciuto, secondo la Corte europea, dall'art. 7 della CEDU – quanto l'opposto principio di irretroattività della legge penale meno favorevole, sancito in modo espresso sia dallo stesso art. 7 della CEDU che dall'art. 25 Cost.;

che, nel caso deciso dalla sentenza Scoppola, la Corte europea ha ritenuto violato anche l'art. 6 della CEDU, ritenendo non equo un processo nel quale, in corso di causa, vengano mutati *in peius* gli effetti del rito richiesto dall'imputato;

che, per giurisprudenza costituzionale ormai costante, le norme della CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, assumono carattere integrativo dell'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone l'adeguamento dell'ordinamento interno ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali: con la conseguenza che l'eventuale contrasto della disciplina interna con quella convenzionale, non componibile per via di interpretazione, va denunciata dal giudice ordinario tramite proposizione di questione incidentale di legittimità costituzionale;

che la vicenda che forma oggetto del procedimento a quo si differenzia, peraltro, da quella esaminata dalla Corte europea nella sentenza Scoppola, giacché, nella specie, il condannato non è stato ammesso al giudizio abbreviato e, pertanto, il processo nei suoi confronti si è svolto con rito ordinario;

che l'evidenziato tratto differenziale non renderebbe, tuttavia, manifestamente infondata l'istanza;

che la Corte costituzionale ha dichiarato, infatti, a più riprese illegittima la disciplina del giudizio abbreviato, nella parte in cui non riconosceva il diritto allo sconto di pena all'imputato cui l'accesso al rito fosse stato ingiustificatamente negato (sentenze n. 169 del 2003, n. 23 del 1992 e n. 81 del 1991);

che, in tali occasioni, la Corte ha affermato che il giudice del successivo segmento processuale deve poter sindacare il diniego dell'ammissione al rito speciale e, ove lo ritenga ingiustificato, procedere egli stesso alla riduzione di pena: principio del quale il Tribunale rimettente assume di poter fare «senza problema alcuno» diretta applicazione anche nel caso sottoposto al suo vaglio;

che, a questo proposito, si imporrebbe, tuttavia, una considerazione differenziata dei tre omicidi per i quali l'istante ha riportato condanna;

che i primi due omicidi sono stati, infatti, commessi in date anteriori alla sentenza n. 176 del 1991 della Corte costituzionale e, dunque, in un momento nel quale il codice di rito consentiva di accedere al giudizio abbreviato anche per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo e così di contenere nei limiti di trenta anni di reclusione il relativo trattamento sanzionatorio;

che in relazione a detti reati, pertanto, il diniego dell'accesso al rito speciale da parte del Giudice dell'udienza preliminare in ragione della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 442, comma 2, c.p.p. risulterebbe illegittimo, essendosi risolto nell'applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole, in violazione del divieto sancito dall'art. 25 Cost. e dall'art. 7 della CEDU: divieto da reputare operante anche quando la disciplina penale più severa derivi da una declaratoria di illegittimità costituzionale;

che il terzo omicidio, al contrario, risulta commesso in data posteriore alla sentenza n. 176 del 1991 e, dunque, in un momento nel quale la legge in vigore non permetteva il giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: sicché, rispetto ad esso, il rigetto della richiesta in sede di udienza preliminare non potrebbe essere ritenuto illegittimo;

che, con riguardo a detto episodio criminoso, si porrebbe, tuttavia, il diverso problema della violazione del principio di retroattività della norma più favorevole sopravvenuta, rappresentata dall'art. 30, comma 1, lettera b), della legge n. 479 del 1999, che ha reintrodotto la possibilità di definire con giudizio abbreviato i processi per i reati in questione;

che nessun rilievo avrebbe, a questo proposito, il successivo intervento del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, il cui art. 7 – aggiungendo un ulteriore periodo all'art. 442, comma 2, c.p.p. – ha previsto che, in caso di giudizio abbreviato, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno (inflitta nella specie all'imputato) è sostituita da quella dell'ergastolo, anziché dalla pena detentiva temporanea: alla stregua dei principi affermati nella sentenza Scoppola, tale disciplina resterebbe infatti inoperante nel caso in esame, trattandosi

di normativa penale sfavorevole sopravvenuta, insuscettibile di applicazione retroattiva;

che, ciò posto, nel caso di specie la mancata fruizione della diminuzione di pena reintrodotta dalla legge n. 479 del 1999 sarebbe imputabile alla disciplina transitoria recata dall'art. 4-ter del decreto-legge n. 82 del 2000, che – come detto – ha riaperto i termini per la proposizione della richiesta di giudizio abbreviato solo nei processi pendenti nei gradi di merito e nei quali rimanessero da compiere atti di istruzione dibattimentale;

che il giudice a quo dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui non ha esteso la riammissione in termini anche ai processi che – come nella specie – pendessero davanti alla Corte di cassazione;

che la norma censurata si porrebbe, per tal verso, in contrasto con l'art. 3 Cost., avendo sottoposto gli imputati nei suddetti processi ad un trattamento peggiore rispetto a coloro che avessero commesso reati dello stesso tipo;

che tale disparità di trattamento non potrebbe essere giustificata con considerazioni connesse alla finalità deflattiva del rito speciale: anche nei giudizi di cassazione, infatti, la riapertura dei termini avrebbe potuto essere fonte di benefici in termini di economia processuale, posto che, alla luce dei correnti orientamenti giurisprudenziali, la richiesta del rito abbreviato comporta la sanatoria per accettazione di tutte le nullità non assolute, il superamento delle questioni di competenza e l'irrelevanza delle questioni di inutilizzabilità «non patologica»;

che la disposizione denunciata violerebbe, inoltre, l'art. 117 Cost., in riferimento agli artt. 6 e 7 della CEDU, ponendosi in contrasto tanto con il principio di retroattività della *lex mitior* che con il diritto all'equo processo;

che non potrebbe ritenersi, in effetti, rispondente a quest'ultimo paradigma una disciplina processuale che, nel caso di rimozione di un ostacolo normativo all'accesso ad un rito speciale, non ne consenta la fruizione all'imputato che avesse tempestivamente formulato in precedenza la relativa richiesta, vedendola respinta proprio a causa dell'ostacolo normativo rimosso;

che la possibilità di far valere i denunciati vizi di illegittimità costituzionale non sarebbe, d'altro canto, preclusa dall'avvenuta formazione del giudicato;

che la sentenza della Corte europea sul caso Scoppola si atterrebbe, infatti, alla stregua di un fatto normativo sopravvenuto «di rilievo costituzionale», ai sensi dell'art. 117 Cost., posto che, prima di essa, l'incostituzionalità della disciplina in esame non sarebbe stata agevolmente sostenibile: prospettiva nella quale non potrebbe ammettersi che la «cortina del giudicato» cali «su di una incostituzionale situazione di trattamento peggiore dell'imputato»;

che la questione sarebbe, infine, rilevante nel giudizio a quo, giacché solo in caso di suo accoglimento sarebbe possibile sostituire la pena irrogata all'istante con quella di trenta anni di reclusione, conformemente alla sua richiesta: in caso contrario, infatti, la riduzione diretta, da parte dello stesso Tribunale rimettente, della pena inflitta per i primi due omicidi non sortirebbe alcun effetto concreto, giacché il condannato – in forza del disposto dell'art. 72, terzo

comma, cod. pen. – dovrebbe comunque scontare la pena dell'ergastolo con isolamento diurno in relazione all'omicidio commesso il 20 agosto 1991, in continuazione con gli altri omicidi;

che la rideterminazione della pena chiesta dal condannato troverebbe, d'altronde, la sua «sede naturale» proprio nell'ambito dell'incidente di esecuzione, risultando ogni soluzione alternativa irrazionale e «diseconomica»;

che non avrebbe senso, infatti, rimettere in termini il condannato per una nuova richiesta di giudizio abbreviato davanti al giudice dell'udienza preliminare, posto che la sua responsabilità penale non è in discussione e si tratta soltanto di procedere ad un automatico adeguamento della pena inflittagli in base ai criteri di cui all'art. 442 c.p.p.;

che parimenti impraticabile sarebbe l'ipotesi di affidare la soluzione del problema all'istituto della revisione, del quale non ricorrerebbe alcun presupposto, a cominciare dall'astratta possibilità di un esito diverso del giudizio di responsabilità;

che, a maggior ragione, si dovrebbe escludere che l'interessato sia tenuto a ricorrere preventivamente alla Corte europea, giacché detto ricorso rappresenta, nel sistema della Convenzione, uno strumento sussidiario, attivabile solo quando i rimedi interni si siano rivelati inidonei a garantire il soddisfacimento dei diritti fondamentali;

che l'esistenza di un giudicato sulla quantità della pena non costituirebbe, per altro verso, un limite ai poteri di intervento del giudice dell'esecuzione, come si desumerebbe dagli artt. 671 c.p.p. e 188 disp. att. c.p.p., oltre che dagli artt. 130 e 625-bis c.p.p.;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o infondata;

che, ad avviso della difesa dello Stato, la questione sarebbe inammissibile, non avendo l'imputato mai richiesto, a suo tempo, nel corso del giudizio di cassazione – con riguardo al quale soltanto la questione stessa risulterebbe rilevante – di essere ammesso al giudizio abbreviato ai sensi della norma denunciata e nei termini da questa previsti (ossia nella «prima udienza utile» successiva all'entrata in vigore della legge n. 144 del 2000);

che, nel merito, la questione sarebbe comunque infondata, apparendo la norma censurata pienamente coerente con la finalità di deflazione processuale propria del giudizio abbreviato, il quale assicura uno sconto di pena all'imputato che, rinunciando alla fase dibattimentale, eviti una lunga e dispendiosa attività istruttoria: nel giudizio di cassazione – diversamente che in quelli di primo grado e di appello – non si procede, infatti, ad alcuna attività istruttoria cui l'imputato possa rinunciare;

che i benefici che, a parere del rimettente, l'applicazione del giudizio abbreviato sarebbe in grado di assicurare anche nel giudizio di cassazione, in termini di deflazione del contenzioso, risulterebbero, d'altra parte, meramente eventuali e comunque non equiparabili al vantaggio derivante dalla rinuncia ad un'intera fase processuale, quale appunto l'istruzione dibattimentale;

DISCIPLINA INTERTEMPORALE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

che, alla luce di tali considerazioni, dovrebbe dunque escludersi tanto la dedotta violazione dell'art. 3 Cost. che quella dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU, avendo la stessa Corte europea riconosciuto che il principio di retroattività in mitius può subire delle deroghe, purché – come nella specie – sorrette da ragionevoli giustificazioni;

che parimenti insussistente risulterebbe, infine, la violazione dello stesso art. 117 Cost., per contrasto con l'art. 6 della CEDU, non essendo ravvisabile alcuna lesione del diritto all'equo processo, «sub specie di affidamento nell'applicazione di una norma favorevole», in capo a chi – per le ragioni indicate – non si trovi nelle condizioni per rientrare nel campo di applicazione di detta norma;

che si è costituito, altresì, P. G., istante nel procedimento a quo, il quale ha svolto argomentazioni adesive alla prospettiva del giudice rimettente, chiedendo che la questione venga accolta.

Considerato che il Tribunale di Lecce, in veste di giudice dell'esecuzione, dubita della legittimità costituzionale della disciplina transitoria recata dall'articolo 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), aggiunto dalla legge di conversione 5 giugno 2000, n. 144;

che detta disciplina si correla, per la parte censurata, alla disposizione dell'art. 30, comma 1, lettera b), della legge 30 dicembre 1999, n. 479, che ha aggiunto all'art. 442, comma 2, del codice di procedura penale il periodo «Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta»: ripristinando, in tal modo, la possibilità di definire con giudizio abbreviato i processi per i reati punibili con la pena detentiva perpetua, venuta meno a seguito della sentenza n. 176 del 1991 di questa Corte, che aveva dichiarato costituzionalmente illegittima, per eccesso di delega, l'originaria previsione in tal senso del codice di rito;

che, con riguardo ai processi in corso per i suddetti reati, il comma 2 del denunciato art. 4-ter ha previsto la riapertura dei termini già scaduti per la proposizione della richiesta del rito alternativo, stabilendo che detta richiesta potesse essere presentata dall'imputato nella «prima udienza utile successiva» all'entrata in vigore della legge n. 144 del 2000;

che le censure del rimettente si appuntano specificamente sulle condizioni limitative poste dal successivo comma 3, di riflesso – nell'intento del legislatore – alle connotazioni strutturali tipiche del giudizio abbreviato: rito che assicura all'imputato una riduzione di pena, nel caso di condanna, quale «contropartita» per la sua rinuncia alla garanzia della formazione della prova in contraddittorio, in quanto idonea a determinare un significativo risparmio di energie processuali;

che, in questa prospettiva, il legislatore ha ritenuto di dover circoscrivere la riapertura dei termini ai processi pendenti nei gradi di merito (primo grado, appello e giudizio di rinvio), nei quali rimanessero ancora da compiere atti di istruzione dibattimentale;

che, con la questione sollevata, il Tribunale salentino – denunciando la violazione degli artt. 3 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento agli artt. 6 e 7 della Con-

venzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – vorrebbe estendere la riammissione in termini anche ai processi che all'epoca pendessero davanti alla Corte di cassazione;

che la questione è manifestamente priva di rilevanza, in quanto il giudice a quo non è chiamato a fare applicazione della norma censurata;

che il Tribunale rimettente è stato, infatti, adito in sede di incidente di esecuzione da un soggetto condannato, con sentenza passata in giudicato nel 2001, all'ergastolo con isolamento diurno per tre omicidi aggravati commessi negli anni 1990-1991;

che l'istante assume di avere diritto alla sostituzione di detta pena con quella di trenta anni di reclusione sulla base dei principi affermati dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia;

che, tuttavia – come lo stesso giudice a quo riconosce – l'interessato non versa affatto in una situazione identica o simile a quella presa in esame dalla sentenza ora citata;

che nel caso vagliato dalla Corte europea, l'imputato aveva chiesto il giudizio abbreviato dopo l'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999 e sulla base della disciplina da essa introdotta; egli era stato quindi ammesso al rito speciale e condannato in primo grado a trenta anni di reclusione;

che lo stesso giorno della condanna era entrato, peraltro, in vigore il decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, il cui art. 7 ha stabilito che nel secondo periodo dell'art. 442, comma 2, c.p.p. «l'espressione “pena dell'ergastolo” deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno» (comma 1) e ha aggiunto allo stesso art. 442, comma 2, un ulteriore periodo, in forza del quale «Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo» (comma 2);

che, in applicazione di tale norma sopravvenuta, l'imputato era stato, quindi, condannato in appello all'ergastolo «semplice», con sentenza poi confermata dalla Corte di cassazione;

che, in relazione alla fattispecie ora descritta, la Corte europea ha rilevato, da un lato, che l'art. 442, comma 2, c.p.p. ha natura di norma penale sostanziale, attenendo all'entità della pena da infliggere (natura già riconosciuta, peraltro – come lo stesso rimettente ricorda – dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 6 marzo 1992-17 marzo 1992, n. 2977); dall'altro, che l'art. 7, comma 1, del decreto-legge n. 341 del 2000, nonostante la sua formulazione, non è una norma interpretativa, ma ha carattere innovativo;

che i Giudici di Strasburgo hanno ravvisato, di conseguenza, la violazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo, ritenuto insito – con innovativo arresto – nella previsione dell'art. 7, paragrafo 1, della CEDU: principio alla luce del quale l'imputato avrebbe dovuto beneficiare – pur avendo commesso il fatto anteriormente – della più favorevole previsione dell'art. 30 della legge n. 479 del 1999;

che la Corte europea ha ravvisato, altresì, la violazione dell'art. 6 della CEDU, reputando lesiva del diritto a un processo equo la modifica a posteriori delle condizioni dell'«accordo» insito nel giudizio abbreviato, che implica uno scambio tra la rinuncia a determinate garanzie processuali e la diminuzione della pena;

che questa Corte – avendo riguardo all'accertata violazione di natura sostanziale e tenuto conto della posizione assunta in proposito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – ha ritenuto che la sentenza Scoppola non consenta allo Stato italiano di limitarsi a sostituire la pena dell'ergastolo applicata in quel caso, ma lo obblighi, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovino nelle medesime condizioni di Scoppola (sentenza n. 210 del 2013);

che questa Corte ha altresì precisato, nella medesima pronuncia, che detto obbligo non trova ostacolo nell'avvenuta formazione del giudicato e che alla sostituzione della pena – la quale non postula la necessità di una «riapertura del processo» – può procedere il giudice dell'esecuzione: con la conseguenza che, nel procedimento instaurato davanti a quest'ultimo, è rilevante la questione di legittimità costituzionale della norma interna che impedisca l'adeguamento alla sentenza della Corte europea (nella specie, l'art. 7, comma 1, del decreto-legge n. 241 del 2000, in quanto volto a dotare la nuova disciplina da esso introdotta di effetto retroattivo: norma che è stata in effetti dichiarata, per tale ragione, costituzionalmente illegittima);

che questa Corte ha adeguatamente rimarcato, al tempo stesso, come tale conclusione riguardi «esclusivamente l'ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo»: ipotesi nella quale soltanto può giustificarsi «un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione» (sentenza n. 210 del 2013);

che l'ipotesi ora indicata non ricorre nel caso oggi in esame;

che – a prescindere dalla considerazione che il rimettente evoca anche parametri non attinenti alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte europea (in particolare, l'art. 3 Cost.) – la fattispecie oggetto del procedimento principale, lungi dal replicare la situazione avuta di mira dalla sentenza Scoppola, se ne differenzia sotto il profilo essenziale che l'imputato non è mai stato ammesso al giudizio abbreviato;

che, secondo quanto riferito dal giudice a quo, l'imputato ha fatto bensì richiesta del rito alternativo, ma prima dell'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999 e, dunque, in un momento nel quale detto rito non era consentito per i reati puniti con l'ergastolo;

che la richiesta è stata pertanto respinta, con provvedimento che lo stesso giudice a quo riconosce legittimo, almeno per quanto attiene al terzo degli omicidi aggravati ascritti al richiedente (quello commesso dopo la sentenza n. 176 del 1991 di questa Corte, in rapporto al quale sol-

tanto il Tribunale rimettente reputa rilevante la questione sollevata);

che dopo l'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999, l'imputato non ha, d'altro canto, ripresentato la richiesta (a quella data, il processo a suo carico pendeva davanti alla Corte di cassazione e non beneficiava, pertanto, della riapertura dei termini): di conseguenza, egli è stato giudicato e condannato in via definitiva con rito ordinario;

che la norma censurata dal giudice a quo non ha, d'altro canto, natura sostanziale, ma processuale: essa non attiene all'entità della riduzione di pena conseguente al giudizio abbreviato, ma ai termini di proposizione della relativa richiesta, limitandosi in particolare a ribadire – nel quadro di una disciplina transitoria – l'impossibilità di introdurre il rito alternativo quando il processo si trova davanti al giudice di legittimità, che non è chiamato ad assumere prove;

che il caso in questione è dunque assimilabile, più che a quello cui si riferisce la sentenza Scoppola, a quello che ha dato luogo alla successiva decisione della Corte europea 27 aprile 2010, Morabito contro Italia, concernente il regime transitorio previsto dal comma 1 dello stesso art. 4-ter del decreto-legge n. 82 del 2000 in rapporto all'avvenuta soppressione, da parte della legge n. 479 del 1999, del requisito del consenso del pubblico ministero;

che, nell'occasione, la Corte europea ha escluso che potesse ravvisarsi alcuna violazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, a fronte del fatto che l'applicabilità della nuova e più favorevole disciplina era stata limitata ai processi nei quali non fosse ancora iniziata l'istruzione dibattimentale, in tal modo impedendo al ricorrente di fruire della diminuzione di pena, ancorché egli avesse in precedenza presentato la richiesta di giudizio abbreviato, vedendola respinta proprio a causa del mancato consenso del pubblico ministero;

che, infatti – ha osservato la Corte europea – «gli Stati contraenti non sono obbligati dalla Convenzione a prevedere dei procedimenti semplificati [...]: ad essi incombe soltanto l'obbligo, allorquando tali procedure esistono e sono adottate, di non privare un imputato dei vantaggi che vi si collegano»; il che nella specie non era avvenuto, proprio perché il ricorrente – così come nel caso oggi in esame – non era mai stato ammesso al giudizio abbreviato;

che, di conseguenza, non avendo l'istante nel procedimento a quo mai acquisito nel proprio patrimonio giuridico il diritto ad essere giudicato con rito abbreviato sulla base della disciplina recata dalla legge n. 479 del 1999, il Tribunale rimettente non ha alcun titolo per procedere alla ipotizzata sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurna con la pena detentiva temporanea, né, tanto meno, per porre in discussione, in sede di incidente di esecuzione, la legittimità costituzionale di una norma che, quale quella sottoposta a scrutinio, attiene al processo di cognizione e, più specificamente, al giudizio di cassazione;

che – come eccepito anche dall'Avvocatura dello Stato – la questione sollevata sarebbe stata, in effetti, rilevante esclusivamente nell'ambito del predetto giudizio (quello appunto di cassazione) e solo alla condizione che, nel corso di esso, l'imputato avesse effettivamente richiesto il giudizio abbreviato con l'osservanza del termine stabilito dalla norma cen-

DISCIPLINA INTERTEMPORALE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

surata (ossia nella «prima udienza utile» successiva alla sua entrata in vigore): il che, come detto, non è avvenuto;

che del tutto inconferenti, al riguardo, sono le pronunce invocate dal rimettente, con le quali questa Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima, sotto diversi profili, la disciplina del giudizio abbreviato, nella parte in cui non riconosceva al giudice della successiva fase processuale il potere di sindacare il diniego dell'accesso al rito alternativo e di applicare all'imputato la diminuzione di pena, ove risultasse ingiustificato (sentenze n. 169 del 2003, n. 23 del 1992 e n. 81 del 1991);

che, a prescindere da ogni altro possibile rilievo, dette pronunce si riferiscono alla sola fase di cognizione, anteriore alla formazione del giudicato: per giunta, nel caso di specie, non vi è stato alcun provvedimento di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato successivo alla legge n. 479 del 1999 sul quale possa esercitarsi il preteso sindacato;

che la questione va dichiarata, pertanto, manifestamen-

te inammissibile (sulla manifesta inammissibilità di questioni aventi ad oggetto norme delle quali il giudice a quo non deve fare applicazione, ex plurimis, ordinanze n. 82 e n. 60 del 2012).

PQM

La Corte costituzionale

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 6 e 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dal Tribunale di Lecce con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta il 16 luglio 2013.

ENRICO MARIA MANCUSO

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università Cattolica del S.C., Milano

Chiose a margine del caso Scoppola: la Corte costituzionale sulla limitata riapertura dei termini per accedere al giudizio abbreviato

Rethinking Scoppola case: the Constitutional Court on the limits for reopening the terms to access summary trial

Con l'ordinanza in esame la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità di una questione di conformità alla Carta fondamentale della disciplina intertemporale dettata dall'art. 4-ter, d.l. 7 aprile 2000, n. 82, in riferimento alla possibilità di accedere al giudizio abbreviato, nel regime novellato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 e poi emendato dall'art. 7 del medesimo d.l. n. 82 del 2000, affermandone a chiare lettere la natura strettamente processuale, non soggetta alla disciplina successoria della legge penale espressa dall'art. 2 c.p. La Corte ha eluso l'istanza adeguatrice prospettata dal giudice remittente adito in sede esecutiva, il quale lamentava una sperequazione per gli imputati non ammessi a chiedere l'accesso al "nuovo" rito speciale, in ragione dell'esaurimento del sindacato di merito, pur potendo vantare una posizione affine – ma non certo identica – a quella oggetto del precedente approdo della Corte e.d.u. nel caso Scoppola c. Italia.

In the order under examination, the Constitutional Court declared manifestly ill-founded the issue concerning the conformity with the Fundamental Chart of the temporal application regime set forth in article 4-ter of Law Decree 7 April 2000, no. 82, with respect to the possibility to access summary trial ("giudizio abbreviato"), according to the new regulation introduced by Law 16 December 1999, no. 479 and amended by article 7 of the same Law Decree no. 82/2000. The Constitutional Court held unequivocally that the above provision, being strictly procedural in its nature, is not subject to the criminal statute on the succession of law provided for by article 2 of the Criminal Code. The Court escaped the demand for adaptation by the referring Judge of the enforcement phase, who reported an inequality of treatment for those defendants not entitled to request to have access to the "new" special procedure, due to the exhaustion of the remedies in the merit of the case. This although they could claim a similar – but not identical at all – position to the one which has been the object of the previous ruling of the ECHR in the case Scoppola v. Italy.

LA VICENDA GIUDIZIARIA IN ESAME

La verifica di legittimità operata dalla Corte costituzionale con la pronuncia in commento ha ad oggetto una vicenda processuale di confine, contigua alla casistica che – in seguito alla ormai nota pronuncia della Corte e.d.u. nel “caso Scoppola” – ha arricchito lo strumentario dei rimedi attivabili per ricondurre alla *lex mitior* le condanne all’ergastolo successive all’entrata in vigore del d.l. 7 aprile 2000, n. 82, poi conv. con modif. in l. 5 giugno 2000, n. 144.

In particolare, il giudice remittente – sollecitato *in executivis* – dubitava della conformità agli artt. 3 e 117 Cost., quest’ultimo in riferimento agli artt. 6 e 7 Cedu, dell’art. 4-ter d.l. n. 82 del 2000, nella parte in cui tale norma di natura intertemporale non prevedesse la riammissione in termini per poter avanzare istanza di giudizio abbreviato «per gli imputati il cui processo penda o pendesse davanti alla Corte di cassazione»¹.

Il condannato istante era stato sottoposto a procedimento penale per tre omicidi aggravati, punibili con la pena dell’ergastolo, commessi tra il 1990 e il 1991. Nello specifico, solo due dei tre reati erano stati commessi prima che il giudice delle leggi dichiarasse con la sentenza 23 aprile 1991, n. 176 l’illegittimità costituzionale dell’art. 442, comma 2, c.p.p. per eccesso di delega, nella parte in cui l’originario testo codicistico contemplava la possibilità di definire con giudizio abbreviato anche i processi relativi a reati puniti con la pena dell’ergastolo, prevedendo – per il caso di condanna – la sostituzione con la pena della reclusione di anni trenta².

Nel corso dell’udienza preliminare celebratasi nel 1997, ben prima dell’entrata in vigore delle novelle destinate a incidere sulla struttura e sulle dinamiche del giudizio abbreviato, l’imputato formulava istanza di accesso al rito sommario: la domanda veniva rigettata, coerentemente con le scelte operate dalla Corte costituzionale in punto di reati punibili con la pena perpetua.

L’imputato veniva, quindi, condannato – tanto in primo, quanto in secondo grado – alla pena dell’ergastolo con isolamento diurno.

Proposto il ricorso per cassazione, sopraggiungeva il *novum* della l. 16 dicembre 1999, n. 479, il cui art. 30, comma 1, lett. b) ripristinava *tout court* l’an-

tica facoltà di accedere al procedimento sommario in relazione alle fattispecie delittuose punite con la pena non temporanea.

Nelle more del sindacato di legittimità, entrava altresì in vigore il d.l. n. 82 del 2000, correttivo della rinnovata disciplina, il cui art. 4-ter disponeva la riapertura dei termini per la proposizione del procedimento speciale, ove già scaduti, in riferimento ai giudizi pendenti in primo grado, in appello o in sede di rinvio a seguito di annullamento della Suprema corte, prima della conclusione dell’istruzione dibattimentale o della rinnovazione della stessa³.

La difesa, in questa prospettiva di definizione dei rapporti pendenti, non avanzava una richiesta di accesso al giudizio abbreviato, normativamente preclusa, accettando l’idea di una selettiva scelta del legislatore destinata a non toccare tutti quei procedimenti nei quali si fosse già consumata la verifica innanzi ai giudici del fatto⁴.

Soltanto in sede esecutiva, prospettando la declinazione dei principi espressi dalla Grande Camera della Corte e.d.u. nella sentenza 17 settembre 2009, nel caso *Scoppola c. Italia*, il condannato chiedeva alternativamente di essere rimesso in termini per avanzare richiesta di giudizio abbreviato ovvero che la pena dell’ergastolo con isolamento diurno venisse immediatamente sostituita con la pena temporanea dei trent’anni di reclusione⁵.

Il giudice dell’esecuzione rimetteva, quindi, la questione al vaglio della Consulta.

³ Sull’evoluzione della disciplina normativa, *ex multis*, Giannone, sub art. 7 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, *Legislazione pen.*, 2001, 382 ss.; Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 31 ss.

⁴ In materia, Orlandi, sub art. 30 l. 16 dicembre 1999, n. 479, *Legislazione pen.*, 2000, 464 ss., che sottolineava come apparisse «grave e difficile» la questione di diritto transitorio riguardante «la sorte dei processi con imputazioni da ergastolo, per i quali sarebbe scaduto il termine di richiesta del giudizio abbreviato»; nonché, Giannone, sub art. 8 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, *Legislazione pen.*, 2001, 393 ss.

⁵ Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Grande Camera, ric. n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 356 ss. Per un commento alla pronuncia, Gambardella, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l’art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, *Cass. pen.*, 2020 ss.; Ichino, *L’affaire Scoppola c. Italia” e l’obbligo dell’Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, *Cass. pen.*, 2010, 841 ss.; Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 397 ss. Sulla generalizzazione del principio di retroattività della *lex mitior* nel quadro del sistema convenzionale, per tutti, Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 217 ss. I principi espressi dalla Corte di Strasburgo sono stati, in seguito, declinati nel caso concreto da Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1396 ss., con nota di Di Paola, *Gutta cavat lapidem: in assenza del legislatore. In materia v.*, altresì, Musio, *Il rimedio per la revoca della sentenza definitiva ritenuta iniqua dalla Corte europea dei diritti dell’uomo*, *Cass. pen.*, 2011, 208 ss.

¹ Sul “*distinguo*” tra diritto transitorio e intertemporale, nella letteratura, Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 91 ss.; Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Torino, 2013, 38 ss.

² Si fa riferimento a C. cost., sent. 23 aprile 1991, n. 176, *Giur. cost.*, 1991, 1456 ss. Sul tema, per tutti, Zacché, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 175 ss.

DISCIPLINA INTERTEMPORALE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

LEX MITIOR SOPRAVVENUTA E DISCIPLINA INTERTEMPORALE

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* precisa come il principio di retroattività della legge penale più favorevole debba trovare spazio nel caso concreto, pur dovendosi riconoscere la peculiarità delle condizioni in cui si trova il condannato istante, il quale – a differenza di Scoppola – non era stato in concreto mai ammesso alla celebrazione di un giudizio abbreviato.

Il tratto differenziale, nella lettura prospettata dal remittente, non renderebbe priva di rilevanza né, tantomeno, manifestamente infondata l'istanza esecutiva.

In particolare, rileva il giudice *a quo*, a più riprese la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto alla riduzione di pena ogniqualvolta il diniego di accesso al contesto premiale non sia giustificato o sia, viepiù, illegittimo: in questi casi spetta al giudice funzionalmente competente per la fase processuale successiva «sindacare il diniego dell'ammissione al rito speciale e, ove lo ritenga giustificato, procedere egli stesso alla riduzione di pena»⁶.

Nel caso di specie, a dire del giudice dell'esecuzione, si imporrebbe un'ulteriore precisazione: mentre i primi due delitti risalgono a un momento antecedente a C. cost., sent. 23 aprile 1991, n. 176, in un momento nel quale «il codice di rito consentiva di accedere al giudizio abbreviato anche per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo», il terzo delitto si colloca in un contesto successivo alla menzionata pronuncia. Di guisa che il diniego di accesso all'abbreviato da parte del giudice per l'udienza preliminare, celebrata nel 1997, risulterebbe in effetti illegittimo in relazione a una grossa fetta delle regiudicate, vale a dire per i primi due capi di imputazione, «essendosi risolto nell'applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole, in violazione del divieto sancito dall'art. 25 Cost. e dall'art. 7 Cedu».

Diversamente, avuto riguardo al terzo episodio criminoso, s'imporrebbe il ricorso al principio convenzionale di nuovo conio, per la plausibile violazione del principio di retroattività della nor-

ma favorevole sopravvenuta, costituita dall'art. 30, comma 1, lett. b), l. n. 479 del 1999, già vigente nelle more del giudizio di cassazione e, cioè, prima del definitivo consolidarsi del *decisum* cumulativo sulle accuse.

La *lex mitior*, in altre parole, doveva considerarsi immediatamente applicabile, come riconosciuto dalla pronuncia della Corte e.d.u. nel caso Scoppola, a nulla valendo il successivo intervento di interpretazione autentica ed emenda operato dal d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con modif. nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, da reputarsi «inoperante nel caso in esame, trattandosi di normativa penale sfavorevole sopravvenuta, insuscettibile di applicazione retroattiva»⁷.

In concreto, la mancata fruizione del beneficio premiale reintrodotta dalla legge più mite del 1999 sarebbe imputabile a una disciplina successoria incompleta, quella contenuta nell'art. 4-ter del d.l. n. 82 del 2000, che ingiustificatamente «non ha esteso la riammissione in termini anche ai processi che – come nella specie – pendessero davanti alla Corte di cassazione», con pregiudizio dei parametri di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., del diritto a un processo equo e della necessaria applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, *ex art.* 117 Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 Cedu.

Il giudice *a quo* prospetta la rilevanza della questione sottoposta al giudice delle leggi in termini di concreta possibilità d'una sostituzione della pena perpetua con la reclusione: anche il semplice riconoscimento, in sede esecutiva, del diritto al trattamento sanzionatorio più favorevole per i due primi omicidi, consumati quando era ancora vigente il primitivo testo dell'art. 442 c.p.p., non sortirebbe altrimenti alcun effetto concreto, poiché il condannato «dovrebbe comunque scontare la pena dell'ergastolo con isolamento diurno» in relazione all'ultimo omicidio commesso quando la facoltà di scelta per il rito speciale era stata espunta dall'ordinamento giuridico.

Il rimedio naturale per correggere il giudicato in punto di pena è individuato proprio nell'incidente esecutivo, non essendovi ragione alcuna per reiterare la celebrazione del giudizio e dovendosi soltanto procedere alla mera sostituzione della pena perpetua con quella temporanea nella misura fissa prestabilita dalla legge penale: poteri, quelli del giudice dell'esecuzione, che potrebbero essere in concreto

⁶ Sono evocate alcune precedenti pronunce espressive del più volte rimarcato principio del recupero del beneficio sanzionatorio connotato al rito in caso di ingiustificato diniego; segnatamente: C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 81, *Giur. cost.*, 1991, 559 ss.; sent. 31 gennaio 1992, n. 23, *Giur. cost.*, 1992, 109 ss.; sent. 23 maggio 2003, n. 169, *Giur. cost.*, 2003, 1336 ss. Nell'ampia letteratura, Di Chiara, sub art. 438, Giarda – Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, 5504 ss.; Maffeo, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, 241 ss.; Suraci, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2008, 173 ss.; Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 73 ss. e 97 ss.

⁷ Sulla reale natura della previsione di "interpretazione autentica" contenuta nell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, in dottrina, Giannone, sub art. 7 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, cit., 387; Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 175 ss.

esercitati previa rimozione dell'ostacolo costituito dalla disciplina intertemporale che aveva in passato precluso un tardivo accesso al rito premiale⁸.

In quest'ottica, conclude il remittente, non vi è alcuna ragione per una previa sollecitazione della Corte e.d.u. sul punto, poiché lo scrutinio di conformità rispetto al testo convenzionale rappresenta «uno strumento sussidiario», da attivare quando i rimedi interni siano in concreto inidonei a garantire il rispetto dei diritti fondamentali.

LA MANIFESTA INAMMISSIBILITÀ DELLA QUESTIONE PER DIFETTO DI RILEVANZA: POSSIBILE CRITICA

La Corte costituzionale liquida in fretta la questione sottoposta allo scrutinio, reputandola manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza, poiché il giudice remittente non sarebbe chiamato ad applicare la norma oggetto di denuncia.

I giudici delle leggi rilevano come il giudice dell'esecuzione sia stato sollecitato a pronunciarsi in relazione a un titolo esecutivo perfezionatosi nel 2001 in condizioni affatto simili a quelle che avevano determinato la pronuncia di condanna nel caso pilota, nel quale l'imputato Scoppola era stato condannato in primo grado a trent'anni di reclusione, in applicazione della *lex mitior*, e in appello all'ergastolo semplice, per effetto della nuova disciplina correttiva introdotta dal d.l. n. 341 del 2000.

L'affermazione del principio di necessaria retroattività della legge penale più favorevole, in altri termini, si giustificava in ragione della natura sostanziale della disciplina contenuta nell'art. 442, comma 2, c.p.p. e nel concretizzarsi di una vera e propria successione di leggi penali nel tempo ad opera dell'art. 7, d.l. n. 341 del 2000, norma soltanto all'apparenza d'interpretazione autentica⁹.

Ebbene, argomenta la Consulta, il caso in analisi presenta connotati di sostanziale diversità rispetto alla vicenda Scoppola, non potendo – peraltro – essere ricondotto alle svariate doglianze su temi limitrofi che hanno portato a una tutela parallela ad opera della Corte costituzionale¹⁰.

⁸ Sul punto, Viganò, *Prosegue la "saga Scoppola": una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale, Diritto penale contemporaneo*, 26 luglio 2013.

⁹ Così, C. cost., 18 luglio 2013, n. 210, *Diritto penale contemporaneo*, 19 luglio 2013. Per un primo commento alla pronuncia, Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013, Diritto penale contemporaneo*, 1° ottobre 2013.

¹⁰ Il riferimento è, da ultimo, a C. cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, d.l. n. 341 del 2000, per violazione del parametro espresso dall'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 7 Cedu, poiché tale

Il *punctum dolens* è individuato dalla Consulta in una precisa circostanza: il condannato non è mai stato in concreto ammesso al giudizio abbreviato, luogo di possibile consacrazione del diritto a una pena più mite. Di conseguenza, costui si trova in una situazione processuale diversa da quella di Scoppola e di tutti i suoi "fratelli minori"¹¹.

Facile opporsi a quest'argomentazione: quando si concretizzava la possibilità di accedere nuovamente al rito abbreviato per le imputazioni punite con la pena dell'ergastolo, l'imputato non sceglieva questa strada poiché la disciplina intertemporale contenuta nell'art. 4-ter del d.l. n. 82 del 2000 lo impediva.

La possibilità di recuperare il compendio premiale del rito, in altri termini, veniva confinata dal legislatore alle sole regiudicande la cui verifica di merito non si fosse ancora esaurita, mediante la posizione di apposita disciplina atta a precludere che procedimenti già approdati allo scrutinio di legittimità potessero regredire al sindacato sul fatto al solo scopo di una più mite e predeterminata commisurazione della pena¹².

La scelta difensiva era, in altri termini, preclusa per *tabulas* e un'avventata richiesta di accedere al rito abbreviato non avrebbe verosimilmente ottenuto alcun risultato se non un legittimo provvedimento di diniego.

Analogamente, nessun effetto avrebbe sortito – nella costruzione esegetica predominante all'epoca – la prospettazione di una questione di legittimità costituzionale della disciplina intertemporale contemplata nell'art. 4-ter d.l. n. 82 del 2000, per un duplice ordine di ragioni: l'art. 442, comma 2, c.p.p. era unanimemente considerata norma di natura processuale, sottoposta – in quanto tale – all'ordinario principio *tempus regit actum*¹³; inoltre, il principio

norma «con il suo effetto retroattivo, ha determinato la condanna all'ergastolo di imputati ai quali era applicabile il precedente testo dell'art. 442, comma 2, c.p.p. e che in base a questo avrebbero dovuto essere condannati alla pena di trenta anni di reclusione», con palese violazione del principio di necessaria retroattività della legge penale più favorevole, implicitamente desumibile proprio dall'art. 7 Cedu.

¹¹ Nella suggestiva espressione coniata da Viganò, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000, Diritto penale contemporaneo*, 10 settembre 2012.

¹² In materia, Orlandi, sub art. 30 l. 16 dicembre 1999, n. 479, cit., 467-469; Giannone, sub art. 8 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, cit., 393 ss.

¹³ Sulla portata processuale della disposizione contenuta nell'art. 442, comma 2, c.p.p., tra tanti, Canzio, *Giudizio abbreviato, Enc. dir., IV Agg., Milano*, 2000, 628 ss.; Suraci, *Il giudizio abbreviato*, cit., 401 ss., che sottolinea come – tuttavia – non possano essere taciuti gli effetti di diritto sostanziale. In senso critico, Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 167 ss. e, in particolare, 172 s.,

DISCIPLINA INTERTEMPORALE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ

di retroattività della norma penale più mite, prima dell'approdo della Corte e.d.u. più volte menzionato, era reputato non certo inderogabile da parte del legislatore nazionale¹⁴.

Queste considerazioni convincono di una prima significativa debolezza argomentativa della Corte, che sembra quasi rimproverare all'istante di non aver tentato un percorso audace, con minime possibilità di successo e, per di più, *contra legem*, pur nell'ottica sollecitatoria di una esigenza egualitaria prevalente rispetto alle ragioni di economia dei giudizi ispiratrici della disciplina intertemporale sotto scrutinio.

Ben più problematico, di contro, lo spunto ricostruttivo offerto dalla Corte costituzionale nel qualificare espressamente come "norma processuale", e non sostanziale, la previsione denunciata d'incostituzionalità, attinente al frammento della seriazione procedimentale di natura intertemporale che solo in presenza di tassative condizioni avrebbe consentito di accedere al rito alternativo.

La disciplina, in altri termini, mirava esclusivamente a dettare i tempi di un possibile recupero del giudizio abbreviato, limitandolo a quei gradi e a quelle fasi nelle quali fosse ancora aperto il momento istruttorio e, implicitamente, negandolo in caso di sindacato di mera legittimità¹⁵.

NORME PROCESSUALI ED EFFETTI SOSTANZIALI: L'ARGINE GIURISPRUDENZIALE AL DILAGARE DI NUOVI "CASI SCOPPOLA"

Se, difatti, non è revocabile in dubbio che la previsione oggetto della verifica di costituzionalità abbia natura di norma processuale intertemporale, non pare altrettanto pacifica la radicale esclusione degli effetti di natura sostanziale che la possibile rimesione in termini per accedere al rito abbreviato *ante rem iudicatam* avrebbe sortito.

che rileva come «non va[da] dimenticato che la diminuzione di pena sancita dall'art. 442, comma 2, c.p.p. produce effetti pure sul piano sostanziale». In altri termini, osserva, «lo sconto previsto in campo processuale risulta *rilevante* anche sul piano sostanziale», poiché assume i connotati di un trattamento penale di favore. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. un., 6 dicembre 2007, n. 45583, *CED Cass.*, 237692.

¹⁴ In tal senso, Viganò, *Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale*, cit., che prosegue rilevando come «d'altra parte, ben poche chances, per non dire nulle, di accoglimento avrebbe avuto un'eccezione di illegittimità costituzionale che facesse leva sull'irragionevole discriminazione, ex art. 3 Cost., tra imputati di processi pendenti in gradi diversi, dal momento che la scelta legislativa non era *ictu oculi* sprovvista di qualsiasi ragionevolezza».

¹⁵ In materia, Orlandi, sub art. 30 l. 16 dicembre 1999, n. 479, cit., 469.

Si vuol dire che il pregiudizio effettivo, nella lettura che si prospetta, risiede proprio nel non ammettere un concreto sindacato di rilevanza di quel segmento di fattispecie complessa, a formazione progressiva, che avrebbe permesso all'accusato di acquisire «nel proprio patrimonio giuridico il diritto ad essere giudicato con rito abbreviato sulla base della disciplina recata dalla l. n. 479 del 1999» e al Tribunale di sostituire *in executivis* la pena dell'ergastolo con quella della reclusione o – alternativamente – di mettere in discussione la lesività della disciplina intertemporale.

In questo quadro d'insieme, afferma la Corte costituzionale, il caso sarebbe ben più simile ad altra vicenda sottoposta alla Corte e.d.u. nel caso *Morabito c. Italia* del 27 aprile 2000, concernente il regime transitorio descritto dall'art. 4-ter del d.l. n. 82 del 2000 in relazione all'avvenuta modifica strutturale del rito abbreviato, consistito nella eliminazione del requisito del consenso del pubblico ministero, essendosi previsto che la disciplina di cui al nuovo primo comma dell'art. 438 c.p.p. trovasse applicazione in tutti i procedimenti nel corso dei quali non fosse già stato dichiarato aperto il dibattimento¹⁶.

La Corte di Strasburgo, nel dichiarare la non ricevibilità della questione sottoposta per l'asserita violazione degli artt. 6, § 1, e 7 Cedu, aveva affermato come in effetti «*on ne saurait faire grief aux autorités d'avoir limité l'application des nouvelles modalités d'accès à cette démarche simplifiée aux seuls cas où les débats publics n'avaient pas encore eu lieu*» e che agli Stati contraenti è soltanto fatto obbligo, una volta che siano disciplinate e adottate forme semplificate e premiali di verifica della colpevolezza, «*de ne pas priver arbitrairement un prévenu des avantages qui s'y rattachent*»¹⁷.

Distinguo opportuno, vista la simile dinamica di consolidamento della regudicata rispetto al caso di specie: nella pronuncia evocata quale momento di comparazione, la Corte e.d.u. ha ritenuto la non contrarietà al parametro convenzionale di cui all'art. 7 della preclusione d'accesso al rito per l'imputato che – in virtù del regime processuale vigente al tempo dell'istanza – avesse chiesto e non ottenuto il consenso del pubblico ministero per accedere al giudizio abbreviato, a nulla rilevando la successiva entrata in vigore della *lex mitior* prima del consolidarsi della cosa giudicata sull'imputazione.

Il dato ritenuto dirimente, ancora una volta, è individuato nel diritto non quesito dall'incolpa-

¹⁶ Corte e.d.u., 27 aprile 2010, ric. n. 21743/07, *Morabito c. Italia*, www.penalecontemporaneo.it.

¹⁷ Principio già formalizzato da Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Grande Camera, ric. n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*, cit.

to: il caso riguardante il condannato Morabito non poteva essere ricondotto a una possibile violazione del principio di necessaria retroattività delle legge penale più mite, *ex art. 442, comma 2, c.p.p.*, nella lettura convenzionalmente conforme successiva al caso Scoppola, poiché ciò che si criticava era il solo mutamento *nel tempo* delle cadenze *processuali* di accesso a un rito destinato a privare l'imputato di garanzie procedurali a fronte di un plausibile sconto di pena.

Nell'argomentare della Corte sovranazionale, l'obbligo incombente sugli Stati contraenti si limita al rispetto dei diritti già consolidati – secondo il principio *tempus regit actum* – in capo a chi abbia tempestivamente esercitato una prerogativa concessa dalla legge processuale, ordinaria o intertemporale. Soltanto in questi limiti, si afferma, può aver-si una tutela di tipo sostanziale della legge penale retroattiva più favorevole, altrimenti non operante: con la conseguente impossibilità di attivare il parametro di cui all'art. 7 Cedu in luogo del più generale diritto a un *fair trial*, rilevante secondo l'art. 6 della medesima convenzione.

Considerazioni, queste, in massima parte condizionali: dissonanti, tuttavia, dai diversi approdi cui la medesima Consulta era giunta poche settimane prima del deposito della pronuncia in commento¹⁸.

Investita dalle sezioni unite della Corte di cassazione della questione di conformità costituzionale degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000, per contrasto con gli artt. 3 e 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art. 7 Cedu, nella parte in cui tali disposizioni disponessero per il passato con conseguente applicazione del trattamento sanzionatorio più severo, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della prima norma denunciata, ribadendo la piena (e automatica) operatività del principio di necessaria retroattività della *lex mitior* contenuta nell'art. 442 *post* legge Carotti, anche in difetto di uno specifico sindacato della Corte e.d.u. sulla specifica violazione dei parametri convenzionali¹⁹.

¹⁸ Cfr. C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, cit.

¹⁹ Il riferimento è a Cass., Sez. un. 19 aprile 2012, n. 43905, Cass. pen., 2012, 3969 ss. Per un'analisi della pronuncia delle sezioni unite che solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8, d.l. n. 341 del 2000, Gaito – Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201 ss.; Gambardella, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, Cass. pen., 2012, 3981 ss.; Musio, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite al giudicato nazionale*, Cass. pen., 2012, 4003 ss. In senso critico, Carlizzi, *La teoria della successioni di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, *Diritto penale contemporaneo*, 2/2013, 27 ss. Nell'attesa della pronuncia delle sezioni unite, Viganò, *Figli di un dio minore? Sulla*

L'art. 7, par. 1, Cedu, osserva la Corte costituzionale, esprime un principio generale di pari rango rispetto a quello espresso dall'art. 2, comma 4, c.p., consentendo di considerare come *recessivo* «il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato».

È l'esatto campo di applicazione di tali sopravvenienze a definire i limiti dell'effetto conformativo che il giudice è chiamato a osservare, a prescindere dal consolidamento della regudicata sul tema della colpevolezza.

Non a caso, proprio in sede di valutazione del risultato demolitivo ottenuto dalla Consulta con la pronuncia appena indicata, le sezioni unite – secondo quanto si è appreso dall'informazione provvisoria fornita dal servizio novità della Suprema corte – hanno di recente ribadito che il giudice dell'esecuzione ha competenza a sostituire l'ergastolo inflitto in esito al giudizio abbreviato con la pena della reclusione di anni trenta, in attuazione dei principi convenzionali affermati nel caso *Scoppola c. Italia*, incidendo sul giudicato in termini più favorevoli per il reo²⁰.

Se, dunque, al giudice dell'esecuzione spettano poteri così ampi di rivisitazione del giudicato di condanna, pur nei limiti del trattamento sanzionatorio, sembra possa ritenersi alquanto severa la scelta della manifesta inammissibilità della questione sottoposta alla Consulta in riferimento alla conformità a Costituzione dell'art. 4-ter d.l. n. 82 del 2000, che nella lettura del remittente era qualificato proprio come "ostacolo normativo" al completo attivarsi della giurisdizione *in executivis*.

È in ballo la stessa funzionalità della fase esecutiva, nella lettura fornita dalla Corte costituzionale.

Insomma, la deroga all'applicazione di una legge sopravvenuta più favorevole al reo deve essere giustificata da ragioni normativamente fondate su valori sovra-ordinati di analogo peso, poiché l'abbattimento dell'argine resistente espresso dal giudicato penale esige una chiara prevalenza dei diritti

sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia, *Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2012. Per un commento agli artt. 7 e 8, d.l. n. 341 del 2000, per tutti, Giannone, sub artt. 7 e 8 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, *Legislazione pen.*, 2001, 379 ss.

²⁰ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, *www.cortedicassazione.it*, annunciata dal Servizio novità della Corte di cassazione, la cui attesa deliberazione è stata assunta – sulle conformi conclusioni del Procuratore generale – alla luce della sentenza della C. cost. 18 luglio 2013, n. 210, *www.archiviopenale.it*. Alla data odierna, le motivazioni della suddetta pronuncia non sono ancora state depositate.

del condannato, di volta in volta valutati secondo le circostanze concrete²¹.

Così, è proprio il giudice dell'esecuzione a dover decidere se dare (o meno) applicazione alla norma di diritto penale sostanziale evocata quale fonte della possibile lesione, in termini sanzionatori, nel rispetto dei principi espressi dalla Carta fondamentale e dalla Cedu, come declinati dalla stessa Corte di Strasburgo nei casi già più volte ricordati.

Un vaglio di fondatezza ad opera della Corte costituzionale circa i valori remissivi oggetto di doglianza, in questa prospettiva, avrebbe giovato all'affermazione del principio di legalità processuale e alla conseguente chiusura di un sistema che sembra avviarsi a un delicato percorso di transizione verso una legalità *flou*, capace di recepire e metabolizzare le (non di rado) discordanti dinamiche consacrate nella giurisprudenza delle corti europee²².

Com'è stato efficacemente rilevato in sede di commento ad altra recente pronuncia della Corte costituzionale concernente la forza di resistenza del giudicato al sopravvenire di un «mutamento giurisprudenziale»²³, si afferma sempre più un diritto processuale penale «liquido, altamente deformabile dall'intervento giurisprudenziale, in balia delle più disparate suggestioni europee, retto da principi ritenuti, a torto, obsoleti e, quindi, resi malfermi, costantemente esposto alla giustizia del caso singolo»²⁴.

²¹ Secondo Romeo, *Le sezioni unite sull'applicabilità in executivis della sentenza 17 dicembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla, Diritto penale contemporaneo*, 5 ottobre 2012, 5, se la retroattività della legge più favorevole non può essere esclusa solo perché «la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti».

²² Secondo la preziosa locuzione coniata da Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986.

²³ C. cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss., che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 5, 6, e 7 Cedu, nella parte in cui non include tra le ipotesi di revoca della condanna anche il mutamento giurisprudenziale, determinato da una decisione delle sezioni unite della Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato. Per un commento alla decisione, Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss.; Epidendio, *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, *Diritto penale contemporaneo*, 14 dicembre 2012. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.

²⁴ Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, cit., 3467, il quale prosegue criticamente osservando come a fronte di queste nuove tensioni «allineate spesso, ma non sempre, dall'intento di garantire i diritti fondamentali a prescindere dalla volontà di un legislatore inadeguato a fronteggiare le

CONCLUSIONI

Dietro la declaratoria d'inammissibilità con la quale la Corte costituzionale ha risolto il quesito posto dal Tribunale di Lecce sembra celarsi l'esigenza di porre un freno ai tentativi – sino a quel punto andati a buon fine – di generalizzare e, forse, ampliare il portato dei principi espressi dalla Corte e.d.u. nel caso *Scoppola c. Italia*.

Certo, la norma denunciata della possibile incostituzionalità ha natura processuale intertemporale; nondimeno, dall'applicazione della stessa e dal conseguente accesso tardivo al rito abbreviato sarebbero dipesi rilevanti effetti di diritto sostanziale, tali da imporre una significativa rideterminazione della pena.

Sotto il profilo metodologico, la strada battuta dal giudice remittente era corretta, potendosi davvero ipotizzare la competenza funzionale del giudice *in executivis* rispetto al sindacato di applicazione del principio di retroattività della legge penale più mite, da dedurre sulla base di una corretta lettura del principio di legalità, anche alla luce degli approdi giurisprudenziali – interni e convenzionali – che riempiono di contenuti la norma strumentale dell'art. 117 Cost.²⁵

Se ciò è vero, non sembra risolutiva l'affermazione secondo cui «la questione sollevata sarebbe stata, in effetti, rilevante esclusivamente nell'ambito del predetto giudizio (quello appunto di cassazione) e solo alla condizione che, nel corso di esso, l'imputato avesse effettivamente richiesto il giudizio abbreviato con l'osservanza del termine stabilito dalla norma censurata», poiché è proprio di tale mancata prerogativa che il giudice del titolo si lamenta nelle trame argomentative dell'ordinanza di rimessione, invocando l'estensione dell'ambito applicativo del principio di necessaria retroattività della *lex mitior* ai casi contigui.

In questa prospettiva, la Corte avrebbe dovuto – semmai – dichiarare la questione infondata, e non certo manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza, secondo una rigorosa e restrittiva esegesi del principio successorio desumibile dall'art. 2, comma 4, c.p., affermandone a chiare lettere l'intatto ambito di operatività *post rem iudicatam* in tutti i casi in cui il consolidamento della decisione sulla colpevolezza non fosse stato preceduto dal

sfide della modernità, non deve sembrare una battaglia di retroguardia invocare il principio di legalità, la riserva di legge, l'intangibilità del giudicato».

²⁵ Una lettura di questa delicata dinamica è puntualmente fornita da Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 87 ss.

compiuto verificarsi di tutti i frammenti della fattispecie a formazione progressiva ipotizzata dalla Consulta.

La soluzione indicata, destinata a sortire un effetto non certo opposto a quello ricercato dalla Corte, avrebbe comportato un puntuale assolvimento dell'onere motivazionale rispetto al secondo parametro di legittimità evocato (e solo marginalmente menzionato in parte motiva), vale a dire il principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, reputato nell'ordinanza in commen-

to non attinente «alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte europea».

A ben considerare, difatti, proprio in quest'apodittica esclusione del pregiudizio al principio di eguaglianza potrebbe annidarsi una residua via di tutela, da prospettare mediante ricorso alla Corte di Strasburgo – esaurite le vie di controllo interno – secondo i parametri del diritto all'equo processo e, di rimando, del diritto a poter fruire di un trattamento sanzionatorio più mite.

Integrità funzionale del Governo e speditezza del processo: spetta al giudice contemperare gli opposti interessi e valutare in concreto la sussistenza del legittimo impedimento

Corte costituzionale, sentenza 1° luglio 2013, n. 168 – Pres. Gallo; Rel. Cassese

Nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri e sorto a seguito dell'ordinanza con cui il Tribunale ordinario di Milano aveva respinto la richiesta di rinvio dell'udienza dibattimentale del 1° marzo 2010, per legittimo impedimento, formulata dall'imputato, Presidente del Consiglio dei ministri, la Corte costituzionale dichiara che: in base al principio di leale collaborazione — e fermo restando che il giudice, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, non può invadere la sfera di competenza riservata al governo —, spettava al Tribunale stabilire che non costituiva impedimento assoluto alla partecipazione all'udienza penale del 1° marzo 2010 l'impegno dell'imputato di presiedere una riunione del Consiglio dei ministri addotto dallo stesso senza fornire alcuna "allegazione" circa la "non rinviabilità" di detto impegno e la specifica inderogabile necessità di fissare la riunione in una data coincidente con l'unico giorno d'udienza precedentemente comunicato come utile per la sua partecipazione e senza indicare una data alternativa al fine di definire un nuovo calendario di udienze.

[Omissis]

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha proposto conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Tribunale ordinario di Milano, sezione I penale, in relazione all'ordinanza con la quale il predetto Tribunale ha rigettato la richiesta di rinvio dell'udienza dibattimentale del 1° marzo 2010, formulata dalla difesa dell'imputato, allora Presidente del Consiglio dei ministri (...), per legittimo impedimento di quest'ultimo, in quanto impegnato, nella medesima data, nella presidenza della riunione del Consiglio dei ministri.

1.1. – Il ricorrente chiede alla Corte di dichiarare che non spettava «al Tribunale di Milano stabilire che non costituisce impedimento assoluto alla partecipazione alle udienze penali, e perciò causa di giustificazione della sua assenza, il diritto-dovere del Presidente del Consiglio dei ministri a presiedere una riunione del Consiglio dei ministri, anche nell'ipotesi in cui la predetta riunione, già fissata

in una precedente data non coincidente con un giorno di udienza dibattimentale, venga differita ad altra data coincidente con un giorno di udienza».

Il medesimo ricorrente chiede, conseguentemente, di annullare «l'ordinanza, pronunciata in data 1° marzo 2010, con riferimento al procedimento penale n. 11776/06 R.G.T., con la quale è stata rigettata la richiesta di rinvio dell'udienza dibattimentale del 1° marzo 2010, (...) nonché l'attività istruttoria compiuta nel corso della prefata udienza».

1.2. – La richiesta del Presidente del Consiglio dei ministri non è diretta a mettere in discussione la spettanza del potere, in quanto tale, di accertare il legittimo impedimento dell'imputato titolare di funzioni governative, atteso che detto potere non può che competere al giudice. Tale spettanza è stata ribadita da questa Corte con la sentenza n. 23 del 2011 – successiva alle vicende oggetto del presente conflitto e più volte richiamata nello stesso ricorso – nella quale essa ha affermato che il giudice, quando «valuta in concreto, in base alle ordinarie regole del processo, l'impedimento consistente nell'esercizio di funzioni governative,

si mantiene entro i confini della funzione giurisdizionale e non esercita un sindacato di merito sull'attività del potere esecutivo, né, più in generale, invade la sfera di competenza di altro potere dello Stato». Il principio della separazione dei poteri, cioè, «non è violato dalla previsione del potere del giudice di valutare in concreto l'impedimento, ma, eventualmente, soltanto dal suo cattivo esercizio» (sentenza n. 23 del 2011).

Il conflitto è sollevato, dunque, perché si lamenta un «cattivo esercizio» del potere da parte dell'autorità giudiziaria che, nel rigettare la richiesta di rinvio dell'udienza dibattimentale del 1° marzo 2010, ha così motivato: «la deduzione di un impedimento per una udienza già concordata non può prescindere quantomeno dalla allegazione della specifica inderogabile necessità della sovrapposizione dei due impegni perché, altrimenti, la funzione giudiziaria verrebbe ad essere svilita, con la conseguenza che il contemperamento tra gli opposti interessi di rilievo costituzionale allo svolgimento in tempi ragionevolmente rapidi del processo e all'esercizio delle funzioni parlamentari o governative verrebbe ad essere risolto nel dare esclusiva rilevanza al secondo di tali interessi. Nella specie nulla è stato dedotto circa la necessità di fissare in data 24.2.2010 una riunione del Consiglio dei Ministri per la data dell'1 marzo 2010 coincidente con l'udienza già concordata e pertanto non può essere ritenuto il legittimo impedimento».

Il punto su cui la Corte è chiamata ad esprimersi è se il Tribunale ordinario di Milano, sezione I penale, nell'esercizio del proprio potere di valutare in concreto l'impedimento dedotto dall'imputato titolare di cariche governative, abbia leso le prerogative costituzionali del Presidente del Consiglio dei ministri per aver applicato la regola sull'onere di «allegazione» relativa al legittimo impedimento, «senza tenere in debito conto il diritto-dovere» dell'imputato di esercitare la funzione di governo, così violando il principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato. Infatti, l'autorità giudiziaria ha posto a fondamento della propria decisione di rigetto della richiesta di rinvio dell'udienza l'asserita mancanza di «allegazione della specifica inderogabile necessità» della concomitanza dell'impegno istituzionale sopravvenuto con il giorno di udienza precedentemente concordato. La Corte deve perciò stabilire se la richiesta di rinvio sia effettivamente priva di tali «allegazioni», come asserito dal Tribunale, ed eventualmente se questa mancanza, impedendo al giudice di esercitare il suo potere di apprezzamento in concreto circa l'assolutezza dell'impedimento dedotto, possa giustificare la decisione di rigetto impugnata, nel quadro del richiamato principio di leale collaborazione.

2. – Va affermata definitivamente l'ammissibilità del conflitto, già ritenuta, in via di prima, sommaria deliberazione, con l'ordinanza n. 297 del 2011, perché ne sussistono i requisiti soggettivi e oggettivi.

Quanto ai primi, non vi sono dubbi sulla legittimazione a sollevare conflitto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri (*ex multis*, ordinanza n. 230 del 2008), in quanto organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene, né, per la stessa ragione, sulla legittimazione a resistere da parte del Tribunale che

ha emesso l'atto da cui è sorto il conflitto (ordinanza n. 297 del 2011).

Circa i requisiti oggettivi, il ricorso «è volto a tutelare una sfera di attribuzioni costituzionalmente garantite, che nella prospettazione del ricorrente sono desumibili dagli artt. 92 e 95 della Costituzione (...) e sarebbero state lese in ragione del mancato riconoscimento giudiziale del relativo esercizio quale causa di legittimo impedimento a comparire nelle udienze penali» (ordinanza n. 297 del 2011).

L'attualità del conflitto e l'interesse a ricorrere da parte del Presidente del Consiglio permangono anche se (...) non è più Presidente del Consiglio dei ministri. Infatti, l'ordinanza impugnata è stata ritenuta lesiva delle prerogative costituzionali proprie dell'organo esecutivo e riguarda le attribuzioni di tale organo e non dell'imputato, ancorché titolare della carica governativa all'epoca dei fatti da cui ha tratto origine il presente conflitto (sentenza n. 263 del 2003).

Quanto, infine, al *petitum*, il Presidente del Consiglio dei ministri chiede l'annullamento sia dell'ordinanza da cui ha avuto origine il conflitto, sia della attività istruttoria compiuta nel corso di tale udienza. Questa seconda richiesta è inammissibile, perché la Corte, ove accogliesse il ricorso, potrebbe annullare l'ordinanza, ma dovrebbe lasciare all'autorità giudiziaria ogni valutazione circa l'effetto di tale annullamento sull'attività istruttoria compiuta in quella sede. Gli effetti caducatori di una eventuale «dichiarazione di non spettanza», infatti, «devono limitarsi ai provvedimenti, o alle parti di essi, che siano stati riconosciuti lesivi degli interessi oggetto del giudizio costituzionale per conflitto di attribuzione» (sentenza n. 451 del 2005).

3. – Al fine di accertare se vi sia stato, con riferimento al principio di leale collaborazione e all'asserita lesione delle attribuzioni dell'organo di governo, un «cattivo esercizio» del potere giurisdizionale da parte del Tribunale ordinario di Milano, questa Corte ha acquisito, con l'ordinanza istruttoria n. 91 del 6-14 giugno 2012, la richiesta di rinvio per legittimo impedimento presentata dall'imputato e gli atti ad essa allegati, nonché i verbali di udienza dall'inizio della fase dibattimentale sino all'udienza del 1° marzo 2010.

3.1. – L'esame di tali documenti evidenzia che, dall'inizio della fase dibattimentale (il 13 febbraio 2007) al 1° marzo 2010 vi sono state 37 udienze (più 2 riguardanti altro processo, poi riunito), che possono essere suddivise in due periodi: il primo periodo, in cui l'imputato non era Presidente del Consiglio dei ministri, va dall'inizio della fase dibattimentale sino al 5 maggio 2008, per un totale di 24 udienze; il secondo periodo, in cui l'imputato era Presidente del Consiglio dei ministri, va dal 12 maggio 2008 sino al 1° marzo 2010, per un totale di 13 udienze, più 2 relative ad altro procedimento penale, poi riunito. In questo secondo periodo, il Tribunale ha sospeso il processo dal 26 settembre 2008 al 16 novembre 2009, a seguito dell'entrata in vigore della legge 23 luglio 2008, n. 124 (Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato) e per la questione di costituzionalità promossa, in relazione a tale legge, dalla stessa sezione I del Tribunale ordinario di Milano (sentenza n. 262 del 2009).

INTEGRITÀ FUNZIONALE DEL GOVERNO E SPEDITEZZA DEL PROCESSO

Ai fini del presente conflitto, rilevano le udienze in cui l'imputato era Presidente del Consiglio.

3.2. – I verbali confermano quanto riportato dal Tribunale nell'ordinanza impugnata: il 1° marzo 2010 era stato preventivamente indicato, nell'udienza del 25 gennaio 2010, come «unica data disponibile» per la partecipazione dell'imputato; nella medesima udienza del 25 gennaio, a fronte della richiesta di rinvio per legittimo impedimento presentata per il 1° febbraio 2010, il Tribunale aveva “soppresso” tre udienze già calendarizzate per il mese di febbraio; l'imputato non ha fornito al Tribunale “allegazioni” circa la necessità di fissare la riunione del Consiglio dei ministri, già convocata per il 26 febbraio 2010, in una data coincidente con l'unico giorno d'udienza precedentemente comunicato come utile per la sua partecipazione, ossia il 1° marzo 2010.

In particolare, la richiesta presentata dalla difesa dell'imputato – datata 26 febbraio 2010, ossia due giorni dopo la nuova convocazione della riunione, avvenuta il 24 febbraio 2010 tramite «telescritto urgentissimo» del Presidente del Consiglio – indica che «il Consiglio dei ministri già convocato per il giorno 26 febbraio 2010 è stato rinviato al giorno 1 marzo 2010 ad ore 11.30 [...] All'udienza del giorno 1° marzo 2010 sono previste audizioni testimoniali alle quali vuole, come già prospettato più volte, essere presente l'on.(...), il quale, ovviamente, non può esimersi dal partecipare al Consiglio dei ministri». Inoltre, la comunicazione del Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri, allegata all'istanza, si limita a confermare, su richiesta dei difensori, che il Presidente del Consiglio «nella giornata di lunedì 1 marzo prossimo [...] sarà impegnato in una riunione del Consiglio dei ministri, già debitamente convocata».

3.3. – Nella stessa udienza del 1° marzo 2010, la difesa dell'imputato, nel chiedere la revoca immediata – poi respinta – dell'ordinanza con cui il Tribunale aveva rigettato la richiesta di rinvio per legittimo impedimento, ha anche prospettato l'«ipotesi di eventuali conflitti che dovessero insorgere tra poteri». Inoltre, a sostegno della richiesta di revoca, la difesa ha sottolineato che «al primo punto» dell'ordine del giorno della riunione del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2010 vi era «un disegno di legge di cui da molti giorni [si] sta parlando, cioè “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”, che è da una decina di giorni in discussione in sede politica e in sede parlamentare». Eguale affermazione è stata fatta, nel presente giudizio, anche dall'Avvocatura generale dello Stato.

Il suddetto disegno di legge, approvato dal Consiglio dei ministri il 1° marzo 2010, è stato presentato in Senato due mesi dopo, in data 4 maggio 2010, per poi essere assorbito insieme ad altri progetti di legge di iniziativa parlamentare; il testo, ampiamente modificato, è divenuto la legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione).

4. – Nel merito, il ricorso non è fondato.

4.1. – Con riguardo al legittimo impedimento per concomitante esercizio di funzioni parlamentari e/o governa-

tive, la giurisprudenza costituzionale, in linea con quella di legittimità, ha più volte affermato che non vi possono essere «regole derogatorie, ma il diritto comune deve applicarsi secondo il principio di leale collaborazione fra i poteri dello Stato» (sentenze n. 23 del 2011, n. 262 del 2009, n. 451 del 2005, n. 284 del 2004, n. 263 del 2003 e n. 225 del 2001).

Di conseguenza, spetta al giudice valutare, caso per caso, se lo specifico impegno addotto dall'imputato Presidente del Consiglio dei ministri, pur quando riconducibile «ad attribuzioni coesenziali alle funzioni di governo (...), dia in concreto luogo ad impossibilità assoluta (anche alla luce del necessario bilanciamento con l'interesse costituzionalmente rilevante a celebrare il processo) di comparire in giudizio, in quanto oggettivamente indifferibile e necessariamente concomitante con l'udienza di cui è chiesto il rinvio» (sentenza n. 23 del 2011).

Inoltre, il principio della leale collaborazione, cui deve «rispondere» il potere del giudice di valutare in concreto il carattere assoluto dell'impedimento per concomitante esercizio di funzioni governative, ha natura «bidirezionale» e deve «esplicarsi mediante soluzioni procedimentali, ispirate al coordinamento dei rispettivi calendari»: da un lato, il giudice deve definire il calendario delle udienze «tenendo conto degli impegni del Presidente del Consiglio dei ministri riconducibili ad attribuzioni coesenziali alla funzione di governo e in concreto assolutamente indifferibili»; dall'altro lato, il Presidente del Consiglio dei ministri deve programmare i propri impegni «tenendo conto, nel rispetto della funzione giurisdizionale, dell'interesse alla speditezza del processo che lo riguarda e riservando a tale scopo spazio adeguato nella propria agenda» (sentenza n. 23 del 2011).

4.2. – L'applicazione al presente conflitto della disciplina del legittimo impedimento per concomitante esercizio di funzioni governative richiede di considerare tre aspetti: il tipo di impegno di governo dedotto dall'imputato quale legittimo impedimento; le indicazioni fornite dall'imputato circa la necessaria concomitanza dell'impegno con un giorno di udienza da lui precedentemente comunicato come utile per la sua partecipazione; la possibilità di valutare in concreto il carattere assoluto di tale impedimento.

Nel valutare questi tre aspetti, la Corte non deve decidere se, nel caso di specie, l'impegno dedotto determinasse in concreto impossibilità assoluta a comparire in udienza, perché non è compito proprio, «ma dei competenti organi della giurisdizione, stabilire i corretti criteri interpretativi e applicativi delle regole processuali» (sentenza n. 225 del 2001). Occorre invece verificare, alla luce del principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato, se l'autorità giudiziaria abbia leso le prerogative costituzionali dell'organo esecutivo con un «cattivo esercizio» del proprio potere di valutare in concreto il carattere dell'impedimento.

4.2.1. – Quanto al primo di tali tre aspetti, ossia il tipo di impegno dedotto dall'imputato, la partecipazione a una riunione del Consiglio dei ministri può indubbiamente costituire una ipotesi di legittimo impedimento. Essa rientra tra gli impegni di governo ai quali deve essere riconosciuta l'attitudine a determinare un'impossibilità a comparire, in quanto compresa tra le attività istituzionali «riconducibili

[...] alla sfera di attribuzioni previste dagli articoli da 92 a 96 della Costituzione» e «coessenzial[i] alla funzione tipica del Governo» (sentenza della Corte di cassazione penale, n. 10773 del 2004). Questa Corte (sentenza n. 23 del 2011) ha ritenuto legittimo l'art. 1, comma 1, della legge 7 aprile 2010, n. 51 (Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza) – abrogata poi a séguito della consultazione referendaria del 12 giugno 2011 – il quale stabiliva che una serie di attività istituzionali, ivi inclusa la partecipazione al Consiglio dei ministri, costituissero in astratto legittimo impedimento a comparire in udienza, fermo restando il potere del giudice di valutarne in concreto il carattere assoluto.

Il Consiglio, però, è convocato dallo stesso Presidente; ciò segna una netta differenza rispetto ai casi in cui la possibilità di rinviare l'impegno dedotto sfugga interamente alla programmazione dell'imputato (come avviene, per i componenti delle assemblee elettive, nel caso di impedimento per concomitante esercizio di funzioni parlamentari: sentenze n. 23 del 2011, n. 451 del 2005, n. 284 del 2004, n. 263 del 2003 e n. 225 del 2001). Inoltre, l'articolo 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 novembre 1993 (Regolamento interno del Consiglio dei ministri) prevede espressamente l'ipotesi di assenza o impedimento temporaneo del Presidente del Consiglio dei ministri, attribuendo le relative funzioni, ai sensi dell'art. 8 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), al «vicepresidente del Consiglio» o, «qualora vi siano più vicepresidenti, [al] più anziano secondo l'età; in mancanza, [al] Ministro più anziano»: un'ipotesi che, nella XVI legislatura, si è verificata in oltre il dieci per cento delle riunioni.

Se, dunque, la partecipazione a una riunione del Consiglio dei ministri può in astratto costituire un impedimento ai sensi dell'art. 420-ter del codice di procedura penale, lo specifico impegno dedotto dall'imputato, in quanto Presidente del Consiglio, per l'udienza del 1° marzo 2010 va considerato nell'ambito delle vicende in cui si inserisce il presente conflitto, che deve essere giudicato con riferimento al principio della leale collaborazione e, quindi, ai comportamenti tenuti dalle parti.

4.2.2. – La stessa ordinanza impugnata non nega che il tipo di impegno dedotto possa costituire in astratto un legittimo impedimento; nega tuttavia che esso lo sia in concreto, soffermandosi in particolare sul secondo dei tre aspetti sopra indicati, ossia la mancata allegazione da parte dell'imputato «della specifica inderogabile necessità della sovrapposizione dei due impegni»: cioè, da un lato, l'udienza dibattimentale da tenersi il 1° marzo 2010, giorno precedentemente concordato tra le parti il 25 gennaio 2010, sulla base della comunicazione fornita dall'imputato; dall'altro lato, la riunione del Consiglio dei ministri già convocata per il 26 febbraio 2010 e fissata, in data 24 febbraio 2010, per lo stesso 1° marzo.

L'esame dei documenti acquisiti da questa Corte con l'ordinanza istruttoria (sopra menzionati al punto 3) conferma che, all'udienza del 1° marzo 2010, la difesa dell'imputato non ha dato alcuna indicazione circa la non rin-

viabilità dell'impegno dedotto, né circa la sua necessaria concomitanza con l'udienza di cui chiedeva il rinvio.

In due precedenti circostanze, d'altra parte, lo stesso imputato aveva specificato che gli impegni in quelle occasioni dedotti quali impedimenti non erano rinviabili, oppure che la loro programmazione non era nella sua piena disponibilità.

Nella prima circostanza, all'udienza del 16 novembre 2009, il Tribunale aveva accolto la richiesta di rinvio per legittimo impedimento così formulata: il Presidente del Consiglio dei ministri «è impegnato, come risulta dall'allegata certificazione, presso la FAO in Roma in occasione del vertice mondiale sulla sicurezza alimentare, per l'intera giornata, e (...) tale impegno non è rinviabile e non consente in alcun modo la presenza in udienza». Inoltre, in quella occasione, il Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri aveva indicato altre date utili, così consentendo il rinvio all'udienza del 18 gennaio 2010. Il Segretario generale, infatti, aveva comunicato al giudice che «il Presidente del Consiglio per il mese di novembre e il mese di dicembre ha nella sua agenda impegni istituzionali, la maggior parte dei quali già prefissati da molto tempo, che non consentono di individuare una giornata libera per intervenire alle udienze dei processi pendenti avanti al Tribunale di Milano», precisando «di aver individuato due date utili nelle quali il Presidente del Consiglio (...) potrà essere presente nel mese di gennaio 2010: in particolare nei giorni 18 e 25».

Nella seconda circostanza, all'udienza del 25 gennaio 2010 – in riferimento alla quale l'imputato, con lettera datata 21 gennaio 2010, pur dichiarando di essere «legittimamente impedito» a comparire, aveva consentito che si procedesse in sua assenza, essendo la medesima udienza «dedicata» esclusivamente «a questioni processuali» –, il giudice aveva accolto una nuova richiesta di rinvio dell'udienza del 1° febbraio 2010 per legittimo impedimento, nonostante tale richiesta non fosse stata esplicitamente motivata circa la non rinviabilità dell'impegno dedotto («visita ufficiale presso lo Stato di Israele»). Anche in tale occasione, il Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri aveva indicato una data alternativa: con la lettera del 25 gennaio 2010, citata dall'ordinanza impugnata, segnalava che «il Presidente del Consiglio aveva individuato già una data utile per la partecipazione ad un [altro] processo» e comunicava che «l'unica data disponibile, tenuto conto dei numerosissimi impegni istituzionali già previsti o sopravvenuti e non rinviabili, è da individuarsi nel giorno 1° marzo 2010». Come avvenuto all'udienza del 16 novembre 2009, il Tribunale aveva rinviato alla prima data utile indicata dal Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri, vale a dire al 1° marzo 2010, procedendo contestualmente a cancellare tre udienze già calendarizzate per i giorni 1°, 8 e 22 febbraio 2010.

In un periodo di complessivi tre mesi e mezzo, quindi, il Tribunale ha riconosciuto il carattere assoluto dell'impedimento dedotto dall'imputato per due volte: la prima, per l'udienza del 16 novembre 2009; la seconda, per l'udienza del 1° febbraio 2010. In entrambi i casi, il giudice, applicando la disciplina di cui all'art. 420-ter cod. proc. pen. nel

INTEGRITÀ FUNZIONALE DEL GOVERNO E SPEDITEZZA DEL PROCESSO

rispetto del principio di leale collaborazione, ha accolto le richieste formulate dall'imputato titolare di carica governativa e ridefinito il calendario delle udienze, rinviando il processo alle date indicate dall'imputato medesimo (rispettivamente il 18 gennaio e il 1° marzo 2010).

Di fronte alla terza richiesta di rinvio – presentata dall'imputato in prossimità dell'udienza del 1° marzo 2010 e, in questo caso, senza “allegazioni” circa la non rinviabilità e la necessaria concomitanza dell'impegno e senza aver fornito una data alternativa – il Tribunale non ha riconosciuto il carattere assoluto dell'impedimento dedotto che, a differenza delle precedenti occasioni, risultava determinato da un atto dello stesso imputato.

Nel periodo in cui l'imputato era Presidente del Consiglio dei ministri, dunque, l'autorità giudiziaria ha tenuto conto del suo dovere «di assolvere le funzioni pubbliche assegnategli», riducendo al minimo possibile «l'incidenza indiretta» della funzione giurisdizionale «sull'attività del titolare della carica governativa» (sentenza n. 23 del 2011).

Analoga osservanza del principio di leale collaborazione non è stata mostrata dal Presidente del Consiglio dei ministri con riguardo all'udienza del 1° marzo 2010. In questa circostanza, l'imputato, dopo aver egli stesso comunicato al Tribunale tale data, ha dedotto l'impedimento e, diversamente da quanto aveva fatto nelle precedenti occasioni, non si è attivato per la definizione di un nuovo calendario; né egli ha fornito alcuna indicazione circa la necessità di presiedere la riunione del Consiglio dei ministri senza ricorrere alla supplenza del vicepresidente del Consiglio o del ministro più anziano.

4.2.3. – La mancanza di “allegazioni” circa la necessità di sovrapposizione tra l'impegno dedotto e il giorno di udienza, a differenza di quanto verificatosi in precedenti occasioni, ha determinato l'impossibilità per il giudice di valutare il carattere assoluto dell'impedimento «in quanto oggettivamente indifferibile e necessariamente conco-

mitante con l'udienza di cui è chiesto il rinvio» (sentenza n. 23 del 2011). Il Tribunale, nel rispetto delle attribuzioni dell'organo esecutivo, non ha sindacato le ragioni della riunione del Consiglio dei ministri, ma si è limitato a osservare che l'imputato avrebbe dovuto fornire «quantomeno» una «allegazione», la quale costituisce presupposto per l'applicazione delle norme processuali.

Pur costituendo la riunione del Consiglio dei ministri una delle più rilevanti modalità di esercizio delle attribuzioni costituzionalmente riconosciute all'organo esecutivo, non può da ciò automaticamente desumersi la necessaria concomitanza della riunione stessa con un giorno di udienza precedentemente concordato. Bisognava permettere all'autorità giudiziaria sia di operare un bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti (tra cui quello della sollecita celebrazione del processo), fornendo allegazioni circa la «sovrapposizione» dei due impegni, sia di valutare il carattere assoluto dell'impedimento rappresentato dalla partecipazione dell'imputato alla riunione del Consiglio dei ministri.

5. – In conclusione, fermo restando che il giudice, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, non può invadere la sfera di competenza riservata al Governo, la mancanza di “allegazioni”, da parte dell'imputato, circa la necessità di partecipare a una riunione del Consiglio dei ministri concomitante con un giorno di udienza precedentemente concordato non ha consentito al Tribunale di considerare assoluta l'impossibilità a comparire determinata dall'impegno dedotto quale impedimento.

Ne discende che il ricorso va rigettato, perché l'autorità giudiziaria ha esercitato il potere ad essa spettante ai sensi della disciplina del legittimo impedimento nel rispetto del principio di leale collaborazione, senza ledere prerogative costituzionali dell'organo di governo, che restano tutelate in ordine sia all'attività, sia all'organizzazione.

[Omissis]

ELGA TURCO

Professore a contratto di Giustizia penale minorile – Università del Salento

Legittimo impedimento per “motivi istituzionali” e rispetto del principio bidirezionale di leale collaborazione tra i poteri dello stato

Legal impediment for “institutional reasons” and respect of the bidirectional principle of sincere cooperation between the state's powers

Ricostruita l'evoluzione normativa e scandagliati i *dicta* della Corte costituzionale in materia di legittimo impedimento per concomitante esercizio di funzioni parlamentari e/o governative, l'autore condivide la decisione della Corte co-

stituzionale: l'autorità giudiziaria, rigettando la richiesta di rinvio dell'udienza dibattimentale formulata dall'imputato, Presidente del Consiglio dei Ministri, per legittimo impedimento, non ha leso le prerogative costituzionali dell'organo esecutivo con un "cattivo esercizio" del proprio potere di valutare in concreto il carattere dell'impedimento.

The author reconstructs changes in regulations and analyzes the dicta of the Constitutional Court about legal impediment for institutional reasons and shares the Constitutional Court's decision: the judicial authority, rejecting the request for postponement of the hearing of the defendant, the President of the Council of Ministers, for legal impediment, has not infringed the constitutional prerogatives of the Executive power with a "bad year" of his power to assess in practice the nature of the impediment.

I TERMINI DELLA QUESTIONE

Ancora una volta cala la scure della Corte costituzionale sul legittimo impedimento invocato dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'antefatto è ben noto: nel processo penale sui diritti Mediaset, la difesa dell'imputato, Presidente del Consiglio dei Ministri, aveva proposto una istanza di rinvio di un'udienza dibattimentale¹ per legittimo impedimento, per essere l'imputato impegnato, nella medesima data, a svolgere un'attività «coesistente alle funzioni di Governo», nella specie, presiedere il Consiglio dei Ministri.

E non è certo un antefatto isolato. Nel processo in questione, non appena "sforata" la legge 7 aprile 2010, n. 51 (recante Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza)², l'imputato non ha tardato a chiedere il rinvio di un'altra udienza dibattimentale per legittimo impedimento³, invocando, nella sua qualità di Presidente del Consiglio dei ministri, la necessità di espletare un impegno istituzionale, consistente in un viaggio di Stato.

Nuova, però, è la rotta seguita per far valere il legittimo impedimento: il conflitto di attribuzione interorganico⁴ motivato da una presunta violazione del principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato, leso – a dire del ricorrente – da un Tribunale che, privilegiando esclusivamente l'esercizio del potere giudiziario, senza tenere in debito conto il diritto-dovere del Presidente del Consiglio dei ministri di svolgere le proprie funzioni costituzionali – ossia,

presiedere una riunione del Consiglio –, ha rigettato la richiesta di rinvio in questione.

Poco conta che la data dell'udienza sia proprio quella già concordata con il titolare della funzione di Governo – indicata dal medesimo come "unica disponibile" – proprio al fine di evitare coincidenze con gli impegni istituzionali già calendarizzati.

Poco conta che in un precedente periodo di complessivi tre mesi e mezzo il Tribunale avesse riconosciuto il carattere assoluto dell'impedimento dedotto dall'imputato per ben due volte, applicando la disciplina di cui all'art. 420-ter c.p.p.⁵

Poco conta che l'imputato non abbia fornito al Tribunale "allegazioni" circa la specifica inderogabile necessità di fissare la riunione del Consiglio dei ministri in una data coincidente con l'unico giorno d'udienza precedentemente comunicato come utile per la sua partecipazione.

Conta invece – nella prospettiva del ricorrente – che il Tribunale, nel richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di allegare i motivi della «specifica inderogabile necessità della sovrapposizione dei due impegni», si sarebbe «arroghato un inammissibile potere di sindacato delle ragioni politiche sottese al rinvio di una riunione del Consiglio dei ministri, incorrendo in "cattivo esercizio" del proprio potere giurisdizionale»: la valutazione del giudice sull'assolutezza dell'impedimento dovrebbe infatti – secondo il ricorrente – limitarsi alla verifica della «impossibilità dell'organo governativo [...] ad essere presente all'udienza penale data la improrogabilità del fatto impeditivo di pertinenza costituzionale costituito dalla presidenza del Consiglio dei ministri», mentre non può riguardare «le motivazioni e le ragioni (di politica governativa) sottese alla decisione di fissare, in una certa data, la seduta del Consiglio dei ministri»; né può pretendersi – a dirlo è sempre

¹ Quella del 1° marzo 2010.

² V. *infra* par. 2

³ La legge n. 51 del 2010 è entrata in vigore l'8 aprile 2010. La difesa dell'imputato ha dedotto, in base a tale disciplina, un legittimo impedimento a comparire all'udienza del 12 aprile 2010.

⁴ Come è noto, i conflitti di attribuzione, il cui giudizio spetta alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost., sono di due diversi tipi: i conflitti tra poteri dello Stato (conflitti interorganici) e quelli tra Stato e Regioni o tra le stesse Regioni (conflitti intersoggettivi). Sono disciplinati nel Capo III della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

⁵ Il Tribunale aveva accolto le richieste formulate dall'imputato titolare della carica governativa e ridefinito il calendario delle udienze, rinviando il processo alle date indicate dall'imputato medesimo. V., sul punto, *infra* par. 4.

INTEGRITÀ FUNZIONALE DEL GOVERNO E SPEDITEZZA DEL PROCESSO

il ricorrente – «che l'organo governativo fornisca la prova della necessità di svolgere la funzione governativa in un dato momento e in una certa data», attenendo tali valutazioni «alla sfera delle attribuzioni costituzionali del Presidente del Consiglio e del Governo».

LA PARABOLA DEL LEGITTIMO IMPEDIMENTO PER "MOTIVI ISTITUZIONALI"

Al fine di comprendere appieno i termini della questione, non si può prescindere da una rapida analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che si è registrata nell'ultimo decennio in materia di legittimo impedimento per concomitante esercizio di funzioni parlamentari e/o governative.

La legge 20 giugno 2003, n. 140⁶ – nota come Lodo Schifani – aveva istituito una sorta di "immunità processuale penale" per il Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Presidente della Corte costituzionale, per tutta la durata della carica o della funzione, che copriva qualsiasi reato extrafunzionale, anche antecedente l'assunzione della carica o della funzione (comma 1)⁷ e aveva introdotto, nel comma 2, un meccanismo di obbligatoria sospensione dei processi in corso, volto a rendere immediatamente applicabile, alle vicende pendenti, la causa di temporanea sottrazione alla giurisdizione penale prevista dal precedente comma⁸.

⁶ Recante «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato». Per alcuni commenti alla legge in questione, cfr. Azzariti-Romboli, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, Riv. dir. cost., 2003, 247; Ferraioli, *La «immunità violata», Giusto processo*, 2003, 8, 1; Orlandi, *Profili di diritto processuale*, Dir. pen. proc., 2003, 1208; Orlandi-Grisolia-Pansini, *Lodo «Maccanico»: attuazione dell'art. 68 Cost. e sospensione dei processi per le alte cariche*, Dir. pen. proc., 2003, 1207, 1226 e 1233; Pugiotto, *Lodo Maccanico, una legge a rischio d'incostituzionalità*, Dir. e giustizia, 2003, 26, 8; Spangher, *«Lodo Maccanico» alla Consulta, con qualche perplessità*, Dir. e giustizia, 2003, 38, 8.

⁷ Il comma 1 stabiliva che: «Non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall'articolo 90 della Costituzione, il Presidente del Senato della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto previsto dall'articolo 96 della Costituzione, il Presidente della Corte costituzionale».

⁸ Il comma 2 stabiliva che: «Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono sospesi, nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 e salvo quanto previsto dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali in corso in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione

La Corte costituzionale, quasi immediatamente⁹, aveva cancellato quella "prerogativa personale" delle alte cariche dello Stato disegnata dal legislatore ordinario, dichiarando incostituzionale il marchingegno sospensivo costruito dalla l. n. 140 del 2003: per il Giudice delle leggi una simile sospensione, generale, automatica e di durata non determinata, inciderebbe, menomandolo, sul diritto di difesa tanto dell'imputato – che si trovava, suo malgrado, a dover scegliere tra continuare a svolgere l'alto incarico sotto il peso di un'imputazione che, in ipotesi, poteva concernere anche reati gravi e particolarmente infamanti, oppure dimettersi dalla carica ricoperta al fine di ottenere, con la continuazione del processo, l'accertamento giudiziale della propria innocenza, rinunciando al godimento di un diritto costituzionalmente garantito (art. 51 Cost.)¹⁰ – quanto del danneggiato dal reato che, anche ammessa la possibilità di trasferire l'azione in sede civile, doveva soggiacere alla sospensione prevista dall'art. 75, comma 3, c.p.p. Al tempo stesso, secondo la Corte, la norma censurata violava l'art. 3 Cost., in quanto accomunava in un'unica disciplina cariche diverse per fonti di investitura e per natura delle funzioni e distingueva per la prima volta, sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, i Presidenti delle Camere, del Consiglio dei ministri e della Corte costituzionale rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti¹¹.

Sempre nell'ottica di tutelare l'esigenza extra-processuale di assicurare il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono alle cariche apicali dello Stato, il Parlamento non aveva tardato a reintrodurre per esse un automatismo generalizzato di stasi procedimentale, "fingendo" di

delle medesime». L'articolo si chiudeva con il comma 3, secondo il quale «nelle ipotesi di cui ai commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 159 del codice penale».

⁹ C. cost., sent. 20 gennaio 2004, n. 24.

¹⁰ Così Conti, *Legittimo impedimento a comparire. Il legittimo impedimento ministeriale*, Libro dell'anno del diritto-Enc.giur., Roma, 2012, 747.

¹¹ Per un commento alla sentenza costituzionale n. 24 del 2004, cfr. Elia, *La corte ha fatto vincere la Costituzione*, Giur. cost., 2004, 394; Giostra, *Sospensione del processo a tutela della carica istituzionale?*, Dir. e giustizia, 2004, 5, 26; Girotto, *In margine alla sent. n. 120 del 2004: una legge «esplicativa» a contenuto costituzionalmente vincolato?*, Giur. cost., 2005, 1395; Orlandi, *Profili di diritto processuale*, Dir. pen. proc., 2003, 1207; Pace, *La l. 140/03 e i principi costituzionali violati*, Studi in onore di G. Ferrara, Torino, 2005, III, 15; Pugiotto, «Veto players» e dinamiche istituzionali nella vicenda del «lodo Maccanico», Quaderni cost., 2004, 267; Id., *Letture e riletture della sentenza costituzionale 24/04*, Giur. it., 2009, 778; Id., *Apparenza e sostanza normativa: i nodi costituzionali del «lodo Maccanico»*, Scritti in memoria di L. Paladin, Napoli, 2004, IV, 1801; Stammati, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplesso e non persuasivo*, Giur. cost., 2004, 398.

non vedere ciò che si intravedeva, in controtuce, nella trama argomentativa della pronuncia costituzionale e che era stato messo immediatamente "in chiaro" da autorevoli voci dottrinali: nella ricerca, legittima, di ulteriori meccanismi di schermatura delle più alte cariche istituzionali dall'accertamento giurisdizionale, la sospensione del processo penale è «opzione costituzionalmente e tecnicamente impraticabile»¹².

La l. 23 luglio 2008, n. 124¹³ – nota come lodo Alfano – aveva sì introdotto una serie di innovazioni, recependo alcune tra le esplicite censure mosse alla precedente novella dalla Consulta: la riduzione delle alte cariche da cinque a quattro, con la eliminazione del presidente della Corte costituzionale; la rinunciabilità alla sospensione da parte dell'alta carica¹⁴; la possibilità, nonostante la sospensione, di procedere all'assunzione delle prove non rinviabili¹⁵; la non reiterabilità della sospensione, salvo il caso di nuova nomina nel corso della stessa legislatura¹⁶; la possibilità per la parte civile di trasferire l'azione in sede civile¹⁷. Restava il fatto, però, che essa, come la normativa precedente, «imponesse alla giurisdizione penale una sorta di *stand by* in ragione

del *munus publicum* di cui era gravato l'imputato¹⁸, che di fatto diveniva improcessabile per tutto il tempo del suo mandato»¹⁹.

E così, anche tale novella, nei suoi gangli nevralgici, non era passata indenne dallo scrutinio della Corte costituzionale²⁰, che ne aveva dichiarato l'illegittimità per violazione degli artt. 3 e 138 Cost. Sotto quest'ultimo profilo, secondo il Giudice delle leggi, le prerogative degli organi costituzionali dovevano avere una copertura costituzionale²¹, in quanto «istituti che configurano particolari *status* protettivi dei componenti degli organi; istituti che sono, al tempo stesso, fisiologici al funzionamento dello Stato e derogatori rispetto al principio di uguaglianza tra cittadini», frutto, quindi, di un bilanciamento e assetto di interessi costituzionali che «non è consentito al legislatore ordinario alterare né in *peius* né in *melius*»²².

¹² Giostra, *Sospensione del processo*, cit., 26.

¹³ Recante «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato». Per alcuni commenti alla l. n. 124 del 2008, v. AA.VV., *Il lodo ritrovato. Una «quaestio» e un referendum sulla l. n. 124 del 2008*, Bin-Brunelli-Guazzarotti-Pugiotto-Veronesi (a cura di), Torino, 2009; Bellagamba-Cecchetti-Frigo, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche*, *Dir.pen.proc.*, 2008, 1213; Bin E Zanon, *I molteplici volti della «sentenza Alfano»*, *Dir.pen.proc.*, 2010, 41; Ferrarella, *Lodo Alfano e processi «a quo»*, Celotto (a cura di), *Il lodo Alfano. Prerogativa o privilegio?*, Roma, 2009, 127; Ferri, *La sospensione dei processi riguardanti le alte cariche dello Stato nella l. n. 124 del 2008*, *Giur. merito*, 2009, 43; Frigo, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. Profili procedurali*, *Dir.pen.proc.*, 2008, 1231; Marzaduri-Salerno, *Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*, *Guida al dir.*, 2008, 32, 6; Modugno-Carnevale-Pugiotto-Ruotolo-Costanzo, *La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, *Giur. it.*, 2009, 767; Pace, «Cinque pezzi facili»: *l'incostituzionalità della legge Alfano*, *Questioni giustizia*, 2008, 4, 7.

¹⁴ «L'imputato o il suo difensore munito di procura speciale può rinunciare in ogni momento alla sospensione» (comma 2).

¹⁵ «La sospensione non impedisce al giudice, ove ne ricorrano i presupposti, di provvedere, ai sensi degli articoli 392 e 467 del codice di procedura penale, per l'assunzione delle prove non rinviabili» (comma 3).

¹⁶ «La sospensione opera per l'intera durata della carica o della funzione e non è reiterabile, salvo il caso di nuova nomina nel corso della stessa legislatura né si applica in caso di successiva investitura in altra delle cariche o delle funzioni» (comma 5).

¹⁷ «Nel caso di sospensione, non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3, del codice di procedura penale. Quando la parte civile trasferisce l'azione in sede civile, i termini per comparire, di cui all'articolo 163-bis del codice di procedura civile, sono ridotti alla metà, e il giudice fissa l'ordine di trattazione delle cause dando precedenza al processo relativo all'azione trasferita» (comma 6).

¹⁸ «Salvi i casi previsti dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali nei confronti dei soggetti che rivestono la qualità di Presidente della Repubblica, di Presidente del Senato della Repubblica, di Presidente della Camera dei deputati e di Presidente del Consiglio dei Ministri sono sospesi dalla data di assunzione e fino alla cessazione della carica o della funzione. La sospensione si applica anche ai processi penali per fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione» (comma 1). «Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai processi penali in corso, in ogni fase, stato o grado, alla data di entrata in vigore della presente legge» (comma 7).

¹⁹ Giostra, «Repetita non iuvant», *Giur. cost.*, 2009, 3708.

²⁰ C. cost., sent. 19 ottobre 2009 n. 262.

²¹ V. gli artt. 68, 90, 96 Cost., rispettivamente per il Parlamento, il Presidente della Repubblica e il Governo.

²² Per alcuni commenti alla pronuncia della Corte costituzionale n. 262 del 2009, nel vasto panorama dottrinale, v. Azzariti, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e comunicati «irrituali» della presidenza della repubblica: «su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere»*, *Giur. cost.*, 2009, 3999; Carlassare, *Indicazioni sul legittimo impedimento e punti fermi sulla posizione del presidente del consiglio in una decisione prevedibile*, *Giur. cost.*, 2009, 3705; Celotto, *I «comunicati stampa» aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?*, *ibid.*, 3728; D'Andrea, *La corte non è andata in letargo nel lungo inverno costituzionale italiano*, *ibid.*, 3718; Ferri, *La prerogativa della sospensione del processo penale per le alte cariche dello Stato esige una legge costituzionale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2081; Giupponi, *La sentenza sul «lodo Alfano»: quali prospettive*, *Quaderni cost.*, 2009, 929; Giostra, «Repetita non iuvant», cit., 3709; Grevi, *Sull'inidoneità della legge ordinaria a disciplinare regimi processuali differenziati per la tutela delle funzioni di organi costituzionali (a proposito dell'incostituzionalità del c.d. «lodo Alfano»)*, *Cass. pen.*, 2009, 4535; Marzaduri, *Il futuro della norma è già segnato dalla giurisprudenza costituzionale*, *Guida al dir.*, 2008, 32, 9; Marzaduri-Modugno, *Introduzione a La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, *Giur. it.*, 2009, 772; Orlandi, *Illegittimi privilegi*, *Cass. pen.*, 2010, 42; Pace, *Il giudicato implicito della sent. n. 24 del 2004 relativamente alla inidoneità della legge ordinaria a disciplinare ipotesi di improcedibilità penal-processuali in deroga agli artt. 3 e 24 Cost.*, *Giur. cost.*, 2009, 3702; Id., «Cinque pezzi facili»: *l'incostituzionalità della legge Alfano*, Id., *I limiti del potere*, Napoli, 2008, 175; Pertici, *nota a Corte cost. 19 ottobre 2009, n. 262*, *Giur. cost.*, 2009, 3698; Pugiotto, *La seconda volta*, *Cass. pen.*, 2010, 55; Ruggeri, *Sospensione dei processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, tutela del sereno esercizio delle funzioni, legittimo impedimento a comparire al*

INTEGRITÀ FUNZIONALE DEL GOVERNO E SPEDITEZZA DEL PROCESSO

La normativa sottoposta al vaglio della Corte, assicurando una temporanea sottrazione alla giurisdizione penale dei titolari degli organi di vertice dello Stato, tramite la sospensione di tutti i processi a loro carico per l'intera durata del mandato, presentava le connotazioni tipiche della "prerogativa costituzionale". Pertanto, «essendo stata introdotta per via ordinaria, la sua illegittimità era un risultato scontato, come lo è quello di un'equazione»²³.

Dopo aver ravvisato un *deficit* formale nella natura ordinaria della l. n. 124 del 2008, la Corte aveva significativamente posto in evidenza come il meccanismo immunitario da questa introdotto producesse anche un *vulnus* all'art. 3 Cost. Non solo «sotto il profilo della disparità di trattamento fra Presidenti e i componenti degli organi costituzionali» e «sotto quello della parità di trattamento di cariche tra loro disomogenee»²⁴, ma anche sotto un'altra prospettiva: la normativa denunciata – al pari di quella già dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 24 del 2004 – continuava a prevedere, per tutti i reati extrafunzionali, un meccanismo generale e automatico di *black out* processuale²⁵, che non poteva «trovare ragionevole giustificazione in un supposto maggiore disvalore dei reati funzionali rispetto a tutti, indistintamente, gli altri reati». Permanendo queste ingiustificate disparità di trattamento, la mera riproposizione, pur nelle più impegnative forme dell'art. 138 Cost., della normativa appena bocciata dalla Corte non si sarebbe sottratta, dunque, alle censure di incostituzionalità²⁶.

Ancora una volta il legislatore, guidato dalla persistente "volontà politica" di tutelare l'esercizio di "alcune" cariche istituzionali rispetto all'incedere della giurisdizione, aveva percorso la strada del "letargo processuale", pur sforzandosi di introdurre una disciplina che, in qualche modo, tenesse conto delle esperienze pregresse.

processo, Id., 2009, 4517; Ruotolo, *Legge Alfano e vizio da riproduzione di norme dichiarate incostituzionali*, *Giur. it.*, 2009, 782; Sperti, *La sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato, dal lodo Schifani al lodo Alfano*, Panizza-Romboli (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Padova, 2009, 301.

²³ Giostra, «Repetita non iuvent», cit., 3708.

²⁴ Sotto il primo aspetto la Corte, con riguardo alla funzione di governo e parlamentare, escludeva che vi fosse una «preminenza» del Presidente del Consiglio rispetto ai ministri o una «significativa preminenza» dei Presidenti delle camere sugli altri parlamentari. Sotto il secondo aspetto la Corte rilevava come gli invocati caratteri di «legittimazione popolare» o di «natura politica della funzione» fossero elementi comuni ad altri organi statali e non (ad esempio parlamentari, ministri, presidenti delle giunte regionali, consiglieri regionali) e «pertanto inidonei a configurare un'omogeneità di situazioni» che giustificasse «una parità di trattamento quanto alle prerogative».

²⁵ L'espressione è di Giostra, «Repetita non iuvent», cit., 3708.

²⁶ Così Giostra, «Repetita non iuvent», cit., 3708.

La l. n. 51 del 2010²⁷, che si riferiva esclusivamente al *Premier* ed ai Ministri²⁸, tracciava un espresso collegamento con la regolamentazione codicistica del legittimo impedimento e si poneva come legge speciale finalizzata a tipizzare alcune ipotesi (art. 1)²⁹. Inoltre, si configurava come disciplina – ponte³⁰ destinata ad essere applicata nelle more dell'entrata in vigore di una legge costituzionale da emanarsi non oltre diciotto mesi e finalizzata a ridisciplinare *funditus* le prerogative dei predetti organi, onde consentire loro il sereno svolgimento delle rispettive funzioni (art. 2, comma 1)³¹.

²⁷ Per un commento alla legge v. Moscarini, *Funzioni ministeriali e legittimo impedimento a comparire nell'udienza penale*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1143 ss.

²⁸ V. le acute osservazioni di Pace, *Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia*, in *AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti)*, *Riv.* n. 1/2011, 10, il quale evidenzia come, dei tre provvedimenti «al di là delle apparenze, il beneficiario è uno solo, sia perché è l'unico che appare sempre, sia perché sono le sue vicende processuali anteriori alla carica ad evidenziarlo. Gli altri soggetti indirettamente beneficiati in considerazione della carica ricoperta sono – *absit iniuria verbis!* – soltanto dei comprimari utili ad un solo scopo: quello di evitare che anche il più sciocco elettore si renda conto della gravità del privilegio personale che, sotto le mentite spoglie di una prerogativa della carica, viene riconosciuto ad un singolo soggetto». Sul punto cfr. anche Giostra, «Repetita non iuvent», cit., 3708.

²⁹ «Per il Presidente del Consiglio dei ministri costituisce legittimo impedimento, ai sensi dell'art. 420 *ter* del codice di procedura penale, a comparire nelle udienze dei procedimenti penali, quale imputato, il concomitante esercizio di una o più delle attribuzioni previste dalle leggi o dai regolamenti e, in particolare, dagli artt. 5, 6 e 12 della l. 23.8.1988, n. 400, dagli artt. 2, 3 e 4 del d. lgs. 30.7.1999, n. 303 e dal regolamento interno del Consiglio dei ministri, di cui al d.p.c.m. 10 novembre 1993, delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di governo» (art. 1, comma 1). «Per i ministri costituisce legittimo impedimento, ai sensi dell'art. 420 *ter* c.p.p., l'esercizio delle attività previste dalle leggi e dai regolamenti che ne disciplinano le attribuzioni, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di governo» (art. 1, comma 2). «Nelle suddette ipotesi, il giudice, su richiesta di parte, deve rinviare il processo ad altra udienza» (art. 1, comma 3). «Qualora la Presidenza del Consiglio dei ministri attesti che l'impedimento risulta continuativo e correlato allo svolgimento delle menzionate funzioni, il giudice deve rinviare il processo ad udienza successiva e comunque non oltre sei mesi» (art. 1, comma 4).

³⁰ Come ha sottolineato Pace, *Le immunità penali extrafunzionali*, cit., 15.

³¹ Secondo l'art. 2, comma 2, della legge in questione, «Le disposizioni di cui all'articolo 1 si applicano fino alla data di entrata in vigore della legge costituzionale recante la disciplina organica delle prerogative del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, nonché della disciplina attuativa delle modalità di partecipazione degli stessi ai processi penali e, comunque, non oltre diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, salvi i casi previsti dall'articolo 96 della Costituzione, al fine di consentire al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri il sereno svolgimento delle funzioni loro attribuite dalla Costituzione e dalla legge». Giova evidenziare che dal giugno 2010 le Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia del senato hanno lavorato in sede referente sul provvedimento. Si tratta

Anche in questo caso erano stati diagnosticati, quasi immediatamente, una serie di dubbi di compatibilità con la Carta fondamentale, tanto è vero che plurime erano state le ordinanze di rimessione alla Consulta³². Secondo i giudici *a quibus*, la legge individuava con formule generiche ed indeterminate le attività costituenti legittimo impedimento del titolare di una carica governativa e sottraeva al giudice il potere di valutare in concreto l'impossibilità a comparire connessa allo specifico impegno addotto, soprattutto nell'ipotesi di impedimento continuativo, nella quale l'imputato avrebbe potuto ottenere il rinvio mediante un "meccanismo di autocertificazione". Ne sarebbe derivata una "presunzione assoluta di impedimento", collegata non ad un fatto contingente bensì allo "status permanente" della titolarità della carica, o comunque una prerogativa o immunità del titolare non veicolabile da una legge ordinaria³³.

La Consulta³⁴, ripercorsi i suoi precedenti *dicta* in tema di sospensione dei processi per le alte cariche

del c.d. Lodo Alfano costituzionalizzato n. 2180 AS (XVI leg.), sottoposto attualmente all'esame del Senato, secondo il quale, «quando l'autorità giudiziaria ordinaria esercita l'azione penale nei confronti del Presidente della Repubblica o del Presidente del Consiglio anche per i processi in corso ed anche in relazione a fatti antecedenti all'assunzione della carica e nei confronti dei Ministri solo per fatti successivi all'assunzione della carica, ne dà rispettivamente immediata comunicazione al Senato, per il Presidente della Repubblica, e alla Camera di appartenenza, per il Presidente del Consiglio e per i Ministri, trasmettendo gli atti del procedimento. Entro il termine di novanta giorni, nel corso dei quali il procedimento è sospeso, il Parlamento in seduta comune – per il Presidente della Repubblica – e la Camera di appartenenza – per il Premier e per i Ministri – possono disporre la sospensione del processo. La sospensione del processo opera per l'intera durata della carica o della funzione e il corso della prescrizione rimane a sua volta sospeso per tutta la durata della sospensione. Nel caso vi sia costituzione di parte civile, la parte può trasferire l'azione in sede civile». Per i dubbi di legittimità costituzionale che si annidano tra le maglie di questo provvedimento normativo si rinvia a Pace, *Le immunità penali extrafunzionali*, cit., 16 ss.

³² V. Trib. Milano, ord. 16 aprile 2010, *Foro it.*, 2010, II, 355; ord. 19 aprile 2010, *Corriere giur.*, 2010, 643; G.i.p. Trib. Milano, ord. 24 giugno 2010, *Foro it.*, *Le banche dati, archivio Merito ed extra*, 2010.311.1.

³³ D'altro canto, gli stessi estensori della novella n. 51 del 2010, evidenziato il carattere di "legge-ponte", finiscono implicitamente per ammettere che, «per disciplinare il legittimo impedimento del Premier e dei Ministri, occorre una legge costituzionale e che il tentativo di anticiparne l'efficacia con una legge ordinaria è un fuori d'opera. Se infatti è la stessa legge n. 51 a riconoscere che l'altra parte del ponte – quella ancora da costruire – sarà posta cento metri più in alto (con legge costituzionale), come può il legislatore ordinario pretendere di collegarvisi, sia pure transitoriamente, avendo consapevolmente collocato la legge n. 51 del 2010 cento metri più in basso?»: così Pace, *Le immunità penali extrafunzionali*, 14-15.

³⁴ C. cost., sent. 25 gennaio 2011, n. 23. Per un commento alla pronuncia v. Moscarini, *L'onere di provare l'impedimento ministeriale*, *Dir.pen.proc.*, 2011, 305 ss.

dello Stato³⁵ e di conflitti di attribuzione³⁶, aveva ricostruito, in un cammino di progressiva maturazione, il quadro di riferimento, lasciandosi guidare da quelle direttrici stratificatesi nella sua giurisprudenza: il principio di leale collaborazione³⁷ e quello di eguale sottoposizione di tutti i cittadini alla legge e alla giurisdizione³⁸; la piena applicabilità delle regole generali del processo anche nei confronti dell'imputato parlamentare³⁹; l'equilibrio tra organismi costituzionali e poteri dello Stato⁴⁰; la necessità – ma non anche la sufficienza⁴¹ – di una legge costituzionale per l'introduzione di prerogative in favore di titolari di cariche pubbliche⁴².

Il risultato era stata una pronuncia di parziale illegittimità della normativa nel mirino: focalizzata l'attenzione sulla disciplina di cui all'art. 420 *ter* c.p.p. – che, a giudizio della Corte, rappresentava il termine di riferimento per valutare se la novella censurata, derogando alle ordinarie norme processuali, introduceva, con legge ordinaria, una prerogativa la cui disciplina era riservata alla Costituzione – e, messo a fuoco, da un lato, il difficile compito, in capo al giudicante, di individuare i corretti criteri interpretativi ed applicativi volti a stabilire se ed in che limiti gli impedimenti legittimi rivestano il carattere di assolutezza, dall'altro, la natura dell'istituto, finalizzato alla ricerca di un ragionevole temperamento tra pieno esercizio del diritto di difesa e buon andamento della giustizia penale – da effettuare mediante un accertamento di fatto, caso per caso, e in concreto, tenendo conto, laddove l'imputato rivesta qualifiche pubbliche, anche dell'esigenza della collettività a che lo stesso svolga la funzione di cui è investito –, la Corte aveva espunto i commi 3 e 4 dell'art. 1 della legge in questione⁴³

³⁵ Il riferimento è a C. cost., sent. 19 ottobre 2009, n. 262, cit. e a C. cost., sent. 20 gennaio 2004 n. 24, cit.

³⁶ C. cost., sent. 15 dicembre 2005, n. 451; C. cost., sent. 28 luglio 2004, n. 284; C. cost., sent. 22 luglio 2003, n. 263; C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 225.

³⁷ C. cost., sent. 15 dicembre 2005, n. 451, cit.; C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 225, cit.; C. cost., sent. 23 novembre 1994, n. 403; C. cost., sent. 27 luglio 1992, n. 379.

³⁸ C. cost., sent. 20 gennaio 2004, n. 24, cit.

³⁹ C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 225, cit.

⁴⁰ C. cost., sent. 15 dicembre 2005, n. 451, cit., nonché C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 225, cit.; nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2002, n. 7798, *Cass. pen.*, 2003, 166.

⁴¹ Sul punto, con la consueta lucidità, Giostra, «Repetita non iuvant», cit., 3708.

⁴² C. cost., sent. 19 ottobre 2009 n. 262, cit.; C. cost., sent. 4 maggio 2007, n. 149; C. cost., sent. 16 aprile 2004, n. 120; C. cost., sent. 20 gennaio 2004, n. 24, cit.

⁴³ Secondo la Corte, la disciplina dell'art. 1, commi 3 e 4, risultava derogatoria rispetto a quella comune perché non richiamava l'art. 420 *ter* c.p.p. e, dunque, tracciava una regolamentazione che non integrava, bensì sostituiva quella codicistica, stabilendo dei veri e propri automatismi generalizzati che impedivano al

INTEGRITÀ FUNZIONALE DEL GOVERNO E SPEDITEZZA DEL PROCESSO

e, nel contempo, aveva fornito una interpretazione adeguatrice al dettato costituzionale del comma 1.

Secondo la Corte, quest'ultimo comma non prevedeva una "presunzione assoluta di legittimo impedimento" e non imponeva alcun automatismo, trattandosi di una norma meramente interpretativa dell'ambito di applicazione di un istituto processuale. Essa si limitava ad introdurre un criterio volto ad "orientare" il giudice nell'applicazione dell'art. 420 *ter* c.p.p. mediante l'individuazione, in astratto, delle categorie di attribuzioni governative a tal fine rilevanti, da ricondurre alla categoria di genere – enunciata in chiusura della predetta norma – delle attività «comunque coesenziali alla funzione tipica del Governo», previste dalle fonti normative espressamente menzionate, di quelle rispetto ad esse preparatorie e, infine, di quelle consequenziali. Ad avviso della Corte costituzionale un simile criterio legislativo era compatibile con i tratti essenziali del regime processuale comune posto che la disposizione censurata non consentiva al Presidente del Consiglio dei ministri di addurre come impedimento il generico dovere di esercitare le attribuzioni da essa previste, ma occorreva sempre, secondo la logica dell'art. 420 *ter* c.p.p., che l'imputato specificasse la natura dell'impedimento, adducendo un preciso e puntuale impegno riconducibile alle ipotesi indicate⁴⁴, e il giudice rimaneva libero di risolvere di volta in volta il conflitto tra tutela delle funzioni di governo e buon andamento della funzione giurisdizionale.

Dopo neanche sei mesi dalla pronuncia della Consulta, un *referendum* abrogativo⁴⁵ ha sepolto la l. n. 51 del 2010 ripristinando, per il Presidente del Consiglio dei Ministri e per i ministri, la piena operatività delle regole ordinarie stabilite dall'art. 420 *ter* c.p.p.

LEGITTIMO IMPEDIMENTO PER "MOTIVI ISTITUZIONALI" E LEALE COLLABORAZIONE

Le acque tempestose nelle quali ha navigato l'istituto del legittimo impedimento "per motivi istituzionali", sfociate nel naufragio della l. n. 51 del 2010,

giudice, ai fini del rinvio dell'udienza, di valutare in concreto la sussistenza in fatto dell'impedimento e il carattere assoluto e attuale dello stesso.

⁴⁴ Conti, *Legittimo impedimento a comparire*, cit., 747.

⁴⁵ Si tratta del *referendum* tenutosi il 12 e il 13 giugno 2011 (con altri tre *referendum*, due sulla privatizzazione della gestione dell'acqua e uno sulla costruzione di nuove centrali nucleari). Il *quorum* necessario è stato ottenuto, con il 54,78% degli elettori votanti e la stragrande maggioranza (più precisamente, poco meno del 95%) dei voti validi si è espressa a favore dell'abrogazione.

non hanno travolto gli insegnamenti consolidati nella giurisprudenza costituzionale, che possono così sintetizzarsi: la posizione dell'imputato, che sia membro del Governo (o del Parlamento), di fronte alla giurisdizione penale non è assistita da speciali garanzie costituzionali; non vi possono essere deroghe «rispetto al normale svolgimento della attività giurisdizionale e all'applicazione delle comuni regole sostanziali e processuali che concernono la posizione dell'imputato nel processo penale».

Fra queste, trovano applicazione le norme che sanciscono il diritto dell'imputato di partecipare alle udienze e, correlativamente, il dovere del giudice di rinviare le stesse nel caso in cui risulti una impossibilità "assoluta" per l'imputato di essere presente per caso fortuito, forza maggiore o "altro legittimo impedimento" (artt. 420 *ter* e 484 c.p.p.).

In particolare, quando il legittimo impedimento derivi non già da materiale impossibilità, ma dalla sussistenza di attività coesenziali alla funzione di governo di cui sia titolare l'imputato, spetta al giudice stabilire, sempre in base alle ordinarie regole del processo, di volta in volta, e in concreto, se e in che limiti queste ultime rivestano tale carattere di assolutezza da dover essere equiparate, secondo il dettato dell'art. 420 *ter*, a cause di forza maggiore⁴⁶.

In questa specifica attività di accertamento, l'autorità giudiziaria, – come ogni altro potere, allorché agisce nel campo suo proprio e nell'esercizio delle sue competenze – deve ispirarsi al principio di leale collaborazione; deve, cioè, tener conto, «non solo delle esigenze delle attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri, che vengano in considerazione ai fini dell'applicazione delle regole comuni», e così «ai fini dell'apprezzamento degli impedimenti invocati per chiedere il rinvio dell'udienza»⁴⁷. Il giudice, dunque, non può, al di fuori di un ragionevole bilanciamento fra le due esigenze, entrambe di valore costituzionale, della speditezza del processo e della integrità funzionale del Governo, far prevalere solo la prima, ignorando totalmente la seconda.

Ma il canone di leale collaborazione ha natura "bidirezionale": esso irradia anche il Presidente del Consiglio dei ministri, giacché la programmazione degli impegni governativi può incidere sullo svolgimento della funzione giurisdizionale. La leale collaborazione deve esplicarsi, dunque, mediante soluzioni procedurali ispirate al coordinamento dei rispettivi calendari, nel rispetto dei relativi impegni

⁴⁶ C. cost., sent. 25 gennaio 2011, n. 23, cit.

⁴⁷ C. cost., sent. 25 gennaio 2011, n. 23, cit.

e delle funzioni che in essi si manifestano⁴⁸. Così, per un verso, il giudice deve definire il calendario delle udienze tenendo conto degli impegni del *Premier* riconducibili ad attribuzioni coesenziali alla funzione di governo e in concreto assolutamente indifferibili. Per altro verso, il Presidente del consiglio dei ministri deve programmare i propri impegni tenendo conto, nel rispetto della funzione giurisdizionale, dell'interesse alla speditezza del processo che lo riguarda e riservando, a tale scopo, spazio adeguato nella propria agenda.

LA DECISIONE DELLA CONSULTA

Ricomposto il mosaico dei progressivi insegnamenti della Corte costituzionale in materia, è possibile fare chiarezza sulla questione posta nella sentenza in epigrafe⁴⁹.

Un primo dato appare inconfutabile. La partecipazione ad una riunione del Consiglio dei ministri può costituire, in astratto, una ipotesi di legittimo impedimento. Lo ha detto, *claris verbis*, la Corte costituzionale quando ha, in parte, "riscritto" e, in parte, cancellato⁵⁰ la legge n. 51 del 2010⁵¹. Lo ammettevano serenamente, anche prima dell'approvazione di tale legge, i giudici di legittimità: essa rientra tra gli impegni di governo ai quali deve essere riconosciuta l'attitudine a determinare un'impossibilità a comparire, in quanto compresa tra le attività istituzionali «riconducibili [...] alla sfera di attribuzioni previste dagli articoli da 92 a 96 della Costituzione» e «coesenzial[i] alla funzione tipica del Governo»⁵².

E anche un altro fatto è certo: spetta ai «competenti organi della giurisdizione» valutare che il tipo di impegno dedotto, pur quando riconducibile «ad attribuzioni coesenziali alle funzioni di governo»,

determini in concreto una «assoluta impossibilità di comparire» in udienza, in quanto «oggettivamente indifferibile e necessariamente concomitante con l'udienza di cui è chiesto il rinvio».

Spetta, invece, alla Corte costituzionale verificare, alla luce del principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato, se l'autorità giudiziaria abbia leso le prerogative costituzionali dell'organo esecutivo con un "cattivo esercizio" del proprio potere di valutare in concreto il carattere dell'impedimento.

Nel caso di specie, per la Consulta, non vi è stato "cattivo esercizio". E come darle torto.

Va innanzi tutto ricordato che in due precedenti circostanze il canone di leale collaborazione era stato pienamente rispettato tanto dal Presidente del Consiglio dei ministri quanto dall'autorità giudiziaria. Dal *Premier* perché, nel richiedere il rinvio dell'udienza, aveva, nella prima occasione, motivato la "non rinviabilità" dell'impegno dedotto e, nella seconda occasione, precisato che la programmazione di esso sfuggiva alla sua disponibilità; in entrambi i casi, si era, poi, attivato per la definizione di un nuovo calendario di udienze⁵³. Dal Tribunale perché,

⁵³ Nella prima circostanza, all'udienza del 16 novembre 2009, il Tribunale aveva accolto la richiesta di rinvio per legittimo impedimento così formulata: il Presidente del Consiglio dei ministri «è impegnato, come risulta dall'allegata certificazione, presso la FAO in Roma in occasione del vertice mondiale sulla sicurezza alimentare, per l'intera giornata, e [...] tale impegno non è rinviabile e non consente in alcun modo la presenza in udienza». Inoltre, in quella occasione, il Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri aveva indicato altre date utili, così consentendo il rinvio all'udienza del 18 gennaio 2010. Il Segretario generale, infatti, aveva comunicato al giudice che «il Presidente del Consiglio per il mese di novembre e il mese di dicembre ha nella sua agenda impegni istituzionali, la maggior parte dei quali già prefissati da molto tempo, che non consentono di individuare una giornata libera per intervenire alle udienze dei processi pendenti avanti al Tribunale di Milano», precisando «di aver individuato due date utili nelle quali il Presidente del Consiglio [...] potrà essere presente nel mese di gennaio 2010: in particolare nei giorni 18 e 25». Nella seconda circostanza, all'udienza del 25 gennaio 2010 – in riferimento alla quale l'imputato, con lettera datata 21 gennaio 2010, pur dichiarando di essere «legittimamente impedito» a comparire, aveva consentito che si procedesse in sua assenza, essendo la medesima udienza «dedicata» esclusivamente «a questioni processuali» –, il giudice aveva accolto una nuova richiesta di rinvio dell'udienza del 1° febbraio 2010 per legittimo impedimento, nonostante tale richiesta non fosse stata esplicitamente motivata circa la "non rinviabilità" dell'impegno dedotto («visita ufficiale presso lo Stato di Israele»). Anche in tale occasione, il Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri aveva indicato una data alternativa: con la lettera del 25 gennaio 2010, segnalava che «il Presidente del Consiglio aveva individuato già una data utile per la partecipazione ad un [altro] processo» e comunicava che «l'unica data disponibile, tenuto conto dei numerosissimi impegni istituzionali già previsti o sopravvenuti e non rinviabili, è da individuarsi nel giorno 1° marzo 2010». Come avvenuto all'udienza del 16 novembre 2009, il Tribunale aveva rinviato alla prima data utile indicata dal Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri, vale a dire al 1° mar-

⁴⁸ C. Cost., sent. 15 dicembre 2005, n. 451, cit.; C. cost., sent. 28 luglio 2004, n. 284, cit.; C. cost., sent. 22 luglio 2003, n. 263, cit.; C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 225, cit.

⁴⁹ Va precisato che l'udienza di cui l'imputato ha chiesto e non ottenuto il rinvio è quella del 1° marzo 2010; data in cui non era stata ancora emanata la legge n. 51 del 2010 ed era stato già ghigliottinato dalla Consulta il Lodo Alfano; la normativa di riferimento, dunque, è quella codicistica. Giova evidenziare anche che l'abrogazione referendaria della legge n. 51 del 2010, decretata con il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 115, è intervenuta successivamente al ricorso in esame, depositato in data 22 aprile 2011.

⁵⁰ L'espressione è di Calò, *Osservazioni a C. Cost.* 25 gennaio 2011 n. 23, *Foro it.*, 2011, I, 297.

⁵¹ Il riferimento è alla pronuncia del 2011 n. 23.

⁵² Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2004, n. 10773, *CED Cass.*, 227990. Come ha precisato la Cassazione, anche per il parlamentare la partecipazione ad una seduta della Camera di appartenenza ben può costituire legittimo impedimento per fondare la richiesta di rinvio del dibattimento: Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2002, n. 7798, *CED Cass.*, 220947.

INTEGRITÀ FUNZIONALE DEL GOVERNO E SPEDITEZZA DEL PROCESSO

nell'accogliere le richieste formulate dall'imputato (ridefinendo il calendario delle udienze e rinviando il processo alle date indicate dal medesimo), aveva tenuto conto del dovere di quest'ultimo «di assolvere le funzioni pubbliche assegnategli», riducendo al minimo possibile «l'incidenza indiretta» della funzione giurisdizionale «sull'attività del titolare della carica governativa»⁵⁴.

Nella vicenda in esame, invece, un duro colpo è stato inferto al canone di leale collaborazione, non dall'autorità giudiziaria, bensì dal Presidente del Consiglio dei Ministri che avrebbe dovuto, quanto meno, motivare la "non rinviabilità" dell'impegno dedotto e l'inderogabile necessità di fissare la riunione in una data coincidente proprio con l'unico giorno d'udienza precedentemente comunicato come utile per la sua partecipazione⁵⁵; e magari precisare, *ad abundantiam*, quale fosse l'esigenza di presiedere la riunione del Consiglio dei ministri senza ricorrere alla supplenza del vicepresidente del Consiglio o del ministro più anziano⁵⁶; e, infi-

zo 2010, procedendo contestualmente a cancellare tre udienze già calendarizzate per i giorni 1°, 8 e 22 febbraio 2010.

⁵⁴ C. cost., sent. 25 gennaio 2011, n. 23, cit.

⁵⁵ La data 1° marzo 2010 era stata precedentemente concordata tra le parti il 25 gennaio 2010, sulla base della comunicazione fornita dall'imputato; la riunione del Consiglio dei ministri era stata convocata per il 26 febbraio 2010 e in data 24 febbraio 2010 era stata posticipata per lo stesso 1° marzo.

⁵⁶ L'articolo 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 novembre 1993 (Regolamento interno del

ne, attivarsi per la definizione di un nuovo calendario.

In definitiva, se l'esercizio della funzione giurisdizionale non prevale aprioristicamente sulla politica e, a sua volta, la politica non può prevalere aprioristicamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale e se al contemperamento tra i due interessi di rilievo costituzionale provvede, secondo i principi del nostro Stato di diritto, il giudice, con una decisione che va adottata di volta in volta, secondo le comuni regole⁵⁷, deve concludersi che il Tribunale di Milano, nel caso *de quo*, ha operato correttamente il bilanciamento tra i due valori costituzionali in gioco: ove avesse rinviato l'udienza, pur nella impossibilità di verificare in concreto, secondo i parametri enunciati, il carattere assoluto dell'impedimento dedotto dall'imputato, la funzione giudiziaria ne sarebbe risultata totalmente svilita. E allora sì che si sarebbe configurato un "cattivo esercizio" del potere giurisdizionale.

Consiglio dei ministri) prevede espressamente l'ipotesi di assenza o impedimento temporaneo del Presidente del Consiglio dei ministri, attribuendo le relative funzioni, ai sensi dell'art. 8 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), al «vicepresidente del Consiglio» o, «qualora vi siano più vicepresidenti, [al] più anziano secondo l'età; in mancanza, [al] Ministro più anziano» Un'ipotesi che – come evidenzia la Consulta – nella XVI legislatura, si è verificata in oltre il dieci per cento delle riunioni.

⁵⁷ C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 225, cit.

Legittimazione della parte civile ad appellare la sentenza di condanna che non subordini la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno

Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 15 febbraio 2013, n. 22342 – Pres. Casucci; Rel. Fiandanese

La parte civile è legittimata a proporre impugnazione ex art. 576 c.p.p. avverso il capo della sentenza di condanna che non abbia subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno.

[*Omissis*]

Il Tribunale di Teramo, con sentenza in data 3 marzo 2009, dichiarava *Omissis* e *Omissis*, colpevoli, in concorso, di due reati di truffa aggravata, mentre assolveva in ordine agli stessi reati *Omissis* per non aver commesso il fatto. Gli imputati dichiarati colpevoli venivano condannati ciascuno alla pena di mesi cinque di reclusioni ed euro quattrocentocinquanta di multa con il beneficio della sospensione condizionale della pena, oltre al risarcimento del danno in favore della parte civile, con provvisoria immediatamente esecutiva.

Secondo le imputazioni, i *Omissis*, in concorso tra loro, con artifici e raggiri consistiti nel garantire il buon esito del pagamento, avevano, in più occasioni, a *Omissis*, nella sua qualità di legale rappresentante della *Omissis*, a titolo di corrispettivo di autovetture usate, assegni postdatati, di cui solo il primo venne regolarmente monetizzato, mentre gli altri rimanevano insoluti per mancanza di fondi.

Avverso la sentenza proponevano appello il difensore degli imputati condannati, il Procuratore della Repubblica ed il difensore della parte civile. La Corte di Appello con sentenza in data 12 dicembre 2011 dichiarava colpevole dei reati ascritti anche *Omissis* e, in accoglimento dell'appello della parte civile, subordinava il beneficio della pena sospesa al pagamento della disposta provvisoria.

Propone ricorso per cassazione il difensore degli imputati, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione ed erronea applicazione delle norme processuali e sostanziali. Il ricorrente, dopo aver affermato che il semplice rilascio di un assegno a vuoto o postdatato non costituisce di per sé artificio o raggirone idoneo ai fini della sussistenza del delitto di truffa, censura la sentenza impugnata nella parte in cui, dopo avere dato atto del fallimento, nel corso dell'anno 2008, della società *Omissis*, in nome della quale operarono gli imputati, ritiene già in atto il dissesto al momento dell'acquisto delle autovetture avvenuto nell'anno 2006. Secondo il ricorrente sarebbe incongruo il riferimento ai tempi tecnici per la conclusione di una procedura fallimentare, così come sarebbe illogica la valorizzazione in senso negativo del pagamento del primo assegno, anch'esso postdatato, poiché non si comprenderebbe a cosa dovesse essere finalizzata l'iniziale dimostrazione di solvibilità, in quanto il pagamento del primo assegno avvenne quando le autovetture erano già state ritirate. Il ricorrente aggiunge che la trattativa era avvenuta tra venditori di auto, soggetti tutt'altro che sprovveduti per definizione.

Con riferimento alla posizione di *Omissis*, il difensore ricorrente rileva che la sentenza impugnata non evidenzia la condotta ascrivibile a costui del quale neppure era certa l'identità ed afferma, inoltre, che sarebbero sta-

LEGITTIMAZIONE DELLA PARTE CIVILE AD APPELLARE LA SENTENZA

te travisate le dichiarazioni del teste *Omissis* circa la partecipazione di *Omissis* alle trattative che condussero alla vendita delle auto, trascurando che il teste addirittura non riconobbe l'imputato presente in aula.

2) Illegittimità della statuizione che ha subordinato la sospensione condizionale della pena al pagamento della provvisoria, in quanto la parte civile non sarebbe legittimata ad impugnare le statuizioni riguardanti il c.d. danno criminale, al quale è riconosciuto l'istituto della sospensione condizionale della pena, con conseguente violazione del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius* in mancanza di specifiche doglianze del P.M. sul punto, che peraltro sarebbe inammissibile ai sensi dell'art. 442, comma 3, c.p.p.; in ogni caso vi sarebbe un difetto assoluto di motivazione sulla capacità economica del condannato.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il motivo di ricorso concernente la responsabilità degli imputati in ordine al reato a loro ascritto è infondato e deve essere rigettato.

È bensì vero che il semplice rilascio di un assegno a vuoto o postdatato non costituisce di per sé artificio o raggio idoneo ai fini della sussistenza del delitto di truffa, ma, nel caso di specie, la persona offesa era stata rassicurata sulla solidità dell'azienda degli acquirenti dalla presenza del maresciallo della Guardia di Finanza *Omissis*, che aveva presentato gli imputati alla stessa persona offesa, e da manifestazioni verbali di *Omissis*, il quale "disse che avrebbe fatto di tutto – fino anche venderci un rene – per far fronte all'impegno assunto" (pag. 4 della sentenza impugnata). Aggiunge la sentenza di primo grado, che, in quanto conforme, integra da un punto di vista motivazionale quella del giudice del gravame: "la struttura menzognera posta in essere dai prevenuti era tanto credibile da avere spinto il truffato ad addivenire a ben due compravendite. Le successive richieste di dilazione dei pagamenti non hanno avuto altro scopo se non quello procrastinare una contestazione penale dal momento che si è evinto che sia del tutto falsa la lamentata carenza di disponibilità economica, essendo state le auto regolarmente vendute ed anche di poco successivi all'acquisto".

Per quanto concerne la responsabilità di *Omissis*, la sentenza impugnata fonda la propria convinzione non solo sulle dichiarazioni di *Omissis*, ma soprattutto sulle quelle del teste *Omissis* e sulla circostanza che il suddetto imputato era socio della *Omissis* ed ha ammesso di avervi lavorato fino al 2008.

Occorre ribadire, peraltro, che esula dai poteri della Corte di Cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, la valutazione delle risultanze processuali (per tutte: Sez. Un., 30/4-2/7/1997, n. 6409, Dessimone, riv. 207944).

La novella codicistica, introdotta con la L. del 20 febbraio 2006, n. 46, che ha riconosciuto la possibilità di de-

duzione del vizio di motivazione anche con il riferimento ad atti processuali specificamente indicati nei motivi di impugnazione, non ha mutato la natura del giudizio di cassazione, che rimane pur sempre un giudizio di legittimità, sicché gli atti eventualmente indicati devono contenere elementi processualmente acquisiti, di natura certa ed obiettivamente incontrovertibili, che possano essere considerati decisivi in rapporto esclusivo alla motivazione del provvedimento impugnato e nell'ambito di una motivazione unitaria e devono pertanto essere tali da inficiare la struttura logica del provvedimento stesso. Resta esclusa la possibilità di una nuova valutazione delle risultanze acquisite, da contrapporre a quella effettuata dal giudice di merito, attraverso una diversa lettura, seppure anche essa logica, dei dati processuali o una diversa ricostruzione storica dei fatti o un diverso giudizio di rilevanza o attendibilità delle fonti di prova.

Il motivo di ricorso concernente la subordinazione della sospensione condizionale della pena al pagamento della provvisoria è fondato nei limiti di cui alla presente motivazione.

Il ricorrente cita a sostegno della censura formulata di questa Suprema Corte che ha espresso il seguente principio di diritto «La parte civile non è legittimata a proporre impugnazione ex art. 576 cod. proc. pen. avverso il capo della sentenza di condanna che non abbia subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno, in quanto tale statuizione non riguarda l'azione civile e gli interessi civili, ma gli obblighi imposti al condannato circa l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato; infatti, le disposizioni contenute nell'art. 165 cod. pen., che consentono al giudice di subordinare la concessione del beneficio alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato non riguardano il danno civilistico patrimonialmente inteso, bensì il danno criminale, cioè quelle conseguenze, diverse dal pregiudizio economicamente apprezzabile e risarcibile, che strettamente ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata» (Sez. 6 n. 43188 del 22/09/2004, P.C. in proc. Riti, Rv. 230506; v. anche Sez. 2, n. 2431 del 21/01/1997, Cordioli, Rv. 207312; Sez. 5, n. 1317 del 20/11/1985 – 05/02/1986, Cerqueti, Rv. 171868).

Ma tale principio non può essere condiviso, perché contrastante con il testo della norma, quale risulta a seguito delle modifiche apportate con legge 24 novembre 1981, n. 689.

Il testo originario del comma 1 dell'art. 165 cod. pen. era così formulato: «La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno». Con l'art. 128 della legge 24 novembre 1981, n. 689, l'art. 165 cit. venne sostituito ed il primo comma così formulato:

«La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, secondo le modalità indicate nel giudice nella sentenza di condanna».

Infine, con l'art. 2 della legge 11 giugno 2004 n. 145, al primo comma, dopo le parole: "conseguenze dannose o pericolose del reato" sono inserite le seguenti: "ovvero se il condannato non si oppone alla presentazione di attività non retribuite a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa".

Risulta evidente che il testo originario del comma 1 dell'art. 165 riguardava proprio e soltanto il "danno civilistico patrimonialmente inteso" e, in tal senso, la giurisprudenza del tempo non aveva dubbi che la norma fosse dettata nell'esclusivo interesse della parte civile, il quale, pertanto, poteva formulare la richiesta di subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento delle obbligazioni civilistiche (Sez. 4, n. 205 del 05/02/1974 – 13/01/1975, Bari, Rv. 128976; Sez. 2, n. 9464 del 30/03/1982, Giugliano, Rv. 155659). Le modifiche successive hanno aggiunto la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena, dapprima "all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato" e, successivamente, "alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività": si tratta, appunto, di previsione aggiuntive e non modificative di quella originaria ed è evidente l'intento legislativo di tutelare non solo la persona che ha subito in conseguenza del reato un pregiudizio economicamente apprezzabile e risarcibile, ma anche – e la parola "altresì" lo evidenzia – il bene giuridico protetto dalla norma penale violata mediante la riparazione del "danno criminale".

Deve, pertanto, affermarsi il seguente principio di diritto: la parte civile è legittimata a proporre impugnazione ex art. 576 c.p.p. avverso il capo della sentenza di condanna che non abbia subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno.

Per questa parte, dunque, il motivo di ricorso degli imputati deve essere rigettato, mentre deve essere accolto nella parte in cui denuncia un difetto assoluto di motivazione per quanto concerne la valutazione delle condizioni economiche del condannato.

In verità, sulla necessità di tale valutazione si riscontra un contrasto di giurisprudenza, poiché alcune sentenze di questa Suprema Corte hanno affermato che è illegittima la decisione con cui il giudice subordina la concessione della sospensione condizionale della pena

al risarcimento del danno contestualmente liquidato, senza procedere, con apprezzamento motivato, alla valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche dell'imputato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario (Sez. 5, n. 4527 del 03/11/2010 – 08/02/2011, Rizk, Rv 249248; Sez. 4, n. 3050 del 11/07/1979 – 04/03/1980, Auricchio, Rv 144554; Sez. 6 n. 5085 del 22/02/1978, Petroni, Rv 138827).

Secondo un diverso orientamento, invece, l'istituto della sospensione condizionale della pena è ispirato a criteri che trascendono la limitata sfera dell'interesse particolare dell'imputato e, quindi, il giudice, nel subordinare il beneficio al pagamento della somma accordata a titolo di risarcimento danni, non è tenuto a compiere alcuna indagine sulle condizioni economiche dell'imputato. Dall'applicazione di tale principio non può derivare al predetto grave ed irreparabile danno in ipotesi d'incolpevole inadempimento del detto obbligo, non comportando l'inosservanza dello stesso la revoca automatica del beneficio e potendo il soggetto interessato, in sede di esecuzione, allegare la comprovata assoluta impossibilità dell'adempimento e potendo il Giudice valutare l'attendibilità e la rilevanza dell'impedimento dedotto (Sez. 6, n. 3450 del 05/02/1998, Cusumano, Rv 210088; Sez. 4, n. 296 del 28/11/1988 – 14/01/1989, Pensato, Rv. 180137; Sez. 4, n. 762 del 15/10/1979 – 19/01/1980, Fiorella, Rv 144011).

Questo collegio aderisce al primo orientamento interpretativo poiché esso appare costituzionalmente orientato al rispetto dell'art. 3 Cost. Infatti, la Corte Costituzionale, con pronuncia n. 49 del 1975, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 165 c.p., nella parte in cui consente al giudice di subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, ha avvertito nella motivazione che spetta al giudice di valutare, con apprezzamento motivato, ma discrezionale, la capacità economica del condannato e la sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario. Pertanto, solo una preventiva valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche del condannato costituisce mezzo idoneo per evitare che si realizzi in concreto un trattamento di sfavore a carico dello stesso condannato in ragione delle sue condizioni economiche.

La Corte territoriale ha ommesso di far luogo alla valutazione resa necessaria dal descritto principio di diritto, per cui la sentenza impugnata deve essere annullata nei limiti del vizio riscontrato. Il giudice di rinvio, che si designa nella Corte di Appello di Perugia, sottoporrà a rinnovato esame l'istanza di applicazione della sospensione condizionale della pena, tenendo conto di quanto suesposto; all'esito provvederà su di essa discrezionalmente, col solo obbligo di dare adeguata motivazione al deliberata.

[Omissis]

SIMONA ARASI

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Verso l'espansione dei poteri della parte civile

Towards the expansion of the powers of a civil party

Nell'alveo di un filone giurisprudenziale contrastante, la Suprema Corte con la decisione in commento riconosce, per la prima volta, in capo alla parte civile la legittimazione a proporre impugnazione ex art. 576 c.p.p. avverso il capo della sentenza di condanna che non abbia subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno. Emerge, pertanto, il tentativo di incrementare i poteri di tale figura. Ci si interroga sulla compatibilità della pronuncia con i principi che permeano non solo il sistema interno ma anche quello europeo e sull'opportunità di limature a livello legislativo.

As part of a line of contrasting cases, the Supreme Court by decision under review recognizes, for the first time, to the civil party legitimation to bring an appeal ex art. 576 Code of Criminal Procedure against the head of the sentence that has not subordinate the grant of conditional suspension of sentence to the payment of the sum paid by way of compensation for damage. It is apparent, therefore, the attempt to increase the powers of that figure. Questions are raised on the compatibility of this judgment with the principles that permeate not only the internal system but also the European one and about the opportunity to filings at the legislative level.

PREMESSA: PARTE CIVILE E DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE

È un solido terreno di scontro il ruolo e i poteri della parte civile; ora la Suprema Corte interviene sulla sua legittimazione a proporre appello avverso il capo della sentenza di condanna che non abbia subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno.

Dalla disamina delle norme che disciplinano la parte civile, emerge una figura ibrida: destinataria, da un lato, di regole che ne disincentivano la costituzione¹, dall'altro, di disposizioni che ne rafforzano le garanzie². Le scelte del legislatore italiano in materia si sono snodate secondo un percorso caratterizzato dalla tendenza ad eludere le questioni cruciali o a risolverle solo in apparenza, probabilmente per la spensione a conciliare il *novum* del codice attuale

con il vecchio impianto (1930)³. Limitando l'analisi al tema delle impugnazioni, specifico oggetto della pronuncia in esame, l'attribuzione di significativi poteri alla parte civile si ricava anche dall'art. 576 c.p.p.⁴: dopo gli interventi delle Sezioni unite⁵ e della Corte costituzionale⁶, non residua alcun dubbio

³ Amodio, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, Amodio-Dominioni, (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 434.

⁴ Scalfati, *Parte civile: dubbi sul potere di gravame*, cit. L'Autore, tra l'altro, pone una critica a quella parte della dottrina che, mediante una lettura rigorosamente ancorata al disposto del nuovo art. 576 c.p.p. e dell'art. 568, c. I, c.p.p. nella misura in cui dispone che «la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati», ha escluso, in mancanza di una specifica indicazione normativa circa la disponibilità dell'appello, ogni potere della parte civile di proporre gravame di merito.

⁵ Cass., Sez. un., 27 marzo 2007, *Cass. pen.*, 2007, 4451, con nota di Romeo, *Nel labirinto della "Pecorella" l'esile filo d'Arianna delle Sezioni unite*. La Corte di Cassazione, offrendo una lettura sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 576 c.p.p., è approdata ad un'interpretazione meno rigida e restrittiva del principio di tassatività di cui all'art. 568 c.p.p. Ha riconosciuto in capo alla parte civile non solo il potere di proporre ricorso per Cassazione ma anche quello di appellare le sentenze.

⁶ C. cost., 18 gennaio 2008, n. 3, *Giur. cost.*, 2008, 54, con nota di Bargis, *Il persistente potere d'appello della parte civile: consonanza di vedute tra Corte costituzionale e Sezioni unite*.

¹ In via esemplificativa si pensi all'efficacia *extra* penale ex art. 652 c.p.p. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 1015 ss.; Scalfati, *Parte civile: dubbi sul potere di gravame*, *Guida dir.*, 2006, 10, 59.

² Sul punto basti pensare all'art. 576 c.p.p. Fonti, *Sentenze di proscioglimento e regime delle impugnazioni della parte civile*, *Riv. dir. proc.*, 2003, 1241.

sul persistente potere di impugnare; nel dettaglio, emerge la sua possibilità, nonostante l'eliminazione dell'inciso «con lo stesso mezzo del pubblico ministero» dalla disposizione citata, di proporre appello avverso i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile, ossia i capi che le negano il risarcimento o lo accordino in misura inferiore al richiesto⁷, ovvero compensino le spese (ed ogni omessa decisione al riguardo)⁸, nonché contro le sentenze di proscioglimento⁹ ai soli effetti della responsabilità civile. Non si può nascondere che l'attuale formula normativa dell'art. 576 c.p.p. conferma una lettura volta a rafforzare l'autonomia della parte civile rispetto al pubblico ministero¹⁰; cosicché, sotto il profilo oggettivo, essa può impugnare sia le pronunce di condanna sia quelle di proscioglimento, ancorché a determinati effetti¹¹.

Semmai occorre verificare se, sotto il profilo del concreto interesse ad impugnare, ossia l'eliminazione di un pregiudizio o il conseguimento di un vantaggio, sono individuabili delle limitazioni idonee ad escludere l'impugnabilità di specifiche pronunce.

⁷ Per l'affermazione della possibilità di impugnare la sentenza di condanna al fine di modificare la qualificazione giuridica del fatto, quando ne possa derivare una diversa quantificazione del danno da risarcire, Cass., 14 dicembre 2011, n. 12139, *CED Cass.*, n. 252164. *Contra* Cass., 18 giugno 2003, n. 37034, *ivi*, n. 228407.

⁸ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1097.

⁹ In giurisprudenza si esclude la legittimazione della parte civile ad impugnare la sentenza con la quale il giudice di appello dichiara la nullità della sentenza di primo grado. Tale decisione, infatti, non rientra nel novero delle sentenze per le quali è tassativamente consentita l'impugnazione della parte civile *ex art.* 576 c.p.p., e cioè i capi della sentenza di condanna concernenti l'azione civile e la sentenza di proscioglimento pronunciata in giudizio ai soli effetti della responsabilità civile. Cfr. Cass., Sez. V, 4 ottobre 2005, n. 45911, *CED Cass.*, n. 233040; nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 17 maggio 2001, n. 24081, *ivi*, n. 219632.

¹⁰ Spagnolo, *Sentenza di non doversi procedere per difetto di querela e interesse ad impugnare della parte civile: le Sezioni Unite fanno un passo indietro?*, *Cass. pen.*, 2013, 3, 923.

¹¹ La specificazione della limitazione degli effetti dell'impugnazione dev'essere intesa nel senso che, in assenza di appello del pubblico ministero, va esclusa una condanna penale in sostituzione della pronuncia del giudice di primo grado. Secondo questa lettura, l'art. 576 c.p.p. conferisce un generale potere di impugnazione che prescinde dal tipo di formula utilizzata dal giudice; diversamente argomentando, infatti, non si comprenderebbe perché il legislatore abbia usato la formula «sentenza di proscioglimento», formula che richiama l'intero *genus* delle sentenze liberatorie, in grado di ricomprendere sia le sentenze di non doversi procedere, sia quelle di assoluzione sia, infine, quelle che dichiarano l'estinzione del reato, ossia rispettivamente le sentenze previste dagli artt. 529, 530 e 531 c.p.p. Cass., Sez. un., 29 maggio 2008, *Cass. pen.*, 2009, 883, con nota di Santalucia, *Errore nell'uso della formula assolutoria: quale spazio per l'impugnazione della parte civile?*

SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA E INTERESSE AD IMPUGNARE

Il punto nodale, allora, con specifico riguardo alla *quaestio* decisa dal provvedimento annotato, è proprio qui.

Al fine di una disamina più dettagliata occorre premettere brevi cenni sulla disciplina di contesto relativa alla sospensione condizionale della pena, istituito che, sul piano generale rappresenta una risposta sanzionatoria sostitutiva della pena detentiva¹², fortemente rinvigorito dalla legge 11 giugno 2004, n. 145¹³.

Il testo originario dell'art. 165 c.p.¹⁴ riguardava esclusivamente il «*danno civilistico patrimonialmente inteso*» e, in tal senso, la giurisprudenza del tempo era unanime nell'individuare lo scopo esclusivo della previsione nella tutela dell'interesse della parte civile. Pertanto, quest'ultima poteva formulare la richiesta di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento delle obbligazioni civilistiche¹⁵.

Con le novelle del 1989¹⁶ e del 2004¹⁷, che hanno ampliato le previsioni dell'art. 165 c.p.¹⁸, l'obiettivo del legislatore è stato quello di tutelare non solo la persona che ha subito dal reato un pregiudizio economicamente apprezzabile¹⁹, ma anche il bene giuridico protetto dalla norma penale violata mediante la riparazione del «*danno criminale*»²⁰.

¹² Cfr. F. Dean, *Sospensione condizionale della pena*, *Ns. Dig. It.*, Torino, 1970, 926.

¹³ L. 11 giugno 2004, n. 145, *G.U.*, 12 giugno 2004, n. 136.

¹⁴ Il testo originario del comma 1 dell'art. 165 c.p. stabiliva che: «La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno».

¹⁵ Cass., Sez. IV, 5 febbraio 1974, n. 205, *www.cortedicassazione.it*.

¹⁶ L. 24 novembre 1981, n. 689, *G.U.*, 30 novembre 1981, n. 329.

¹⁷ L. 11 giugno 2004, n. 145, *cit.*

¹⁸ Con l'art. 128 della legge 24 novembre 1981, n. 689, l'art. 165 *cit.* venne sostituito ed il primo comma così formulato: «La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, secondo le modalità indicate nel giudice nella sentenza di condanna». Infine, con l'art. 2 della legge 11 giugno 2004 n. 145, al primo comma, dopo le parole: «conseguenze dannose o pericolose del reato» sono inserite le seguenti: «ovvero se il condannato non si oppone alla presentazione di attività non retribuite a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa».

¹⁹ Cass., Sez. IV, 5 febbraio 1974, n. 205, *www.cortedicassazione.it*.

²⁰ La Suprema Corte definisce il «*danno criminale*» come quel-

LEGITTIMAZIONE DELLA PARTE CIVILE AD APPELLARE LA SENTENZA

Ed è sulla base di tali rilievi – ovvero l'ampliamento del raggio operativo dell'attuale art. 165 c.p. – che la Suprema Corte ha riconosciuto la legittimazione della parte civile a proporre impugnazione ex art. 576 c.p.p. avverso il capo della sentenza di condanna che non ha subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno.

Analizzata brevemente la *ratio* della pronuncia, appare tuttavia doveroso individuare brevemente gli orientamenti relativi all'interesse ad impugnare della parte civile. Due, in particolare, sono le posizioni a riguardo.

Secondo una prima tesi sussiste un diritto di "contestazione" della sentenza penale esclusivamente nell'ipotesi di uno stretto collegamento con gli interessi civili, ossia soltanto nel caso di una pronuncia capace di determinare un riflesso *extra* penale. Alla parte civile spetta solo il potere di impugnare l'accertamento dei fatti posto a fondamento della decisione e di ottenere un diverso accertamento che rimuova quello preclusivo del successivo esercizio dell'azione civile o, comunque, quello pregiudizievole per i suoi interessi civili. L'interesse *de quo*, dunque, sussisterebbe solo in presenza di un diretto effetto della pronuncia penale sulla pretesa risarcitoria; cosicché, in tale prospettiva, la limitazione degli effetti dell'impugnazione «ai fini della responsabilità civile» costituisce la misura dell'interesse. L'obiettivo è la mera eliminazione o l'attenuazione dell'efficacia *extra* penale della sentenza da impugnare, con la conseguenza che la parte civile dovrebbe introdurre il nuovo grado di giudizio solo per ottenere vantaggi in termini delle sue "naturali" pretese²¹. Sotto tale profilo, la parte civile non sarebbe legittimata ad impugnare le sentenze di condanna che non abbiano subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma risarcitoria liquidata in quanto tale statuizione non riguarderebbe gli interessi civili, ma gli obblighi imposti al condannato circa l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato²².

Secondo un diverso orientamento l'interesse ad impugnare non si limita a contrastare le decisioni

le conseguenze, diverse dal pregiudizio economicamente apprezzabile e risarcibile, che strettamente ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata. Tra le tante, cfr. Cass., Sez. VI, 22 settembre 2004, www.cortedicassazione.it.

²¹ Amodio, *Parte civile*, cit., 436. L'Autore ritiene che il giudice di secondo grado non può pronunciarsi sull'azione civile in forza del divieto desumibile a contrario dall'art. 538, comma 1, c.p.p.

²² Cass., Sez. VI, 22 settembre 2004, n. 43188, *CED Cass.*, n. 230506.

sul merito dell'imputazione idonee ad arrecare pregiudizio alla pretesa civilistica sulla base della disciplina che statuisce l'efficacia extrapenale dell'accertamento; e così, la parte civile ha sempre interesse al riconoscimento del suo diritto risarcitorio ed alla sua concreta quantificazione. Il fondamento di tale tesi risiede in una "corretta" interpretazione dell'art. 576 c.p.p.: tale disposizione normativa riferendosi al proscioglimento e non all'assoluzione (non operando dunque alcuna distinzione tra le formule di proscioglimento), sottolinea il distacco tra legittimazione all'impugnazione ed efficacia *extra* penale della sentenza. L'art. 576 c.p.p. concerne la legittimazione, mentre l'art. 652 c.p.p. riguarda esclusivamente gli effetti *extra* penali della sentenza e regola solo i rapporti tra giudizi, senza costituire la misura dell'interesse ad impugnare. Conseguentemente, la parte potrà giovare di una pronuncia che riduce sia l'onere probatorio sia l'*iter* procedimentale nella sede deputata all'accertamento della responsabilità civile²³, e nella sede penale il giudice potrà decidere sulle questioni relative alla domanda per le restituzioni ed il risarcimento del danno²⁴. La possibilità della parte civile di chiedere l'affermazione della responsabilità dell'imputato, limitatamente ai fini dell'accoglimento della sua domanda di restituzione e risarcimento del danno, non costituirebbe una deroga all'art. 538 c.p.p.²⁵, né l'introduzione di "un *dispositivo atipico*" che assolva sotto il profilo penale e condanni sotto quello civilistico²⁶, ma una diretta applicazione dell'art. 538 c.p.p.²⁷.

²³ Cass., Sez. V, 23 febbraio 2005, n. 15245, *CED Cass.*, n. 232157. In tale pronuncia la Corte di legittimità avrebbe riconosciuto l'interesse processuale della parte civile – stante il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico – ad impugnare la decisione con la quale l'imputato sia stato prosciolto con la formula perché il fatto non costituisce reato, anche quando essa manchi di efficacia preclusiva, in quanto colui che intraprende il giudizio civile dopo avere ottenuto in sede penale il riconoscimento della responsabilità per fatto illecito della controparte si giova di tale risultato. Cass., Sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342, www.cortedicassazione.it.

²⁴ Cass., Sez. un., 11 luglio 2006, *Cass. pen.*, 2006, 3519, con nota di Nuzzo, *Sui poteri del giudice dell'impugnazione in materia civile nell'ipotesi di estinzione del reato*. Nella sentenza 23 gennaio 2003, n. 13326, la Corte di Cassazione ha statuito che la parte civile, con l'appello proposto ex art. 576 c.p.p. avverso la sentenza di proscioglimento o di assoluzione dell'imputato, ha titolo per ottenere, in caso di accoglimento dell'impugnazione, una sentenza che valga a rimuovere l'eventuale preclusione all'esercizio dell'azione in sede civile derivante dalla sentenza appellata, e contenga anche la condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno. Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2003, n. 13326, *CED Cass.*, n. 226430.

²⁵ Cass., Sez. V, 27 ottobre 2010, n. 3670, *CED Cass.*, n. 249698.

²⁶ Cordero, *Procedura penale*, cit., 1166.

²⁷ Cass., Sez. II, 31 gennaio 2006, n. 5072, *CED Cass.*, n. 233273. In tale sentenza la Suprema Corte ritiene ammissibile l'impugnazione proposta dalla parte civile avverso la sentenza di as-

La *ratio* della tesi da ultimo esposta risiede in un'ottica efficientista della giustizia²⁸ e si giustifica in quanto funzionale ad assicurare la ragionevole durata del processo, per tale intendendosi, anche nell'ottica della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'intero *iter* procedimentale, comprendente il rito penale e quello civile, per giungere alla piena soddisfazione degli interessi civilistici²⁹.

Le tesi analizzate, pur muovendo da premesse comuni, producono effetti radicalmente diversi. Per entrambe le prospettive la misura dell'interesse ad impugnare è parametrato sugli interessi risarcitori. Per la prima, il concreto ed effettivo pregiudizio sussiste solo quando la pronuncia abbia una efficacia *extra* penale negativa e riduce il vantaggio perseguito dall'impugnazione alla sola neutralizzazione di tali effetti. Sembra quasi che alla parte civile sia riconosciuto solo l'interesse a non vedersi preclusa l'azione in sede civile, non anche l'interesse a vedersi accolta la domanda in sede penale, nella quale pure è ammessa ad agire.

La seconda tesi, invece, dà maggiore rilievo alla posizione sostanziale del danneggiato: il pregiudizio sussiste ogniqualvolta la domanda formulata non sia stata accolta; il concreto vantaggio perseguito è l'accoglimento della domanda. In tal modo l'in-

soluzione (art. 576 c.p.p.) preordinata a chiedere l'affermazione della responsabilità dell'imputato, quale logico presupposto della condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno. Detta richiesta, dunque, non può condurre ad una modifica della decisione penale, sulla quale si è formato il giudicato in mancanza dell'impugnazione del pubblico ministero, ma semplicemente all'affermazione della responsabilità dell'imputato per un fatto previsto dalla legge come reato, giustificativo della condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno. In tale ipotesi, il giudice dell'impugnazione, dovendo decidere su una domanda civile necessariamente dipendente da un accertamento sul fatto reato e, dunque, sulla responsabilità dell'autore dell'illecito, può, seppure in via incidentale, statuire in modo difforme sul fatto oggetto dell'imputazione, ritenendolo ascrivibile al soggetto prosciolto, nel qual caso la *res iudicanda* si sdoppia, dando luogo a differenti decisioni potenzialmente contrastanti tra loro. In dottrina, Grevi, *Limiti al potere di impugnazione della parte civile e problemi di legittimità costituzionale*, *Riv. dir. proc.*, 1969, 508. L'Autore evidenziava come il potere di impugnazione della parte civile potesse «costruirsi come una facoltà compresa nel potere d'azione che le compete».

²⁸ In reiterate pronunce il Supremo Collegio ha riconosciuto il potere del giudice dell'impugnazione, su appello della parte civile, di affermare, nei limiti del devoluto ed agli effetti della devoluzione, la responsabilità dell'imputato agli effetti civili e di condannarlo al risarcimento del danno e alle restituzioni. In via esemplificativa Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2011, n. 41479, *CED Cass.*, n. 251061 e Cass., Sez. II, 2 febbraio 2012, n. 9263, *ivi*, n. 252706.

²⁹ Chiavario, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. dir. proc.*, 2001, 941 ss. e Chiavario, *Commento all'art. 6*, Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 211.

teresse all'impugnazione della parte civile è misurato con gli stessi parametri di effettivo pregiudizio e concreto vantaggio utilizzati per l'imputato.

Proprio a quest'ultimo orientamento aderisce implicitamente la Suprema Corte nella recente pronuncia in commento³⁰; e condivisibilmente: se il legislatore ha previsto l'iniziativa civilistica nel processo penale, è un'operazione ermeneutica arbitraria ridurre gli spazi diretti a coltivare gli interessi della parte, salvo la presenza di singole e specifiche opzioni normative di segno contrario (dotate di ragionevolezza). La parte civile dev'essere posta nelle condizioni di esercitare i diritti ed i doveri, alla stessa riconosciuti, in ogni stato e grado del processo. In tal modo, non s'intende riconoscere in capo al danneggiato costituito la «preferenza per un particolare iter processuale», ma attribuirgli il diritto a veder accolte le proprie pretese nella sede in cui si è regolarmente costituito, contestando le decisioni dei giudici di merito.

Pertanto, l'inimpugnabilità della sentenza di condanna che non subordini la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno appare un'opzione che si presta ad obiezioni di ragionevolezza sul versante di un livello minimo di garanzie della pretesa civilistica per i danni derivanti da reato. Se è vero che l'art. 165 c.p. mescola l'effettività della tutela del diritto risarcitorio con la "dissoluzione" del cd danno criminale, d'altra parte, non si può per tale motivo negare la sussistenza di un interesse della parte civile ad ottenere una più concreta garanzia circa l'adempimento degli obblighi civili del condannato.

SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA SUBORDINATA AL RISARCIMENTO DEL DANNO ED IMPOSSIBILITÀ DEL CONDANNATO AD ADEMPIERE

La sentenza in esame offre numerosi spunti di riflessione su tematiche di notevole interesse.

In particolare, connessa all'interesse della parte civile risulta la questione dell'impossibilità del condannato ad adempiere all'obbligo di risarcimento del danno cui è subordinata la sospensione condizionale della pena. Si riscontra un contrasto in giurisprudenza sulla necessità di una previa valutazione giudiziale delle condizioni economiche del condannato.

Talvolta, si è statuito che è illegittima la decisione con cui il giudice subordini la concessione della sospensione condizionale della pena al ri-

³⁰ Cass., Sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342, *www.cortedicassazione.it*.

LEGITTIMAZIONE DELLA PARTE CIVILE AD APPELLARE LA SENTENZA

sarcimento del danno contestualmente liquidato, senza procedere, con apprezzamento motivato, alla valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche dell'imputato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario³¹.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'istituto della sospensione condizionale della pena è ispirato a criteri che trascendono dalle capacità dell'imputato; pertanto, il giudice, nel subordinare il beneficio al pagamento della somma accordata a titolo di risarcimento danni, non è tenuto a compiere alcuna indagine sulle condizioni economiche dell'imputato³². L'applicazione di tale principio non comporterebbe a quest'ultimo grave ed irreparabile danno nelle ipotesi di incolpevole inadempimento del detto obbligo; dalla sua inosservanza non discende, infatti, la revoca automatica del beneficio ed il soggetto interessato potrebbe, in sede di esecuzione, allegare la comprovata assoluta impossibilità dell'adempimento, con possibilità del giudice di valutare l'attendibilità e la rilevanza dell'impedimento dedotto³³.

Più recentemente³⁴ la Suprema Corte aderisce al primo orientamento interpretativo, ritenendolo rispettoso dell'art. 3 Cost. Occorre evidenziare che la Corte costituzionale, con pronuncia 6 marzo 1975 n. 49³⁵, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 165 c.p., nella parte in cui consente al giudice di subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, aveva statuito che spetta al giudice di valutare, con apprezzamento motivato, ma discrezionale, la capacità economica del condannato e la sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario. Pertanto, solo una preventiva valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche del condannato costituisce mezzo idoneo per evitare che si realizzi in concreto un trattamento di sfavore per quest'ultimo in ragione delle sue condizioni. Per esempio, la condizione di "grave difficoltà ad adempiere", sebbene non rilevi sul profilo civilistico poiché, secondo la giurisprudenza civile, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore «non si identifica con una semplice maggiore difficoltà di adempiere ma con una assoluta impossibili-

tà, oggettiva e soggettiva», potrebbe essere rilevante nell'ipotesi in esame.

Inoltre, si potrebbe ulteriormente ridurre il margine di rischio di una insolvenza dell'autore del reato qualora il termine per adempiere venga fissato prima del passaggio in giudicato della sentenza³⁶. Inoltre, a parziale ristoro del danno subito, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 540 c.p.p., potrà sempre essere concessa alla parte civile costituita una somma di denaro, a titolo di provvisoria, «entro un termine anteriore al passaggio in giudicato della sentenza, essendo la condanna, nella parte concernente la provvisoria, immediatamente esecutiva per legge»³⁷.

UNA LETTURA PIÙ ADERENTE ALLE ISTANZE INTERNAZIONALI DI PROTEZIONE DELLA VITTIMA

L'attuale posizione espressa dalla Corte rimarca un concetto "forte" dell'interesse della parte civile, potenziando la portata dell'art. 576 c.p.p. Implicitamente si propugnano interpretazioni idonee a non relegare ai margini il danneggiato al quale è stata conferita la qualifica di "parte".

Da un punto di vista più generale, dalla possibilità del danneggiato di «giocare le proprie chances» direttamente davanti al giudice civile non deriva l'obbligo della previsione di poteri simmetrici in capo alle c.d. parti necessarie durante l'accertamento penale. Tuttavia risulta indefettibile l'adozione di scelte sistematiche coerenti³⁸: poiché il danneggiato può costituirsi parte civile ed utilizzare tutti gli strumenti previsti dalla legge, si crea un'aspettativa a perseguire la via prescelta, anche predisponendo strumenti diretti a fronteggiare i concreti pregiudizi che derivassero dai provvedimenti emessi dal giudice penale.

Oltre alle ragioni di sistema, un ulteriore elemento che conforta la lettura prospettata nella recente sentenza si rinviene a livello sovranazionale.

Le istanze a protezione della vittima sollecitano gli Stati membri a riconoscere un risarcimento del danno nell'ambito del processo penale alla «persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale

³¹ Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. V, 3 novembre 2010, n. 4527, *www.cortedicassazione.it*.

³² Cass., Sez. IV, 28 novembre 1988, *Cass. pen.*, 1990, I, 626.

³³ Cass., Sez. VI, 5 febbraio 1998, n. 3450, *www.cortedicassazione.it*.

³⁴ Cass., Sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342, *cit.*

³⁵ C. cost., 6 marzo 1975, n. 49, *Giur. it.*, 1975, I, 1412.

³⁶ Cass., Sez. I, 21 gennaio 2004, n. 45645, *www.cortedicassazione.it*. In tale pronuncia gli Ermellini hanno statuito che nel «caso di subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento di determinati obblighi, come previsto dall'art. 165 c.p., il termine entro il quale tale adempimento deve aver luogo può legittimamente esser fissato dal giudice ad una data anteriore a quella del passaggio in giudicato della sentenza».

³⁷ Cass., Sez. III, 19 novembre 2008, n. 126, *www.cortedicassazione.it*.

³⁸ Scafati, *Parte civile: dubbi sul potere di gravame*, *cit.*, 60.

o emotivo o perdite economiche che sono state causate direttamente da un reato»³⁹.

La Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, «Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato»⁴⁰, sostitutiva della decisione quadro 2001/220/GAI⁴¹, contiene disposizioni specifiche sia in ordine alla possibilità, da conferire alla vittima, di instaurare un riesame della decisione di non esercitare (o proseguire) l'azione penale⁴², sia

³⁹ L'art. 1 Decisione quadro del Consiglio dell'UE, 15 marzo 2001, n. 220, il cui contenuto è stato ripreso nell'art. 2 direttiva 25 ottobre 2012, n. 29, definisce la vittima come «la persona fisica che ha subito un pregiudizio [...] causato direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro». Cfr. Decisione quadro del Consiglio dell'UE, 15 marzo 2001, n. 220, *europa.eu*, e Direttiva UE 25 ottobre 2012, n. 29, *eur-lex.europa.eu*. In tema Gaeta, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell'Unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistematica*, *Cass. pen.*, 2012, 2701.

⁴⁰ Direttiva UE 25 ottobre 2012, n. 29, cit.

⁴¹ Decisione quadro del Consiglio dell'UE, 15 marzo 2001, n. 220, cit.

⁴² Per quanto concerne l'esercizio dell'azione penale, l'art. 11, § 2, sancisce che «laddove, a norma del diritto nazionale, il ruolo della vittima nel pertinente sistema giudiziario penale è stabilito soltanto in seguito alla decisione di esercitare l'azione penale

in ordine al risarcimento del danno. Quanto al secondo profilo, l'art. 16, rubricato «Diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale», sancisce che «gli Stati membri garantiscono alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo, tranne qualora il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario».

Certo, non si parla esplicitamente del potere di impugnare; ma il diritto di ottenere una decisione relativa al risarcimento del danno senza contemplare la possibilità di eguagliare la posizione del danneggiato alle altre parti quanto alle «reazioni» da proporre contro la decisione medesima significa, di fatto, svotare le prerogative riconosciute dalla direttiva menzionata.

contro l'autore del reato, gli Stati membri garantiscono almeno alle vittime di gravi reati il diritto di chiedere il riesame di una decisione di non esercitare l'azione penale. Le norme procedurali per tale riesame sono determinate dal diritto nazionale».

SIMONA ARASI

Dottoranda di ricerca in diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?

*Law of 9th August, 2013:
is it a first step to eliminate
prison overcrowding?*

Nonostante gli innumerevoli interventi legislativi diretti a disciplinare il sistema carcerario, non risulta ancora definitivamente risolto il problema del sovraffollamento. Molteplici, infatti, sono le condanne emesse dalla Corte e.d.u. per violazione, in primis, dell'art. 3 Cedu. In un quadro drammatico e complesso il d.l. 1 luglio 2013 n. 78, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 94, apporta emblematiche modifiche al codice di rito ed all'ordinamento penitenziario, costituendo un primo passo volto a fronteggiare l'assillante emergenza. Ingenti perplessità sorgono, però, in ordine alla sua applicazione ai provvedimenti cautelari in corso di esecuzione. Il lavoro individua, infine, come indefettibili ulteriori interventi normativi volti a prevedere rimedi alternativi di natura preventiva e compensativa.

Despite numerous legislative measures aimed at regulating the prison system, the problem of overcrowding is still not completely solved. The condemnations issued by the European Court of Human Rights are multiple, first and foremost, for breach of Article 3 E.C.H.R. In a dramatic and complex picture the Decree-Law 1 July 2013, n. 78, converted into Law 9 August 2013, n. 94, brings emblematic changes to the code of criminal procedure and sorting penitentiary. It constitutes a first step to cope with the nagging of emergency. Substantial doubts arise, however, with regard to its application to protective measures in progress. The work identifies, finally, as unfailing further regulatory actions to provide alternative, preventive and compensatory, remedies.

PREMESSA

Delicata e complessa risulta la realtà carceraria italiana: “un'emergenza assillante, dalle imprevedibili e al limite ingovernabili ricadute”¹.

Ingenti sono gli squilibri, innanzitutto, tra principi e sottosistema processuale penale e, secondariamente, tra questo sistema e le diverse prassi

(giudiziarie-di polizia-difensive) attuate nella vita giornaliera.

Da una disamina dettagliata emerge che, in un ambito in cui stretta risulta la connessione tra legalità penitenziaria-situazioni soggettive nell'ordinamento penitenziario – dimensione della giurisdizione nell'esecuzione delle pene detentive, il sistema italiano rinnega i principi, si regge su di un ordinamento varato nel 1975 e mal coordinato con i due codici, penale e di rito, ed alimenta profonde fenditure tra attuazione e prassi².

¹ Tale è la definizione fornita dal Capo dello Stato, Giorgio Napolitano, nel messaggio alle Camere in data 8 ottobre 2013, www.quirinale.it

² Cfr. CSM, *Relazione della Commissione mista per lo studio dei*

Al fine di seguire le linee-guida della tolleranza zero, dell'ossessione della sicurezza e del populismo penale, l'apparato penitenziario italiano riduce l'effettività dei diritti corrispondente alla loro concreta attuazione e si tramuta in un ambiente caratterizzato da sovraffollamento, disinteresse per la salute ed elevato numero di suicidi³.

Nonostante le numerose leggi ed i disegni di legge diretti a fronteggiare il dramma del sovraffollamento carcerario⁴, carente risulta, allo stato, un sistema normativo che risolva definitivamente il problema.

Ne consegue l'emanazione di una pluralità di condanne da parte della Corte di Strasburgo per la violazione, *in primis*, dell'art. 3 Cedu⁵.

Infatti, come la carcerazione risulta illegittima qualora consegua ad un processo non equo, dunque in contrasto con l'art. 6 Cedu⁶, allo stesso modo è illegittima quando violi un altro dei principi cardine dell'Unione europea.

Al di là dei moniti lanciati al legislatore italiano, per i quali è ineludibile la necessità di contemplare nuovi istituti, o di rivisitare quelli esistenti, le sentenze della Corte e.d.u. risolvono nodi di notevole interesse.

Alla luce dell'obiettivo principale di tali sentenze, si comprende come il mezzo di tutela che il nostro ordinamento deve garantire al detenuto debba essere uno strumento idoneo a fronteggiare i casi di *overcrowding*, in altri termini, ad assicurare alla persona detenuta l'inserimento in un circuito penitenziario in cui venga garantito uno spazio vitale minimo⁷.

problemi della magistratura di sorveglianza, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, presentata il 21 novembre 2012 al Salone della Giustizia di Roma, www.csm.it/quaderni/quad_160/160. Nel dettaglio, nella relazione viene evidenziato che la «criticità del procedimento di liberazione anticipata origina dallo stesso modello procedimentale attualmente vigente, che presuppone in ogni caso l'istanza del soggetto detenuto. Nell'attuale realtà penitenziaria molto spesso i detenuti, specie se appartenenti alle aree di marginalità sociale ed anche se di modesta pericolosità, sono privi di adeguata tutela difensiva e, pur in presenza di condotta regolare, non fruiscono della riduzione di pena che spetterebbe loro, perché ignorano la possibilità stessa di farne domanda»; si «tratta di un paradosso che incide inutilmente sull'aumento delle presenze in carcere, senza beneficio per la sicurezza pubblica».

³ Emblematico al riguardo il paragone con il serraglio animale, per un approfondimento del quale si rinvia a Codeluppi, *Il biocapitalismo. Verso lo sfruttamento integrale dei corpi, cervelli ed emozioni*, Torino, 2008, 24.

⁴ Per una rassegna delle disposizioni normative si veda Trappella, *Sovraffollamento carcerario: tante domande nessuna risposta*, *Processo penale e giustizia*, 2013, 5, 92.

⁵ Da ultimo si confronti Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Torreggiani e altri c. Italia, www.echr.coe.int.

⁶ Scalfati, *I giudici offrono un "rimedio tampone" in attesa che si colmi il vuoto legislativo*, *Guida dir.*, 2007, 9, 80 ss.

⁷ La Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Sulejmanovic c. Italia, ha individuato il parametro "geometrico" di riferimento

Nella sentenza Torreggiani la Corte di Strasburgo ha ingiunto all'Italia di determinare, entro il termine di un anno, «la più efficace soluzione normativa da adottare per fare fronte al problema» del sovraffollamento carcerario. Tre sono le strade indicate dai giudici europei: predisporre un intervento organico sulla normativa penitenziaria che risolva definitivamente il problema del sovraffollamento, eliminare le violazioni rilevate in concreto e risarcire il danno derivante dalla violazione dei diritti umani.

LE NOVITÀ DEL PROVVEDIMENTO C.D. «SVUOTA-CARCERI»

Con il decreto legge 1 luglio 2013 n. 78, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 94,⁸ si è tentato di ottemperare agli obblighi imposti dalla Corte di Strasburgo, ossia di impedire le violazioni "seriali" dell'art. 3 Cedu.

A tal fine, le novità introdotte dal provvedimento in esame muovono lungo due direttrici: innanzitutto, la riduzione del flusso di soggetti in ingresso negli istituti penitenziari; secondariamente, la parziale eliminazione degli automatismi che impediscono o rendono più arduo l'accesso ai benefici penitenziari a determinate categorie di condannati sulla base di presunzioni assolute di pericolosità.

Occorre evidenziare che le modifiche apportate al sistema vigente concernono non solo il codice di procedura penale e la legge di ordinamento penitenziario, ma anche il codice penale ed il testo unico sugli stupefacenti.

Una delle più significative novità concerne le misure cautelari, in particolare, l'innalzamento del limite di pena per l'applicabilità della custodia in carcere. Il nuovo articolo 280, comma 2, c.p.p. prevede che tale misura possa essere disposta solo per i delitti, consumati o tentati, per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo, non più quattro anni, ma a cinque anni.

In conformità a tale previsione è stato emendato anche l'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p.: l'esigenza cautelare del pericolo della reiterazione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede può oggi comportare l'applicazione della custodia cautelare in carcere solo se si tratti di delitti per i quali è prevista una pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (non più quattro).

Emblematiche risultano le modifiche agli artt. 280 e 274 c.p.p., non tanto per gli effetti che da esse

per valutare la capienza massima degli istituti di detenzione in un numero massimo di detenuti pari al rapporto tra lo spazio vivibile offerto e la misura di 3 m²; al di sotto di tale soglia si configura una violazione dell'art. 3 Cedu. Cfr. Corte e.d.u., Sez. II, 16 luglio 2009, ric. 22635/03, Sulejmanovic c. Italia, www.giustizia.it

⁸ L. 9 agosto 2013, n. 94, *G.U.*, 19 agosto 2013, n. 193.

si attendono, quanto per la consapevolezza del legislatore circa il fatto che un'effettiva politica di riduzione della popolazione carceraria, in un ordinamento dove più del 40% dei detenuti è costituito da soggetti in attesa di giudizio, non può prescindere da interventi funzionali a ridurre l'area di operatività della custodia cautelare in carcere.

Dalla disamina delle summenzionate modifiche palese risulta l'esclusione di una fascia alquanto estesa di figure criminose dall'applicabilità della custodia in carcere.

Tuttavia, al fine di sottrarre determinati delitti dalla logica del provvedimento *de quo*, questi vengono regolamentati autonomamente. Lo stesso art. 280, comma 2, c.p.p. prevede una deroga alla disciplina generale: nel caso di illecito finanziamento ai partiti (art. 7, L. 2 maggio 1974, n. 195)⁹ è possibile adottare la misura custodiale, senza considerare i parametri edittali. In altri termini, per tale delitto si è fatto riferimento al titolo di reato e non al trattamento sanzionatorio. La deroga solleva forti dubbi di costituzionalità in relazione al parametro di cui all'art. 3 Cost.: arduo risulta il fondamento giustificativo di tale eccezione, a prescindere dalle ragioni prettamente politiche.

Strettamente connesso alle summenzionate modifiche del codice di rito è l'innalzamento della pena massima edittale del reato di *stalking*: il nuovo art. 612 *bis*, comma 1, c.p. commina la reclusione da sei mesi a cinque anni (invece di quattro). In tal modo si è garantita la perdurante possibilità di applicare la misura custodiale. Non si può non rilevare che il medesimo risultato si sarebbe potuto raggiungere attraverso l'utilizzo della tecnica adottata per i finanziamenti illeciti, senza intervenire con la modifica sostanziale. Difformemente dalle modifiche al codice di procedura penale, in relazione alle quali sorgono perplessità circa il diritto intertemporale, come meglio specificato nel proseguito, l'art. 2, comma 4, l. 9 agosto 2013, n. 94, prevede che l'innalzamento di cui all'art. 612 *bis* c.p. è destinato ad operare esclusivamente per i fatti consumati dopo l'entrata in vigore della legge.

Un'ulteriore modifica concerne gli arresti domiciliari: ai sensi del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 284 c.p.p. il giudice dovrà operare una valutazione sull'idoneità del luogo di esecuzione della misura, in considerazione delle «prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato». Obiettivo primario di tale norma è quello di soddisfare l'esigenza di tutela della persona offesa nei reati come i maltrattamenti o lo *stalking*, «laddove

la vicinanza dell'autore delle condotte [alla vittima] potrebbe agevolarlo nella reiterazione delle stesse o nella perpetrazione di delitti più gravi»¹⁰. Si nota, dunque, che tale finalità non coincide con quella tipica del provvedimento in esame, ossia di riduzione della popolazione carceraria. Con riguardo a tale norma, poi, occorre evidenziare che nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione viene specificato che, per effetto del richiamo all'art. 284 c.p.p. operato dall'art. 47 *ter* ord. pen., anche il Tribunale di sorveglianza sarà tenuto ad effettuare, nel disporre le modalità di esecuzione della detenzione domiciliare, la valutazione sull'idoneità del domicilio.

Un'ulteriore innovazione al codice di rito concerne la sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. Conformemente all'obiettivo del d.l. 1 luglio 2013, n. 78¹¹, di ridurre il flusso di detenuti «in ingresso» negli istituti penitenziari, è stata ampliata l'operatività di tale istituto, prevedendo la possibilità di sospendere le condanne «fino a 4 anni nei casi previsti dall'art. 47 *ter* co. 1», ossia nei confronti di: donna incinta; madre (o padre) di prole, convivente, di età inferiore ai dieci anni; persona in gravi condizioni di salute; ultrasessantenne se inabile anche parzialmente; minore di anni ventuno. Come noto, tale istituto operava solo in relazione alle pene detentive sino a 3 anni, o nel caso di condannato tossicodipendente, ai fini dell'applicazione delle misure di cui agli artt. 90 e 94 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309,¹² sino a sei anni.

Viene meno, pertanto, la sfasatura, prima esistente, tra il limite di 3 anni della pena sospendibile *ex* art. 656, comma 5, c.p.p. ed il limite di 4 anni previsto dall'art. 47 *ter*, comma 1, ord. pen. per l'accesso alla detenzione domiciliare: una sfasatura che comportava il necessario passaggio dal carcere per i condannati con pene tra i 3 e i 4 anni che volessero fare istanza per la detenzione domiciliare. In definitiva, il meccanismo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p., salvo le preclusioni di cui al co. 9, meglio specificate nel proseguito, opera, di regola, per le condanne a pene detentive fino a tre anni; nei confronti dei soggetti di cui all'art. 47 *ter* ord. pen., per le condanne a pene detentive fino a quattro anni e nei confronti dei tossicodipendenti, nelle ipotesi in cui si debba applicare l'art. 90 o 94 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, per condanne a pene detentive fino a sei anni.

L'operatività del meccanismo sospensivo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. è stata altresì ampliata

¹⁰ Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, www.giustizia.it

¹¹ D.l. 1 luglio 2013, n. 78, G.U., 2 luglio 2013, n. 153.

¹² D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, G.U., 31 ottobre 1990, n. 255.

⁹ L. 2 maggio 1974, n. 195, G.U., 25 maggio 1974, n. 135.

mediante la previsione della possibile anticipazione, al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione, dell'applicazione della liberazione anticipata *ex art. 54 ord. pen.* Occorre rammentare che la norma da ultimo citata prevede uno sconto di pena di 45 giorni ogni sei mesi di pena scontata o di custodia cautelare.

Con il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 656 c.p.p. si prevede che il p.m., qualora il condannato abbia trascorso dei periodi di custodia cautelare o abbia espiato periodi di pena «*fungibili*» in relazione al titolo esecutivo da eseguire e qualora ritenga che, per effetto della liberazione anticipata, la pena da scontare rientri nei limiti di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., sospenda le proprie determinazioni, trasmettendo senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza competente, affinché decida in merito all'applicazione dell'art. 54 ord. pen. Solo successivamente all'ordinanza del magistrato, il p.m. potrà emettere il provvedimento *ex art. 656 c.p.p.* di sospensione dell'ordine di esecuzione, quando per effetto degli sconti di pena *ex art. 54 ord. pen.*, la pena rientri nel *range* di cui al comma 5, o l'ordine di esecuzione, nelle ipotesi in cui la pena residua da scontare sia superiore a tali livelli.

Come accennato, l'art. 656 c.p.p. prescrive che la liberazione anticipata debba essere calcolata sui periodi di custodia cautelare già trascorsi o su periodi di pena «*fungibili*». Il significato di tale termine si comprende attraverso una lettura in combinato disposto con l'art. 657 c.p.p., che considera tali le pene espiate nei casi di revoca della sentenza e nei casi di amnistia o di indulto.

Appare doveroso precisare che il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, sul punto non modificato in sede di conversione, non incide sulla disciplina della liberazione anticipata, che rimane, pertanto, invariata sia per quanto concerne i presupposti sia per gli effetti: l'art. 54 ord. pen. prevedeva già la possibilità di computare, ai fini degli sconti di pena, anche eventuali periodi di custodia cautelare. L'innovazione consiste nell'anticipazione del giudizio del magistrato di sorveglianza, conformemente alla procedura di cui all'art. 69 *bis* ord. pen., prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione da parte del p.m., al fine di evitare inutili passaggi dal carcere a chi potrebbe poi essere scarcerato in tempi brevi per effetto di una successiva pronuncia del magistrato di sorveglianza¹³.

L'anticipazione della liberazione anticipata, secondo quanto previsto nel nuovo comma 4 *bis*, non

potrà operare né nei casi previsti dal comma 9 lett. b) dell'art. 656 c.p.p., ossia «*nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in custodia cautelare in carcere*», né nell'ipotesi di condannato per un delitto di cui all'art. 4 *bis* l. 26 luglio 1975, n. 354¹⁴.

Dubbi interpretativi sorgono in relazione a tale ultima previsione: non si comprende il motivo per il quale l'esclusione debba riguardare esclusivamente gli autori dei reati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. e non invece gli autori degli altri delitti per i quali, ai sensi del comma 9, non può operare il meccanismo sospensivo di cui al comma 5. Poiché la procedura anticipata è finalizzata a consentire l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione, risulta arduo individuare la *ratio* della previsione della stessa nelle ipotesi in cui già in partenza il p.m. sappia di non potervi fare luogo: dovrebbe pertanto essere esclusa in tutti i casi in cui *ex art. 656, comma 9, c.p.p.* la sospensione non opera. Ne consegue che l'espressa esclusione per i condannati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. contenuta nella norma in esame è da considerare del tutto ultronea.

Nell'ipotesi di soggetti che, nel momento in cui la sentenza diviene definitiva, si trovano in custodia cautelare per il fatto oggetto della condanna, poiché la procedura di cui al comma 4 *bis* dell'art. 656 c.p.p. non opera nei loro confronti, il p.m. dovrà emettere l'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 1, c.p.p. Tuttavia, *ex art. 656, comma 4 ter, c.p.p.*, non modificato in sede di conversione, «*se ricorrono i presupposti di cui al comma 4 bis*», ossia se, computando gli sconti applicabili *ex art. 54 ord. pen.*, la pena rimane entro i limiti di cui al comma 5, il p.m. ha l'obbligo di trasmettere senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza, così da sollecitare una rapida applicazione degli sconti di pena e consentirne una più rapida uscita dal circuito carcerario.

L'art. 656 c.p.p. rappresenta uno dei luoghi dell'ordinamento più sensibili alle istanze di sicurezza; una conferma di ciò si rinviene nel fatto che lo stesso è stato altresì modificato nel suo comma 9. Emblematica è la soppressione della lettera c), ossia del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i recidivi reiterati di cui all'art. 99, comma 4, c.p. La *ratio* di tale disposizione¹⁵, alquanto innovativa, risiede nella constatazione della scarsa significatività, in termini di difesa sociale, della presunzione assoluta di pericolosità a carico di questa categoria di condannati.

¹³ Si fa riferimento al fenomeno delle cd. «*porte girevoli*», cioè dei casi dei detenuti condotti nelle case circondariali per periodi brevissimi.

¹⁴ L. 26 luglio 1975, n. 354, *G.U.*, 9 agosto 1975, n. 212.

¹⁵ Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, www.ministerointerni.it.

Non si può non evidenziare che l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. al recidivo reiterato riduce l'applicazione dell'istituto sospensivo di cui alla l. 26 novembre 2010, n.199 (c.d. l. svuota-carceri)¹⁶, destinato ad operare sino al 31 dicembre 2013 nei soli casi, residuali, in cui la sospensione ex art. 656, comma 5, c.p.p. non abbia avuto esito positivo. In altre parole, la sospensione prevista dalla legge n. 26 novembre 2010, n.199¹⁷ opererà nei soli casi in cui il termine per presentare istanza di misura alternativa sia decorso per negligenza o per errore del condannato o del suo difensore o nelle ipotesi di inammissibilità dell'istanza, perché ad esempio non è stata presentata nei termini la documentazione prescritta.

Con riferimento sempre al comma 9 dell'art. 656 c.p.p., poi, il Governo, in sede di redazione del decreto legge, aveva optato per l'eliminazione delle preclusioni legate al tipo di reato, fatta eccezione per i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. In sede di conversione, invece, oltre alla soppressione di alcuni reati ostativi (artt. 624-625 c.p.), ne sono stati aggiunti di nuovi, considerati oggi di maggior allarme sociale. In definitiva, al momento la sospensione dell'ordine di esecuzione non opera per le condanne relative ai reati di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., all'art. 423 *bis* c.p. (incendio boschivo), all'art. 624 *bis* c.p. (furto in abitazione) ed agli artt. 572, comma 2, e 612 *bis*, comma 3, c.p. (ipotesi aggravate di maltrattamenti e di *stalking*).

Come accennato, la legge n. 9 agosto 2013, n. 94 ha apportato modifiche anche alla legge di ordinamento penitenziario. Innanzitutto, sono stati eliminati degli automatismi fondati su presunzioni assolute di pericolosità.

Con peculiare riferimento al recidivo reiterato, è stato soppresso sia il divieto di concessione della detenzione domiciliare tra i 3 e i 4 anni di pena (comma 1. art. 47 *ter* ord. pen.) sia il divieto di accesso alla detenzione domiciliare infra-biennale (comma 1 *bis* art. 47 *ter* ord. pen.).

Non tutte le previsioni di abrogazione di automatismi contenute nel decreto legge sono state approvate in sede di conversione. In particolare, gli artt. 30 *quater* ord. pen. e 50 *bis* (che prevedono più rigide condizioni di accesso ai permessi premio e alla semilibertà) e l'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, (che sancisce il divieto di una seconda concessione delle misure alternative) sono rimasti immutati.

¹⁶ L. 26 novembre 2010, n. 199, G.U. 1 dicembre 2010, n. 281.

¹⁷ Della Bella, *Il caso Sallusti: la discussa applicazione della legge "svuota-carceri" al condannato che abbia già beneficiato della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva*, www.penalecontemporaneo.it

Non si può sottacere che nella sua originaria formulazione, il decreto legge, sempre al fine di eliminare automatismi legati a presunzioni di pericolosità, aveva previsto l'abrogazione del comma 9 dell'art. 47 *ter* ord. pen., che prevedeva la sospensione della detenzione domiciliare e la sua revoca in caso, rispettivamente, di denuncia e condanna per il reato di evasione¹⁸. In sede di conversione, si assiste ad un ripristino, sebbene con un'importante modifica, della disposizione. L'art. 47 *ter*, comma 9, ord. pen., dispone che solo la condanna per evasione, non più dunque la mera denuncia, può comportare la revoca della detenzione domiciliare. La revoca, poi, non opererà automaticamente, ma solo a seguito di un vaglio giudiziale circa la «*non lieve entità*» del fatto.¹⁹

Significativi risultano gli ulteriori emendamenti apportati alla legge di ordinamento penitenziario, funzionali alla valorizzazione del lavoro del detenuto, quale potente antidoto contro la recidiva.

È stato introdotto un nuovo comma 4 *bis* all'art. 21 ord. pen., che prevede la possibilità di ammettere i detenuti e gli internati a lavori di pubblica utilità, cioè a prestazioni lavorative fornite a titolo volontario e gratuito, disciplinate, in quanto compatibili, con le modalità previste nell'art. 54 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274²⁰. Destinatari di tale norma sono sia i detenuti (intendendo non solo i condannati, ma anche gli imputati) sia gli internati, con la sola esclusione, introdotta in sede di conversione del decreto, degli autori dei delitti di cui all'art. 416 *bis* c.p. e dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni in esso previste.

Tali attività lavorative, sebbene non retribuite, possono rappresentare un'utile occasione di formazione o di reinserimento sociale per la persona, considerato che la maggior parte dei detenuti trascorre le giornate senza svolgere alcun tipo di attività²¹. Ad oggi, però, mancano le risorse necessarie, in termini di agenti di polizia penitenziaria, per "organizzare"

¹⁸ Disposizione già dichiarata parzialmente incostituzionale dalla Corte costituzionale, nella sentenza 5 giugno 1997, n. 173, nella parte in cui prevedeva l'automaticità della sospensione in caso di denuncia per il delitto di evasione. Cfr. C. cost., 5 giugno 1997, n. 173, G.U., 18 giugno 1997, n. 140.

¹⁹ Tale disposizione è conforme alla statuizione della Corte costituzionale contenuta nella sentenza 5 giugno 1997, n. 173, cit.

²⁰ D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, G.U., 6 ottobre 2000, n. 234. In particolare, l'art. 54 disciplina il lavoro di pubblica utilità, quale sanzione sostitutiva nel sistema del giudice di pace.

²¹ Della Bella, *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, www.penalecontemporaneo.it.

un numero così consistente di detenuti. Tale previsione, pertanto, per quanto auspicabile, risulta allo stato attuale alquanto ottimistica.

Sempre al fine di incentivare il lavoro del detenuto, inoltre, sono stati potenziati gli incentivi fiscali a vantaggio di coloro che assumono detenuti e internati, sia nella forma di più vantaggiosi sgravi contributivi, sia di nuovi crediti di imposta²².

Occorre segnalare, poi, che il decreto legge, allo scopo di limitare l'ingresso in istituto penitenziario dei tossicodipendenti, ha esteso l'ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità, già previsto nell'art. 73, comma 5 *bis*, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ai tossicodipendenti condannati per il reato di spaccio nella forma attenuata di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, punito con la reclusione fino a 6 anni, quale sanzione sostitutiva della pena detentiva. Presupposto indefettibile è che si tratti di reati commessi «*in relazione*» alla condizione di dipendenza o di assunzione abituale. Tale ampliamento, però, non ricomprende i delitti previsti dall'art. 407, comma 2 lett. a), c.p.p. ed i reati contro la persona.

Tuttavia, a seguito degli emendamenti operati in sede di conversione, la sostituzione è prevista solo per pene fino ad un anno di detenzione²³ ed esclusivamente nell'ipotesi in cui il reato diverso da quello di cui all'art. 73 comma 5 sia stato «*commesso per una sola volta*». Conseguentemente, l'area di operatività della nuova forma di lavoro di pubblica utilità risulta piuttosto esigua.

Ambigua risulta l'espressione adottata dal legislatore «*commesso per una sola volta*»: parrebbe significare che la sanzione sostitutiva possa essere applicata anche più di una volta, purché il soggetto commetta reati diversi l'uno dall'altro, ma non possa essere applicata a chi commetta per due volte lo stesso reato. Forse sarebbe stato più opportuno, ai fini di una maggiore rispondenza agli scopi preventivi che ispirano la disposizione, ammettere il condannato tossicodipendente ad una sola sostituzione, a prescindere dal tipo di reato commesso.

Ulteriore innovazione apportata dal decreto legge n. 1 luglio 2013, n. 78 concerne l'ampliamento dei compiti attribuiti al Commissario straordinario del Governo per le infrastrutture carcerarie²⁴, i

cui poteri sono stati prorogati fino al 31 dicembre 2014.

TEMPUS REGIT ACTUM E NORME PROCESSUALI

In assenza di specifiche disposizioni transitorie sorgono dubbi in ordine alle sorti dei provvedimenti cautelari in corso di esecuzione alla luce del recente provvedimento normativo²⁵.

Se in virtù del principio del «*tempus regit actum*», canone sul quale si regge l'intero sistema processuale penale, tutte le misure cautelari da adottare devono rispettare il nuovo regime giuridico²⁶, si pone il quesito sull'applicazione o meno della legge n. 9 agosto 2013, n. 94 ai provvedimenti cautelari in corso di esecuzione²⁷.

Al fine della risoluzione del quesito prospettato occorre indagare sul canone del diritto intertemporale, ossia su quel complesso di norme e principi che risolvono i conflitti tra norme nel tempo²⁸. Non si può fare esclusivo ed aprioristico riferimento al carattere processuale delle stesse giungendo a sostenere l'univoca applicabilità del principio *tempus regit actum*.

Al fine della risoluzione dei conflitti in oggetto occorre rispettare anche i principi costituzionali e sovranazionali sulla tutela dei diritti. Si noti che i primi non sembrano alimentare una diversità tra il settore del diritto penale sostanziale e quello pro-

funzioni del commissario straordinario sono state ampliate in materia di programmazione, manutenzione, utilizzo e ristrutturazione di immobili dismessi. Il tutto nel quadro di un coordinamento più incisivo con i ministeri della Giustizia e delle Infrastrutture e con il Parlamento.

²⁵ Parte della dottrina ritiene che affinché si realizzi la «*retroazione*» della nuova regola è necessario che un'apposita disposizione contenuta nella sopravvenuta normativa lo preveda, perché si tratta di un'eccezione alla regola. Cfr. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 390.

²⁶ Si noti che il brocardo latino riassume, con gli opportuni adattamenti al sistema processuale, la regola contenuta nell'art. 11 disp. prel. c.c., in virtù della quale si applica la disciplina vigente al momento del compimento del singolo atto processuale, a nulla rilevando né la disciplina del tempo in cui è stato commesso il fatto di reato per cui si procede, né quella del tempo in cui si è aperto il procedimento penale, né la disciplina sopravvenuta al compimento dell'atto.

²⁷ I principali problemi interpretativi a proposito della successione di norme processuali nel tempo derivano dalla connotazione del processo come fenomeno non istantaneo, ma destinato a svilupparsi nel tempo. Il processo è caratterizzato dall'essere una continua relazione tra gli eventi in costante «*divenire*». Cfr. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, 157.

²⁸ Gambardella, *L'irretroattività*, Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 2012, 224. Ad avviso dell'Autore si tratta di meta-norme di prescrizioni strumentali all'individuazione della norma concretamente applicabile alla fattispecie.

²² Nel dettaglio, si tratta di previsioni, introdotte in sede di conversione, che hanno inciso sulle l. 8 novembre 1991, n. 381, *G.U.*, 3 dicembre 1991, n. 283 e l. 22 giugno 2000, n. 193, *G.U.*, 13 luglio 2000, n. 162.

²³ Nel testo originario del decreto legge, invece, non erano previsti limiti di pena.

²⁴ Escludendo poteri derogatori del codice degli appalti, le

cessuale²⁹. Tuttavia, se il diritto intertemporale penale differenzia le soluzioni in base al contenuto normativo delle novelle, ossia con la retroattività della norma favorevole e l'irretroattività di quella sfavorevole³⁰, nel diritto processuale penale la regola intertemporale non muta: si applica la norma del tempo dell'atto, divieto di applicazione retroattiva della legge, qualsiasi sia il contenuto della modifica intervenuta successivamente.

Arduo risulta, però, individuare il tempo dell'atto in tema di misure privative della libertà personale: se sia solo il tempo in cui è stato disposto o anche quello della sua esecuzione. Nel caso in cui rilevi il momento genetico del provvedimento, le sopravvenienze legislative non si applicano in nessun caso, con conseguente rinuncia ad applicare sia l'effetto *in bonam partem* sia quello *in malam partem*; se invece conta anche il momento dell'esecuzione, si applicano tutte senza alcuna distinzione, perché dal punto di vista temporale le modifiche normative non sono sopravvenienze.

Nella recente pronuncia delle Sezioni unite si è statuito che il tempo è solo quello riferito all'applicazione della misura cautelare custodiale: «la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente e irrevocabilmente le condizioni di legittimità, ne costituisce insomma lo statuto regolativo»³¹. Quale immediato corollario ne consegue che la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova normativa. Dunque, aderendo alla ricostruzione delle Sezioni unite Ambrogio nessuna delle novità introdotte dalla «legge svuota-carceri» potrebbe regolare i provvedimenti cautelari in atto, nemmeno quelle favorevoli³².

²⁹ Montagna, *Procedimento probatorio e successione di norme nel tempo*, Gaito (diretto da) *La prova penale*, I, Torino, 2008, 139 ss. Nella ricerca di criteri uniformi alla luce dei quali improntare l'eventuale conflitto tra norme processuali derivante da un loro susseguirsi nel tempo, l'attenzione ai parametri costituzionali si impone anche in considerazione di quella giurisprudenza di legittimità che considera «i diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione assoluti e irrinunciabili» e prevede che alla loro violazione debba necessariamente corrispondere «un radicale trattamento sanzionatorio, incompatibile con la possibilità di sanatorie e decadenze».

³⁰ In tal caso il quadro normativo intertemporale è chiaro: divieto di applicare la norma sopravvenuta sfavorevole (art. 25 Cost. ed art. 2 c.p.), obbligo di applicare la norma sopravvenuta favorevole (art. 7 Cedu, art. 117 Cost. e art. 2 c.p.).

³¹ Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, *Cass. pen.*, 2011, 4167.

³² In via esemplificativa si pensi alla norma che ha innalzato il limite edittale di pena per l'applicazione della misura custodiale.

Non si può non rammentare che il procedimento di applicazione delle misure cautelari rientra nel novero dei procedimenti complessi, ossia costituito da una pluralità di atti autonomi consequenziali, ciascuno dei quali dovrebbe essere sottoposto alla disciplina vigente al momento della sua adozione. Tale impostazione pregiudica sensibilmente la posizione di colui che è già assoggettato a una misura, in quanto quest'ultimo potrebbe subire periodicamente degli inasprimenti di trattamento. Aderendo a tale diversa interpretazione, sostenuta dalla Sezione unite Di Marco³³ prima del recente *overruling* giurisprudenziale delle Sezioni unite Ambrogio, tutte le modifiche della L. 9 agosto 2013, n. 94 dovrebbero essere applicate ai provvedimenti cautelari già in esecuzione. Anche in tal modo, tuttavia, si applicherebbero delle sopravvenienze sfavorevoli: quelle dell'attuale novella e le variazioni *in malam partem* che nel futuro potrebbero essere introdotte da altri provvedimenti legislativi.

Alla luce delle considerazioni svolte si pone il problema di cercare di differenziare la disciplina intertemporale processuale, valorizzando i contrapposti effetti che le novelle legislative producono sui provvedimenti in atto. Una soluzione potrebbe essere quella di estendere alle norme processuali le regole intertemporali previste per le norme sostanziali attraverso la valorizzazione della natura costituzionale di tali previsioni³⁴. In tale ottica la irretroattività delle norme penali sfavorevoli costituirebbe un principio costituzionale per espressa previsione *ex art. 25 Cost.*, al pari della retroattività della legge favorevole. Occorre rammentare che la Corte e.d.u. ha statuito che la retroattività della *lex mitior* è compresa nell'area della legalità convenzionale affermata dall'art. 7 Cedu³⁵, con conseguente trasformazione del principio in diritto fondamentale³⁶. In applicazione dell'art. 117 Cost, tale principio deve considerarsi parte integrante del nostro sistema costituzionale «direttamente».

Si noti, però, che in via generale la Corte e.d.u. esclude dall'ambito della materia penale le norme di diritto processuale penale, diversamente da quelle che abbiano incidenza nel computo del trattamento sanzionatorio³⁷.

³³ Posizione sostenuta dalle Sezioni unite in reiterate pronunce (Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, n. 8, *C.E.D. Cass.*, n. 190246; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1991, n. 20, *ivi*, n. 188524; e, da ultimo, da Cass., Sez. VI, 4 novembre 2010, n. 41717, *ivi*, n. 248807).

³⁴ C. cost., 14 ottobre 1996, n. 356, www.giurcost.org/decisioni/1996/; C. cost., 15 gennaio 2013, n. 1, www.giurcost.org/decisioni/2013/.

³⁵ Corte e.d.u. G.C., Scoppola contro Italia, 17 settembre 2009, www.giustizia.it

³⁶ Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, www.penalecontemporaneo.it

³⁷ Nel caso Scoppola, cit., si è ritenuta l'applicabilità dell'art.

La Corte e.d.u. assegna alla “finalità repressiva” un ruolo preminente per l’individuazione delle norme che ricadono nel concetto di “materia penale”³⁸. Se la sanzione ha finalità “preventiva” non sussistono le garanzie apprestate dall’art. 7 Cedu, diversamente dall’ipotesi in cui si attribuisca finalità “afflittiva”. La Corte e.d.u. ha già escluso che possano considerarsi afflittive le disposizioni relative alla fase di esecuzione della pena, come le misure alternative alla detenzione³⁹. Sulla base di tale assunto la Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3 c.p.p., come modificato dal D.l. 24 febbraio 2009, n.11⁴⁰, conv. in L. 23 aprile 2009, n. 38⁴¹.

Occorre evidenziare che da sempre la Corte costituzionale sottolinea la necessaria diversità della finalità cautelare con quella afflittiva: la nostra Costituzione esclude che le misure cautelari possano avere “finalità” afflittiva. Il concetto di “finalità” – “scopo” non coincide però con quello di “carattere” – “natura”⁴². Ne consegue che fino a quando la Corte e.d.u. non estenderà anche alla “natura” afflittiva le garanzie previste dall’art. 7 Cedu, non si può sostenere che la retroattività della norma più favorevole e la irretroattività di quella sfavorevole siano canoni imposti dal diritto sovranazionale anche in tema di provvedimenti custodiali.

Alla luce di quanto sopra i due diversi canoni del diritto intertemporale penale, allo stato della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, non possono essere utilizzati per individuare la disciplina applicabile ai provvedimenti cautelari adottati prima della legge n. 9 agosto 2013, n. 94 ed ancora in corso di esecuzione.

Parte della dottrina ritiene che, qualora si faccia uso della così detta interpretazione della “intenzione

controfattuale” del legislatore, fra tutte le modifiche del sistema cautelare operate dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, solo le disposizioni che consentano l’immediata revoca delle misure custodiali in atto potrebbero trovare applicazione: il nuovo art. 280 comma 2 c.p.p. perché comporta l’immediata cessazione di tutte le misure custodiali disposte per i reati puniti con pena massima inferiore ai cinque anni (con esclusione, però dei provvedimenti emessi per i reati di illecito finanziamento dei partiti, in quanto qui la disciplina giuridica è rimasta invariata); il nuovo art. 274, c. 2, lett. c), c.p.p. perché comporta l’immediata cessazione di tutte le misure custodiali disposte per reati puniti con pena massima inferiore ai cinque anni; ed infine il nuovo art. 612 bis, comma 1, c.p., perché consente la cassazione della misura custodiale per tutti i reati di *stalking* che ancora sono assoggettati alla pena massima di quattro anni.

Al contrario, non potrà essere applicato ai provvedimenti in corso di esecuzione il nuovo art. 284 c.p.p., relativo alla modifica degli arresti domiciliari. Tale disposizione non può essere considerata “esecuzione” della condanna della Corte e.d.u., in quanto partecipa a una logica diversa e opposta; siamo in presenza di una modifica sfavorevole che incentiva l’impiego della misura custodiale. Dunque *tempus regit actum* secondo la regola generale, coincidente con l’attuale orientamento delle Sezioni unite, identifica il tempo solo nella genesi del provvedimento cautelare⁴³.

QUALI RIMEDI PER IL DETENUTO?

Nella sentenza Torreggiani, come evidenziato anche dal Presidente della Repubblica nel messaggio alle Camere, la Corte di Strasburgo ha richiamato la raccomandazione del Consiglio d’Europa «a ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione, allo scopo, tra l’altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria»⁴⁴.

Non si può sottacere che la Corte dei Conti, pronunciata in sede di controllo sulla gestione del Ministero della Giustizia nell’anno 2012, sugli esiti dell’indagine condotta su “l’assistenza e la rieducazione dei detenuti”, ha evidenziato che il sovraffollamento carcerario, unitamente alla scarsità delle risorse disponibili, incide in modo assai negativo sulla possibilità di assicurare effettivi percorsi individualiz-

7 Cedu rispetto alla disposizione che disciplina la riduzione di pena nel caso di scelta del giudizio abbreviato, reputandolo direttamente incidente sul *quantum* di pena irrogabile in sede di condanna.

³⁸ Corte e.d.u. (dec.), Adamson c. Regno unito, 26 gennaio 1999, www.europa.eu

³⁹ Corte e.d.u., Uttley c. Regno Unito, 29 novembre 2005, www.europa.eu. Si veda anche Corte e.d.u., Coemme c. Belgio, 22 giugno 2000 che ha escluso dalla classe delle sanzioni la prescrizione. La Cassazione ha statuito che le norme che disciplinano l’esecuzione della pena e le condizioni di applicazione di misure alternative alla detenzione non sono leggi penali sostanziali perché non riguardano l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, dunque esse non sono soggette al principio di irretroattività/retroattività *in mitius*, bensì a quello del *tempus regit actum*.

⁴⁰ D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, *G.U.*, 24 febbraio 2009 n. 45, convertito in L. 23 aprile 2009, n. 38 *G.U.*, 24 aprile 2009, n. 95.

⁴¹ Cass., Sez. III, 3 marzo 2010, n. 15378, *C.E.D. Cass.*, n. 246605, nonché Cass., Sez. III, 29 settembre 2009, n. 41107, *C.E.D. Cass.*, n. 244956.

⁴² C. cost., 1 febbraio 1982, n. 15, www.giurcost.org/decisioni/1982; C. cost., 7 luglio 2010, n. 265, *G.U.* 28 luglio 2010, n. 174.

⁴³ Della Bella, *Convertito in legge il “decreto carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, cit.

⁴⁴ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria, cit.

zati volti al reinserimento sociale dei detenuti. Ne consegue la frustrazione del principio costituzionale della finalità rieducativa della pena, dovuta all'abisso che separa un'ingente parte dell'odierna realtà carceraria dai principi costituzionali, in particolare dagli artt. 27 e 117 Cost. Necessaria, pertanto, la predisposizione di interventi che riconducano la situazione carceraria al rispetto della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti umani.

Il sovraffollamento costituisce un fenomeno di natura strutturale che impedisce il corretto funzionamento di qualsivoglia mezzo di tutela che abbia come scopo specifico il ripristino della legalità penitenziaria. In presenza di tale situazione è necessario, da un lato, un rimedio a carattere compensativo, mediante il quale il detenuto possa ottenere una riparazione, in forma equivalente, per il pregiudizio subito e che logicamente si colloca in una fase in cui l'esecuzione penale *contra legem* sia ormai cessata; dall'altro, un rimedio a carattere preventivo⁴⁵, posto che, «*le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumain et dégradants*»⁴⁶.

Quale corollario ne consegue che, attraverso l'utilizzo di questa tipologia di mezzi di tutela, si determina la fuoriuscita del detenuto dal sistema penitenziario saturo: tradotto in termini di diritto interno, la sospensione o il differimento dell'esecuzione penale.

Analizzando la questione relativa ai possibili rimedi, inevitabilmente si ricade nell'ambito della *voxata quaestio* relativa alla tutela, giurisdizionale o meno, dei diritti della persona *in vinculis*; o meglio, si è automaticamente portati a riflettere sulla relazione tra legalità penitenziaria, situazioni soggettive nell'ordinamento penitenziario e dimensione della giurisdizione nell'esecuzione delle pene detentive.

Secondo la giurisprudenza europea onere processuale e rispetto da parte dello Stato convenuto dell'art. 13 Cedu sono intimamente collegati: quanto osta al riconoscimento che lo Stato convenuto abbia previamente offerto al ricorrente uno strumento effettivo di tutela, al contempo impedisce l'accoglimento di un'eccezione pregiudiziale volta a far valere l'inammissibilità del ricorso⁴⁷.

⁴⁵ Si noti che la Corte europea ha riconosciuto l'incompatibilità tra l'adeguato funzionamento dei rimedi preventivi e la situazione generale di sovraffollamento. Cfr., sul punto Corte e.d.u., Sez. IV, 22 ottobre 2009, Norbert Sikorski c. Polonia

⁴⁶ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, cit.

⁴⁷ Cfr. Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, cit., § 48: «*En particulier la Convention ne prescrit l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles*

La Corte giunge in tal modo a ritenere ammissibili i ricorsi pur senza previa azione dinanzi al magistrato di sorveglianza, perché quest'azione non riuscirebbe comunque a garantire alle parti in ipotesi vincitrici il miglioramento delle condizioni detentive. Fin qui si è trattato dell'indisponibilità *de facto* di un rimedio di natura preventiva. La Corte distingue, poi, tra protezione diretta e indiretta dei diritti fondamentali, distinzione corrispondente a quella tra rimedi preventivi e rimedi compensativi, posto che i primi direttamente eliminano il fatto lesivo, gli altri indirettamente attribuiscono al detenuto una riparazione equivalente al pregiudizio subito.

Secondo la Corte, dalla contestuale lettura degli artt. 3 e 13 Cedu., discende la necessità di un istituto giuridico che consenta al soggetto leso, nel corso della lesione, di ottenerne l'immediata cessazione.

Stando alla ricostruzione operata dalla Corte, la situazione di fatto in Italia impedisce di riconoscere a qualsivoglia mezzo di tutela previsto dall'ordinamento interno l'idoneità ad eliminare la lesione eventualmente subita dal detenuto, ovvero il contrasto tra le condizioni in cui si esegue la sanzione penale e l'art. 3 Cedu.

Sul versante dei rimedi a carattere preventivo, immediatamente il pensiero corre al reclamo *ex art.* 35 l. 26 luglio 1975, n. 354⁴⁸, rivolto al magistrato di sorveglianza. Parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁹ ha riconosciuto in tale strumento la via che il detenuto deve percorrere ogni qual volta sia in questione un suo diritto primario di matrice penitenziaria.

Unanimesi risultano dottrina⁵⁰ e giurisprudenza nel ritenere l'esclusività di questa competenza dell'organo monocratico di sorveglianza, non essendo ammesso che sui diritti primari del detenuto che discendono dalle norme d'ordinamento penitenziario possa esprimersi una diversa istanza giurisdizionale, e la forma giurisdizionale della decisione del magistrato di sorveglianza sull'oggetto del reclamo.

et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues.

⁴⁸ L. 26 luglio 1975, n. 354, G.U., 9 agosto 1975, n. 212.

⁴⁹ Si fa riferimento alla tendenza giurisprudenziale che va dalla sentenza della Corte Costituzionale 11 febbraio 1999, n. 26, a quella espressa dalle Sezioni Unite nel 2003. Per una ricognizione più dettagliata si veda C. cost., 11 febbraio 2009, n. 26, *Giur. Cost.*, 1999, con note di Bartole, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale e Cass.*, Sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *Cass. pen.*, 2004, con nota di Mura, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, 1362.

⁵⁰ Canepa-Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 603 ss.

Occorre rammentare che la natura giurisdizionale di un procedimento giudiziale e del relativo provvedimento conclusivo è una caratteristica che può riconoscersi solo previa accurata ponderazione, distinguendo tra attività giudiziaria e attività giurisdizionale, tra mero intervento autoritativo del giudice e accertamento in funzione dichiarativa di una situazione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento.

A parte la previsione del ricorso per cassazione⁵¹, una considerazione sistematicamente orientata dimostra che il procedimento per reclamo è giudiziale, ma non giurisdizionale⁵²: esso è sensibilmente sguarnito sul piano delle garanzie offerte alle parti per contribuire dialetticamente alla formazione del convincimento del giudice⁵³. Dunque, il procedimento per reclamo, anche nell'ipotesi di declaratoria d'inammissibilità, perviene ad una decisione, ma mai ad un accertamento in senso tecnico-processuale: il provvedimento del giudice è vincolante, ma non preclusivo della questione circa l'effettiva sussistenza o meno della situazione soggettiva cui pure si fornisce tutela.

La natura incidentale dell'accertamento è una caratteristica costante del procedimento per reclamo, che si evince dal suo essere privo di strutturate garanzie per le parti tali da assicurare pienamente ed esaurientemente lo sviluppo del contraddittorio.

Per quanto concerne il lavoro penitenziario la Corte Costituzionale⁵⁴ ha attribuito la competenza giurisdizionale in materia agli organi della giurisdizione civile, facendo salva per il resto la competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza⁵⁵.

Non è chiara, tuttavia, la ragione per la quale soltanto i diritti nascenti dal rapporto di lavoro meriterebbero un meccanismo decisorio sufficientemente

garantito, diversamente dalle altre posizioni soggettive che maturano in capo al detenuto nel corso e per effetto dell'esecuzione penale, le quali resterebbero confinate nello schema del reclamo. Si noti che anche un procedimento a basso titolo formale è compatibile col dettato costituzionale, purché non sia un procedimento giurisdizionale.

Il reclamo al magistrato di sorveglianza si offre al detenuto come strumento complementare, non sostitutivo dei mezzi ordinari di tutela giurisdizionale. Esso intende garantire, in considerazione della situazione di particolare debolezza in cui il detenuto viene a trovarsi in ragione della restrizione della sua libertà personale, una tutela immediata.

In questo senso, si potrebbe parlare di una sorta di meccanismo cautelare, se il provvedimento del magistrato di sorveglianza non fosse svincolato dalla valutazione di qualsivoglia ragione d'urgenza. La mancanza, tra i suoi requisiti, del *periculum in mora* comporta che tale procedimento ha come funzione esclusiva quella di formare un provvedimento vincolante nei confronti dell'amministrazione, senza decidere definitivamente sul diritto azionato dal reclamante.

Si sarebbe quindi potuto conservare il reclamo, anche in materia di lavoro penitenziario, come procedimento attraverso cui si decide sommariamente, ma non si accerta definitivamente, perché resta salva la possibilità di adire la giurisdizione ordinaria. Esclusa, infatti, la giurisdizionalità del reclamo, cade l'argomentazione fondata sul principio di ragionevolezza in relazione al rito ordinario delle controversie lavoristiche.

Parte della dottrina e della giurisprudenza, poi, hanno prospettato la possibilità di applicare gli artt. 146 e 147 c.p., ossia gli istituti del differimento facoltativo ed obbligatorio. Tuttavia, il rischio di subire trattamenti inumani o degradanti non rientra tra le ipotesi tassativamente previste per poter provvedere in tal senso.

Il Tribunale di sorveglianza di Venezia, con ordinanza del 13 febbraio 2013, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., per contrasto con gli artt. 2, 3, 27 comma 3, 117 comma 1 Cost., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità⁵⁶. Questa recentissima presa di posizio-

⁵¹ Di per sé non decisiva, perché, se è vero che ogni provvedimento munito di efficacia dichiarativa deve essere ricorribile per cassazione (art. 111, comma 7, Cost.), non è necessariamente vero il contrario, cioè che ogni provvedimento ricorribile per cassazione sia munito di efficacia dichiarativa.

⁵² La stessa Corte costituzionale ha affermato che, nell'ambito del procedimento per reclamo, le ragioni dell'amministrazione debbano essere rappresentate in giudizio dal p.. Cfr. C. cost., 23 ottobre 2009, n. 266, *Giur. cost.*, 2009, § 6.3, con nota di Renoldi, *Una nuova tappa nella "lunga marcia" verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*.

⁵³ In via esemplificativa si pensi alla posizione processuale dell'amministrazione penitenziaria, alla quale non viene riconosciuto neppure il diritto di stare in giudizio per il tramite di un rappresentante tecnico e il cui ruolo nel procedimento si riduce alla mera presentazione di memorie scritte.

⁵⁴ Cfr. C. cost., 27 ottobre 2006, n. 341, *Giur. cost.*, 2006, con nota di Fiorentin, *Tutela laboristica del detenuto e ruolo del magistrato di sorveglianza alla luce della sent. cost. n. 341 del 2006*, 3385.

⁵⁵ Cfr. C. cost., 8 ottobre 2009, n. 266, *G.U.*, 28 ottobre 2009, n. 251.

⁵⁶ Trib. Sorv. Venezia, 13 febbraio 2013, ordinanza n. 427, www.tribunaledisorveglianza.venezia.it. Cfr. sul punto Vigandò, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, www.penalecontemporaneo.it. Sul punto cfr. anche Ma-

ne, animata da intenzioni certamente condivisibili, mira ad una soluzione definitiva in grado di imporsi con nettezza sul piano normativo: una sentenza additiva della Corte Costituzionale che risolva la questione dei rimedi attivabili *in executivis* nel caso di sovraffollamento.

La facoltatività del rinvio non sembra però una scelta adeguata alla gravità delle situazioni di sovraffollamento: il differimento dell'esecuzione dovrebbe piuttosto assumere carattere obbligatorio, non essendovi traccia, nella giurisprudenza di Strasburgo, della necessità di una ponderazione tra il diritto fondamentale protetto dall'art. 3 Cedu e la valutazione circa la sussistenza del concreto pericolo di commissione di delitti, di cui all'ultimo comma dell'art. 147 c.p. Inoltre, l'art. 69, comma 5, l. 26 luglio 1975, n. 354, non esclude che, tra i poteri del magistrato di sorveglianza, sia già compreso quello di incidere alla radice dell'esecuzione quando non si trovi altro modo per evitare la violazione dell'art. 3 Cedu⁵⁷.

In data 9 ottobre la Corte costituzionale, a poche ore di distanza dal messaggio inviato alla Camera dal Presidente della Repubblica, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., sollevate dai Tribunali di Sorveglianza di Venezia⁵⁸ e di Milano⁵⁹, nella parte in cui la disposizione normativa non prevede tra i casi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena la situazione di sovraffollamento carcerario. Nel dettaglio, la Corte ha ritenuto di «*non potersi sostituire al legislatore*» nell'individuazione di un rimedio giurisdizionale al problema del sovraffollamento carcerario, «*essendo possibili una pluralità di soluzioni*». Tuttavia, la stessa si è riservata di adottare, «*in caso di inerzia del legislatore*», «*in un eventuale successivo procedimento*», le «*necessarie decisioni dirette a far cessare l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità*».

Di fronte all'allarmante stratificazione di poste e provvedimenti normativi mai esaurienti, e

decisioni giurisprudenziali, parte della dottrina ha individuato ulteriori strade da percorrere per risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, quali l'introduzione di meccanismi di *probation*. A tale riguardo, il disegno di legge delega approvato dalla Camera e ora all'esame del Senato, prevede, per taluni reati ed in caso di assenza di pericolosità sociale, la possibilità per il giudice di applicare direttamente la «*messa alla prova*» come pena principale⁶⁰. In tal modo il condannato verrà da subito assegnato ad un percorso di reinserimento, evitando l'ingresso in carcere.

Si potrebbero prevedere, poi, pene limitative della libertà personale, ma «*non carcerarie*», quali la pena, irrogabile direttamente dal giudice con la sentenza di condanna, della «*reclusione presso il domicilio*»⁶¹.

Sarebbe opportuno, inoltre, l'accrescimento dello sforzo diretto a far sì che i detenuti stranieri possano espriare la pena inflitta in Italia nei loro Paesi di origine⁶². A tal uopo è necessario promuovere ed attuare specifici accordi con i Paesi di origine dei detenuti stranieri⁶³. Sinora, tuttavia, scarsi sono stati i risultati concreti conseguiti⁶⁴. Al fine di un incremento degli stessi il Ministro della Giustizia si è impegnato per rivedere il contenuto degli accordi per rendere più rapidi ed agevoli i trasferimenti e per stipulare nuove convenzioni con i Paesi (principalmente dell'area del Maghreb) da cui proviene la maggior parte dei detenuti stranieri. Tra i fattori di criticità del meccanismo di trasferimento dei detenuti stranieri, dev'essere anche annoverata la difficoltà, sul piano giuridico, di disporre tale misura nei confronti degli stranieri non ancora condannati in via definitiva, che rappresentano circa il 45% del totale dei detenuti stranieri.

Alcuni prospettano, poi, una incisiva depenalizzazione dei reati, per i quali la previsione di una sanzione diversa da quella penale può avere una efficacia di prevenzione generale non minore.

china Grifeo, *Carceri sovraffollate: Venezia chiede il rinvio della pena. Avvocati, nuova strada per i diritti*, Guida dir., 2013, 44.

⁵⁷ A sostegno della posizione espressa dal Tribunale di Venezia milita una non trascurabile ragione d'opportunità: una volta compiuto l'intervento additivo sul corpo dell'art. 147 c.p., sarebbe infatti possibile ricorrere alla disposizione di cui all'art. 47-ter comma 1-ter l. n. 26 luglio 1975, n. 354, che consente di salvaguardare, oltre al rispetto della Convenzione, anche il principio d'indeffettibilità dell'esecuzione penale, concedendo al detenuto in un carcere sovraffollato il beneficio della detenzione domiciliare.

⁵⁸ Trib. Sorv. Venezia, 13 febbraio 2013, ordinanza n. 427, www.penalecontemporaneo.it, cit.

⁵⁹ Trib. Sorv. Milano, ordinanza 12 marzo 2013, n. 928/2013 SUI, www.media.camerapenalemilano.it

⁶⁰ Tale proposta era stata avanzata anche nel d.d.l. S3045-6, www.giustizia.it

⁶¹ Non si può non evidenziare che una proposta in tal senso era stata avanzata dal d.d.l. C 5019 bis di «*delega al Governo in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*».

⁶² A tal uopo occorre rilevare che in base ai dati del DAP, la percentuale dei cittadini stranieri sul totale dei detenuti è circa il 35%.

⁶³ Si evidenzia che l'Italia ha aderito alla Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate e ha già stipulato nove accordi bilaterali in tal senso.

⁶⁴ Nel corso del 2012 solo 131 detenuti stranieri sono stati trasferiti nei propri Paesi, mentre nei primi sei mesi del 2013 il numero è di 82 trasferimenti.

Si è inoltre prospettata la possibilità di adottare rimedi straordinari. *In primis*, si è fatto riferimento all'indulto, che non incidendo sul reato, ma comportando solo l'estinzione di una parte della pena detentiva, può applicarsi ad un ambito esteso di fattispecie penali (fatta eccezione per alcuni reati particolarmente gravi). Il provvedimento di clemenza, però, dev'essere accompagnato da idonee misure, soprattutto amministrative, finalizzate all'effettivo reinserimento delle persone scarcerate, che dovrebbero essere concretamente accompagnate nel percorso di risocializzazione.

Al provvedimento di indulto, potrebbe aggiungersi una amnistia⁶⁵.

Alquanto raro è risultata la sua applicazione. Le ragioni dell'assenza di provvedimenti di amnistia sono da individuare, oltre che nella modifica costituzionale che ha previsto per le leggi di clemenza un *quorum* rafforzato (maggioranza di due terzi dei componenti di ciascuna Camera), anche in una "ostilità agli atti di clemenza" diffusasi nell'opinione pubblica; ostilità cui si sono aggiunti, anche in anni recenti, numerosi provvedimenti che hanno penalizzato, o sanzionato con maggior rigore, condotte la cui reale offensività è stata invece posta in dubbio da parte della dottrina penalistica (o per le quali è stata posta in dubbio l'efficacia della minaccia di una sanzione penale).

L'indulto, a differenza dell'amnistia, impone di celebrare comunque il processo per accertare la colpevolezza o meno dell'imputato e, se del caso, applicare il condono, totale o parziale, della pena irrogata ed al contrario dell'amnistia che estingue il reato, non elimina la necessità del processo, ma annulla, o riduce, la pena inflitta.

L'effetto combinato dei due provvedimenti (un indulto di sufficiente ampiezza, ad esempio pari a tre anni di reclusione, e una amnistia avente ad oggetto fattispecie di non rilevante gravità) potrebbe conseguire rapidamente i seguenti risultati positivi: l'indulto avrebbe l'immediato effetto di ridurre considerevolmente la popolazione carceraria⁶⁶, l'amnistia consentirebbe di definire immediatamente

numerosi procedimenti per fatti bagatellari (destinati di frequente alla prescrizione se non in primo grado, nei gradi successivi del giudizio), permettendo ai giudici di dedicarsi ai procedimenti per reati più gravi e con detenuti in carcerazione preventiva. L'effetto che si produrrebbe consisterebbe, oltre che nell'accelerazione dei tempi della giustizia, nella riduzione del periodo sofferto in custodia cautelare prima dell'intervento della sentenza definitiva (o comunque prima di una pronuncia di condanna, ancorché non irrevocabile).

La rieducazione dei condannati, cui deve tendere l'esecuzione della pena, necessita di alcuni presupposti indefettibili, tra quali si annoverano la non lontananza tra il luogo di espiazione e la residenza dei familiari, la distinzione tra persone in attesa di giudizio e condannati, un'adeguata tutela del diritto alla salute, dignitose condizioni di detenzione; differenziazione dei modelli di intervento. Tale garanzie possono essere rispettate solo nel caso di eliminazione del sovraffollamento carcerario.

(SEGUE) RIMEDI COMPENSATIVI

Come accennato, al fine di ottenere una più razionale sistemazione dei diversi istituti previsti dall'ordinamento interno a tutela delle situazioni soggettive della persona *in vinculis*, occorre operare una distinzione tra rimedi alternativi di natura preventiva e rimedi compensativi⁶⁷.

Quando si pensa a questi ultimi il riferimento più immediato è quello alla tutela aquiliana prevista dall'art. 2043 c.c. Il risarcimento dei danni per fatto illecito dell'amministrazione penitenziaria è stato più volte invocato dinanzi agli organi di giustizia italiani ed ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale non ancora sopito. In particolare, si fa riferimento alla questione concernente la competenza del magistrato di sorveglianza, in sede di reclamo *ex artt.* 35 e 69 l. 26 luglio 1975, n. 354, sulle domande aventi ad oggetto una pretesa risarcitoria della persona detenuta per le condizioni in cui era costretta a vivere in costanza dell'esecuzione penale.

Al riguardo, la Suprema Corte ha statuito che in tema di risarcimento dei danni non è ammessa l'azione *ex artt.* 35 e 69 l. 26 luglio 1975, n. 354, poiché la materia è riservata agli organi della giurisdizione civile⁶⁸.

⁶⁵ Si noti che dal 1953 al 1990 sono intervenuti tredici provvedimenti con i quali è stata concessa l'amnistia (sola o unitamente all'indulto). Dopo l'ultimo provvedimento di amnistia (D.P.R. 12 aprile 1990, n. 75, *www.interno.gov.it*) – risalente a ventitré anni fa – è stata, approvata dal Parlamento soltanto una legge di clemenza, relativa al solo indulto (legge 31 luglio 2006 n. 241, *GU* 31 luglio 2006, n. 176).

⁶⁶ Dai dati del DAP risulta che al 30 giugno 2013 circa 24.000 condannati in via definitiva si trovavano ad espia una pena detentiva residua non superiore a tre anni; essi quindi per la maggior parte sarebbero scarcerati a seguito di indulto, riportando il numero dei detenuti verso la capienza regolamentare.

⁶⁷ Cfr. Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, cit., § 51.

⁶⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 26 febbraio 2003, *Cass. pen.*, 2004, con nota di Mura, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale*

Pur ammettendo la competenza universale del magistrato di sorveglianza su ogni diritto soggettivo che sorga in capo al detenuto in virtù delle norme di ordinamento penitenziario, bisognerebbe comunque tener ferma la distinzione tra diritti primari e diritti secondari. Risulta carente, allo stato, una norma che attribuisca alla magistratura di sorveglianza una competenza anche su quei diritti che sorgono in capo al detenuto come conseguenza della lesione di un diritto soggettivo di matrice penitenziaria. Allo stesso modo manca nell'ordinamento italiano una norma che attribuisca in generale al magistrato di sorveglianza la competenza ad esercitare la funzione giurisdizionale in materia di diritti della persona *in vinculis*.

L'URGENZA DI CAMBIARE LE CONDIZIONI CARCERARIE

Se il processo penale è un «*fatto culturale*»⁶⁹, al suo interno l'esecuzione penitenziaria lo è ancora di più⁷⁰: da tali definizioni si comprende che l'essenza del fenomeno carcerario si coglie non solo sfogliando il codice di rito in combinato disposto con l'ordinamento penitenziario, ma vagliando le scelte filosofiche, religiose, politiche, di quel determinato momento storico; tuttavia, al riguardo, le carte si mescolano spesso e l'intervento normativo sul carcere resta collegato con una pluralità di aree: segregazione psichiatrica, difesa della libertà di stampa, diritti dei migranti.

Il processo giusto, come designato dalla giurisprudenza di Strasburgo, non tollera prigionie degradate: non le tollera in nessun caso, perché davanti all'art. 3 Cedu non esiste alcun diritto che tenga, non rilevano situazioni emergenziali o di crisi, non influiscono gli stati di urgenza che minacciano la vita della nazione seppure conosciuti e previsti (art. 15 Cedu). Anche «*nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo o al crimine organizzato*», hanno sottolineato i giudici europei⁷¹, «*la Convenzione vieta nel modo più assoluto la tortura e i trattamenti o le pene inumani e degradanti... a prescindere dalla condotta della vittima*».

Impermeabile ad ogni sorta di bilanciamento, il divieto di tortura è inderogabile.

anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento *de plano*, 1367.

⁶⁹ Cordero, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 70.

⁷⁰ Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011.

⁷¹ Corte e.d.u., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, § 119, www.ras-senapenitenziaria.it

In una Risoluzione sui diritti fondamentali il Parlamento europeo (al punto 188) esprime seria preoccupazione per la situazione dei detenuti nell'Unione europea⁷². I punti di debolezza sono ravvisabili, si ritiene, nell'assenza di una trasposizione nazionale del cordone sanitario che per il Consiglio d'Europa si basa sulla simbiosi di alcuni verbi: dichiarare, tutelare, prevenire, risarcire⁷³.

Inoltre, spesso gli Stati non rispettano l'art. 46 Cedu che impegna i Paesi contraenti a «*conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte*».

«*Più va a rotoli, più ci sono possibilità che funzionino*»: per uniformarsi a quelle linee-guida (tolleranza zero, ossessione sicurezza, populismo), che nulla hanno a che vedere con i principi, l'apparato carcerario smarrisce/indebolisce l'effettività dei diritti corrispondente alla loro concreta attuazione.

Il decreto legge n. 1 luglio 2013, n. 78, convertito in legge n. 9 agosto 2013, n. 94, costituisce un primo passo per scongiurare il dramma del sovraffollamento carcerario. Numerose, tuttavia, risultano tutt'oggi le modifiche da apportare al sistema carcerario.

Il sovraffollamento, in sé considerato, non è ancora un trattamento inumano e degradante, ma una situazione di fatto suscettibile di specificarsi come trattamento inumano e degradante nei confronti del singolo che la debba subire.

La detenzione lesiva dell'art. 3 Cedu dev'essere considerata al pari di una pena ineseguibile. La pena inumana è una «*non pena*», dunque «*andrebbe sospesa o differita in tutti i casi in cui si svolga in condizioni talmente degradanti da non garantire il rispetto della dignità del condannato*»⁷⁴.

Non vi è posto nel sistema della Convenzione, che riconosce tolleranza e apertura di spirito come caratteristiche della società democratica, per una privazione automatica dei diritti fondamentali basata unicamente sul fatto che ciò potrebbe infastidire l'opinione pubblica.

⁷² Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2012 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2010-2011), (2011/2069(INI)), www.europarl.europa.eu

⁷³ Corte e.d.u., 22 ottobre 2009, Orchowski c. Polonia, www.europeanrights.eu/public/newsletter. In essa la Corte individua le carenze strutturali ed indica le modifiche legislative necessarie per riallinearsi agli *standards* convenzionali. Per un maggior approfondimento cfr. Buzzelli, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte I)*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 397.

⁷⁴ Viganò, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, www.penalecontemporaneo.it

FRANCESCO TRAPELLA

Dottore di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Guida in stato di ebbrezza e lavori di pubblica utilità *ante iudicatum*

Driving while intoxicated and Works of public utility ante iudicatum

Gli artt. 186, comma 9 *bis* e 187, comma 8 *bis*, c. str. demandano anche al “giudice che procede” il controllo ultimo su eventuali violazioni commesse nello svolgimento del lavoro di pubblica utilità dal condannato per guida in stato di ebbrezza o sotto l’effetto di droghe. Un’interpretazione letterale impone, così, di ritenere compatibile, o almeno iniziabile, la prestazione socialmente utile prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Questa conclusione contrasta, però, con la prassi di diversi uffici giudiziari e con il parere di chi la ritiene elusiva della presunzione di non colpevolezza e delle regole ordinarie che disciplinano il procedimento di esecuzione.

Articles 186, paragraph 9a and 187, paragraph 8a c. str. devolve to the “proceeding judge” control over any violations committed in the performance of community service by convicted of driving while intoxicated or under the influence of drugs. According to the literal exegesis is possible to start the service before the final judgment. This conclusion contrasts, however, with the practice of various judicial offices and with the advice of those who consider it contrary to the presumption of innocence and to the ordinary rules governing the enforcement proceedings.

UN PANORAMA NORMATIVO IN CONTINUA EVOLUZIONE¹

Secondo l’art. 1 del d.m. 26 marzo 2001, «il lavoro di pubblica utilità consist[e] nell’attività non retribuita a favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assi-

stenza sociale o di volontariato», individuati sulla base di «convenzioni da stipulare con il Ministero della giustizia o, su delega di quest’ultimo, con il Presidente del tribunale, nell’ambito e a favore delle strutture esistenti in seno alle amministrazioni, agli enti o alle organizzazioni indicati nell’art. 1, comma 1» (art. 2, d.m. 26 marzo 2001).

L’art. 54 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 colloca il lavoro di pubblica utilità tra le pene² applicabili dal

¹ Per una completa disamina sull’evoluzione normativa si rimanda a D’Agnolo, *I lavori di pubblica utilità: un fenomeno non (sempre) di chiara adozione*, in questa rivista, 2013, 2, 88, ss.

² Tra le pene principali: v. Pisa, *La disciplina sanzionatoria*,

giudice di pace «*su richiesta dell'imputato*» (comma 1)³; l'art. 4bis, comma 1, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, introducendo l'art. 73, comma 5bis, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, ha previsto la sanzione in argomento come sostitutiva delle pene detentive o pecuniarie per illeciti di stupefacenti di lieve entità⁴; l'art. 33, commi 1 – inserendo l'art. 186, comma 9 bis, c. str. – e 3 – con l'aggiunta dell'art. 187, comma 8bis, c. str. –, l. 29 luglio 2010, n. 120 ha esteso ulteriormente l'area di applicazione del lavoro di pubblica utilità anche ai reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di droghe⁵.

L'attività socialmente utile viene svolta dal condannato nella propria provincia di residenza⁶ (art. 54, comma 3, d.lgs. n. 274 del 2000) per un periodo non inferiore a dieci giorni e non superiore a sei mesi (comma 2), per non più di sei ore settimanali, salva diversa disposizione del giudice su domanda del condannato (comma 3), mai potendo comunque la durata giornaliera delle attività oltrepassare le otto ore (comma 4). «*Ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro*» (comma 5). In parziale deroga al regime descritto, gli artt. 186, comma 9 bis e 187, comma 8 bis, c. str. prevedono che il lavoro di pubblica utilità abbia una durata pari a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione di quella pecuniaria raggiungendo 250 euro ad un giorno di attività.

La materia è quanto mai attuale: il decreto “svuota carceri” (d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94) estende il disposto dell'art. 73, comma 5bis, d.p.r. n. 309 del 1990 al reato commesso «*per una sola volta*» dal tossicodipendente o dall'assuntore abituale di droghe, punito con pena in concreto non superiore ad un anno, anche se trattasi di

illecito diverso da quelli indicati dall'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990 (produzione, traffico o illecita detenzione di stupefacenti “di lieve entità”), purché, però, non rientri in alcuna delle ipotesi dell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. (nuovo art. 73, comma 5ter, d.p.r. n. 309 del 1990, introdotto dall'art. 3 del d.l. n. 78 del 2013). La stessa novella, poi, interviene sulla legge di ordinamento penitenziario con il nuovo art. 21, comma 4ter, che ammette detenuti ed internati, con l'eccezione di chi abbia riportato una condanna per reati di associazione mafiosa, allo svolgimento di attività socialmente utile – se del caso, a servizio o a sostegno delle vittime, dei congiunti di queste o delle categorie lese dai reati commessi – a titolo volontario e gratuito, applicando, in quanto compatibile, l'art. 54, d.lgs. n. 274 del 2000.

Vari sono gli spunti di riflessione, tante, e non sempre tra loro opportunamente coordinate, le regole. L'indagine si occuperà di una questione specifica, attinente al momento iniziale dell'esecuzione della pena sostitutiva: a fronte di una norma dubbia – quella contenuta nel codice della strada a proposito della guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di droghe – ci si domanderà se sia possibile intraprendere il lavoro di pubblica utilità anche prima del passaggio in giudicato della condanna di primo grado⁷.

IL DATO NORMATIVO⁸

La legge stabilisce che «*in caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del pubblico ministero o di ufficio, [...] dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della misura di sicurezza della confisca*» (artt. 186, comma 9 bis e 187, comma 8 bis, c. str.).

Fermo che “*il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione*” si riferisce al soggetto preposto al controllo in ultima istanza sul corretto compimento della pena⁹, la lettera della legge induce a ritenere che sul-

AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000, 209, ss.

³ In tema, per utili approfondimenti, Leoncini, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, 442 ss., che nota, tra le altre cose, la necessità della richiesta del condannato ad eseguire il lavoro di pubblica utilità per evitare che la detta pena sostitutiva si configuri «*come una sorta di lavoro forzato, in violazione dell'esplicito divieto posto dall'art. 4 Conv. eur. dir. uomo*» (p. 460).

⁴ Si badi. Il giudice può disporre la misura sostitutiva: è un suo apprezzamento discrezionale che terrà conto della richiesta dell'imputato e del parere del pubblico ministero. Sul punto, Cass., Sez. III, 27 gennaio 2011, n. 6876, *CED Cass.*, 249542. Sul carattere “personalissimo” dell'istanza dell'accusato, Cass., Sez. 16 giugno 2009, n. 40101, *CED Cass.*, 244684.

⁵ In argomento, Bricchetti-Pastorelli, *Al posto della pena lavori di pubblica utilità*, *Guida dir.*, 2010, 35, XXIV ss.

⁶ Assai recentemente questa previsione è stata dichiarata illegittima per violazione degli artt. 3 e 27 Cost. da Corte cost., sent. 5 luglio 2013, n. 179, *www.penalecontemporaneo.it*

⁷ Risponde affermativamente, ciò però ammettendosi esclusivamente su base volontaria da parte del condannato, Trib. Torino, Sez. III, 20 gennaio 2011, *www.penalecontemporaneo.it*. Di avviso contrario, stante la presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva di condanna, Trib. Ferrara, 6 novembre 2012, inedita.

⁸ In via generale si consiglia la lettura di Cipolla, *Le principali questioni in materia di reati stradali*, *Giur. merito*, 2011, 1230, ss..

⁹ Spettando al giudice la valutazione circa l'entità della violazione occorsa; egli potrà ovviamente avvalersi delle informazioni fornitigli dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. In tema, Cirillo, *Guida in stato di alterazione da alcol o sostanze stupefacenti*, Milano, 2012, 162.

le modalità di svolgimento dei lavori possa vigilare tanto il giudice che procede quanto quello dell'esecuzione. Ancora, il fatto che si parli di "giudice che procede" imporrebbe di affermare, nel caso sia lui a sorvegliare la prestazione del condannato, che ci sia un procedimento aperto e che, dunque, la decisione applicativa della pena non sia ancora passata in giudicato. Rovesciando i termini della questione, sarebbe, quindi, ammissibile l'inizio dei lavori anche subito dopo la pronuncia di primo grado.

Una tale conclusione merita di essere studiata almeno sotto due profili: quello dei rapporti con la presunzione di non colpevolezza e l'altro, della possibilità per il pubblico accusatore di impugnare la sentenza di condanna a lavori già intrapresi.

LA COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA CON LA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA

È notorio che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» (art. 27, comma 2, Cost.); ugualmente risaputo è il dato per cui nel nostro ordinamento sono previste limitazioni della libertà personale in contesti antecedenti al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna. Partendo da qui – il che motiva un'incursione nella materia cautelare – vorrà considerarsi il rapporto tra lavoro di pubblica utilità *ante iudicatum* e presunzione di non colpevolezza.

Occorre anzitutto guardare l'art. 274 c.p.p.: le finalità cautelari lì elencate «riflettono – pur con tutte le riserve che circondano l'esigenza di tutela della collettività – altrettanti interessi considerati dalla legge rilevanti e idonei a sacrificare il bene della libertà personale»¹⁰. Quello che concerne l'imputato nei cui confronti viene applicata una cautela è un «giudizio di probabilità circa la [sua] colpevolezza»¹¹, esistendo «prove schiacciati» che addirittura potrebbero «tentare» «legge e giudici [...] ad anticipare il trattamento sanzionatorio»¹²; è servito, così, bilanciare le esigenze della collettività, e quindi del procedimento, con i diritti dell'accusato, creando un sistema in grado di invalidare istituti di vecchia memoria, quali «l'automatismo della cattura, indipendente da effettive esigenze cautelari; i divieti legali alla libertà provvisoria; e i tempi lunghi della custodia»¹³.

¹⁰ Così, Negri, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 10.

¹¹ Con queste parole, Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 154.

¹² Sia il verbo «tentare» – particolarmente espressivo nel contesto di riferimento –, sia la citazione, da Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, *Ind. pen.*, 2000, 87.

¹³ Cordero, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006, 474. L'Autore

Passando allo specifico ambito di indagine, è inegabile che le norme sul lavoro di pubblica utilità assolvono ad una funzione di enorme rilievo tanto per il pubblico quanto per il condannato¹⁴: «una sua più ampia applicazione, valorizzando quanto sancito dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione, può sicuramente concorrere a migliorare l'efficienza di tutto il sistema dell'esecuzione penale»; si tratta, infatti, «di una sanzione caratterizzata da una valenza moderatamente affittiva, priva di effetti stigmatizzanti, [che] segna un'ulteriore evoluzione verso la valorizzazione della funzione rieducativa della pena ed apre nuove prospettive allo sviluppo di un articolato sistema sanzionatorio non detentivo»¹⁵.

Nel codice della strada è definito un meccanismo finalizzato al recupero del reo, che si sottopone volontariamente a svolgere attività socialmente utile: stante l'incostituzionalità dei cd. lavori forzati, bisogna che il condannato *non si opponga* alla prestazione di pubblica utilità. È, insomma, l'annosa questione su quale sia la pena più efficace, occorrendo ormai «considerare [...] l'ipotesi di pene alternative [...], in cui il cuore della sanzione non sia più la privazione del tempo libero tout court, ma – semmai – l'obbligo di impiegare il proprio tempo per finalità utili sia per il condannato, sia per la società»¹⁶, anche se «l'art. 4 della CEDU contiene un espresso divieto di schiavitù e di lavori forzati»¹⁷. Ecco, allora, che il legislatore ha coniato una nuova *species* punitiva nell'intento di realizzare un obiettivo virtuoso e di interesse comune: in ciò si

critica la giurisprudenza costituzionale sul punto: con «depimenti eufemismi», avrebbe eluso le relative questioni: si citano C. Cost., sent. 21 dicembre 1983, n. 342; C. Cost., sent. 14 gennaio 1982, n. 15; C. Cost., sent. 23 gennaio 1980, n. 1; C. Cost., sent. 14 aprile 1976, n. 88; C. Cost., sent. 23 gennaio 1974, n. 17; C. Cost., sent. 18 luglio 1973, n. 147. Il testo di ogni pronuncia è disponibile sul sito internet della Consulta.

¹⁴ Si rifletta un attimo sul sintagma «...attività non retribuita... da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale...» (artt. 186, comma 9 bis, e 187, comma 8 bis, c.str.). Essendo ampio il panorama normativo ed esistendo varie fattispecie che prevedono l'accesso al lavoro di pubblica utilità, onde assicurare la funzione rieducativa della misura, è necessario rispettare il vincolo di destinazione del reo ad attività attinenti all'illecito commesso. In tema di reati stradali, le convenzioni stipulate tra enti ospitanti ed uffici giudiziari potranno prevedere, ad esempio, che il condannato sia assegnato ad attività volte a promuovere la sicurezza sulle strade, magari assicurando forme di assistenza alle vittime di incidenti stradali o collaborando ad iniziative di prevenzione dei medesimi.

¹⁵ Circolare del Ministero della Giustizia, 11 aprile 2011, *www.giustizia.it*

¹⁶ Cuocolo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, 229.

¹⁷ Cuocolo, *Tempo e potere*, cit., 229, nt. 346. In tema anche Aprile, *Sul divieto di estradizione passiva nel caso di reato sanzionato all'estero con la pena dei lavori forzati*, *Cass. pen.*, 2007, 3350, ss. o, più risalente, Goldoni, *Cultura e storia contro la pena di morte. In margine ad un dibattito televisivo*, *Parlamento*, 1983, 36, ss.

compie la similitudine tra misura cautelare e lavoro di pubblica utilità *ante iudicatum*, entrambi essendo congegni idonei ad incidere sulla libertà personale, prima della sentenza irrevocabile, per scopi di tutela comune e di efficacia processuale; sotto questo ultimo aspetto, infatti, la prima spiega la propria *ratio* in rapporto alla funzione di accertamento dei fatti, mentre il secondo, in ragione della rieducazione del reo.

Non desta, quindi, meraviglia la scelta del legislatore di limitare la libertà personale del condannato di primo grado, pur in pendenza dei termini per un'eventuale impugnazione, ed essendo quello ancora considerato non colpevole, sulla base dell'art. 27, comma 2, Cost.: trattasi di previsione servente ad interessi superiori e, soprattutto, attivabile solo su consenso dell'interessato. Sul tema è stato particolarmente chiaro il Tribunale di Rovereto nell'affermare che «il Presidente del Tribunale [...] ha dato disposizioni alla cancelleria di non inviare l'estratto delle sentenze irrevocabili qualora pervenga prima del passaggio in giudicato la comunicazione dell'inizio dello svolgimento del lavoro di p.u., su base volontaria da parte del condannato (cfr. ordine di servizio dd. 29.06.2011 prot. 487/2011). [...] Nel contempo si è deciso di modificare i dispositivi di condanna per rendere palese ai condannati e ai difensori la possibilità di iniziare, su base volontaria, il lavoro di p.u. ancor prima del passaggio in giudicato della condanna»¹⁸.

La soluzione espressa dal giudice trentino supera, così, la presunzione di non colpevolezza in ragione delle elevate finalità di recupero del reo proprie di questa particolare figura sanzionatoria e, beninteso, di un moto volontario del condannato in primo grado, che si accinge *sua sponte* ad intraprendere la prestazione di pubblica utilità.

IMPUGNAZIONE E LAVORI DI PUBBLICA UTILITÀ ESEGUITI (SINE TITULO) ANTE IUDICATUM

Si ritorni al parallelo con la misura cautelare, leggendo questo arresto: «come per le ipotesi di cui all'art. 314, comma 1, c.p.p., l'ingiustizia sostanziale della custodia cautelare è individuata sulla base di una valutazione ex post, così l'ingiustizia formale o illegittimità della misura cautelare non deve risultare ex ante (cioè in termini di errore nella valutazione sulla inesistenza dei presupposti al momento dell'emissione del provvedimento con il quale è stata disposta o mantenuta), ma può risultare sulla base di una valutazione ex post, alla luce

delle emergenze probatorie confluite nella decisione irrevocabile che accerta l'illegittimità e che può essere quella terminativa del procedimento»¹⁹.

Secondo la logica dell'art. 314 c.p.p. alla verifica della predetta iniquità segue la "riparazione per ingiusta detenzione", istituto che mantiene per presupposto un errore nell'amministrare la giustizia o, con altri termini, l'«inosservanza di se stesso [ordinamento, ndr] da se stesso»²⁰.

Può a questo punto immaginarsi il caso di un soggetto, condannato in primo grado al lavoro di pubblica utilità, che scelga di iniziare la propria prestazione, e di un procuratore generale che, accortosi di un errore nella decisione punitiva, impugni, ottenendo, così, il proscioglimento dell'accusato. «Quid iuris del lavoro prestato (a quel punto) sine titulo?»²¹. In assenza di risposte normative, una lettura sistematica impone di ricordare che: a) gli artt. 285, comma 3 e 657, comma 1, c.p.p. vincolano l'autorità a computare la custodia cautelare subita per determinare la pena da eseguire dopo la condanna; b) gli artt. 186, comma 9 bis e 187, comma 8 bis, c. str. delineano un criterio di equivalenza tra durata della detenzione e periodo di lavori socialmente utili²².

Ora, considerata l'analogia tra cautele e lavori di pubblica utilità *ante iudicatum*, entrambi essendo limitati alla libertà personale determinati da superiori esigenze collettive, ne deriva che la prestazione compiuta *sine titulo* va considerata alla stregua di un equivalente periodo di ingiusta detenzione.

Ciò è ancor più vero, guardando all'elaborazione giurisprudenziale sul diritto alla riparazione per arresti domiciliari illegittimi, «riconoscibile ..., attesa l'espressa equiparazione contenuta nell'art. 284, comma quinto, c.p.p. degli arresti domiciliari alla custodia cautelare e tenuto conto del fatto che la riparazione in questione è prevista nel citato art. 314 c.p.p. proprio "per la custodia cautelare subita"»²³. Insomma, se il calcolo dell'ingiustizia è determinato secondo la logica dello scomputo del presofferto, di talché l'art. 314 c.p.p. si applica per la custodia patita con successivo proscioglimento (commi 1 e 2) o con condanna ad un periodo detentivo inferiore a quello già scontato di carcerazione preventiva (comma 4), la riparazio-

¹⁹ Cass., Sez. IV, 10 novembre 1993, n. 639, in *CED Cass.*, 196185.

²⁰ Turco, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, 25.

²¹ D'Agnolo, *I lavori di pubblica utilità*, cit., 98, nota 61.

²² Criterio di equivalenza, poi, generalmente valido ex art. 58, d.lgs. n. 274 del 2000. Sul punto, Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 144.

²³ Cass., Sez. I, 30 marzo 1992, n. 876, in *CED Cass.*, 189726. In tema anche Niro, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova, 2010, 77.

¹⁸ Trib. Rovereto, ord. 29 settembre 2011, www.penalecontemporaneo.it

ne è dovuta in ragione di tutte quelle limitazioni della libertà perduranti lungo un arco temporale assoggettabile al meccanismo di conto ora ricordato²⁴.

È bene, infine, indulgere ancora un po' sulla massima da cui si è partiti, e quindi sulla classificazione degli errori che possono determinare il diritto alla riparazione: tali sono le mancanze riscontrabili *ex post*, cioè ad esito di un mutato quadro di emergenze processuali. Rapportando il tutto al lavoro di pubblica utilità, l'inesattezza contenuta nella decisione deve essere tale da avere indotto in errore l'accusato che, stante un quadro fattuale quale risultante *in quel momento* dal fascicolo del processo, ha acconsentito all'applicazione dei lavori socialmente utili e ad intraprenderli *ante iudicatum*.

Si esclude, così, ad esempio, che il semplice errore di calcolo nel fissare la pena patteggiata, e quindi la durata dei lavori, quando segnalato dal procuratore generale e corretto mediante rettifica *ex art. 619, comma 2, c.p.p.*, possa fondare un'istanza di riparazione laddove l'emenda comporti un periodo inferiore a quello già lavorato dal condannato. Questo, infatti, sarebbe un caso tipico di errore risultante *ex ante*, del quale probabilmente avrebbero potuto accorgersi le parti e il giudice di primo grado e che in ogni caso non avrebbe in alcun modo inficiato la scelta dell'accusato di sottoporsi ai lavori.

Nella circostanza opposta, in cui, invece, la durata dei lavori calcolati dal giudice dell'impugnazione sia maggiore di quella prevista dalla sentenza di prime cure, non si pongono questioni di sorta, bastando all'interessato aggiungere al periodo lavorato quello ulteriore, necessario ad integrare la previsione del giudice di appello.

²⁴ Si ricordi, però, che Cass., Sez. IV, 21 maggio 1999, in *CED Cass.*, 216468 ha sottolineato come lo scarso carattere afflittivo del divieto di dimora ne impedisce un'equiparazione alla custodia cautelare, rimanendo la sua durata massima peraltro ancorata ai termini finali dell'art. 308 c.p.p.. In dottrina, Diddi, *Tipologie di misure*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, *Prove e misure cautelari*, parte II, *Misure cautelari*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 111. A ben guardare la norma richiamata, il termine finale delle cautele diverse dalla custodia preventiva è il doppio di quello previsto dall'art. 303 c.p.p.: ciò scardina il meccanismo dello scomputo. Nulla porterebbe, quindi, affermare l'infondatezza della tesi qui esposta in materia di lavori di pubblica utilità *ante iudicatum* sulla scorta del fatto che si tratta di misura scarsamente afflittiva, essendosi qui costruita l'analogia sulla base: a) dell'*eadem ratio* di strumenti serventi finalità di interesse comune; b) essendo nell'ordinamento prevista l'equivalenza tra un giorno di lavori socialmente utili e un giorno di detenzione e, d'altro canto, tra un giorno di custodia preventiva e un giorno di detenzione, ciò che appunto manca per tutte quelle cautele escluse dall'art. 303 c.p.p..

NODI PROBLEMATICI

A seconda di come si inquadri l'eventualità di ammettere l'inizio dei lavori prima del giudicato, è possibile rispondere ad alcune questioni di carattere pratico:

- la circostanza in cui la sanzione in argomento sia irrogata a seguito di istanza dell'interessato nel procedimento per decreto;
- il legame tra proficua esecuzione del lavoro di pubblica utilità e dimezzamento dei tempi di sospensione della patente di guida;
- la declaratoria di estinzione del reato prima del passaggio in giudicato della sentenza;
- le difformità nella prassi dei diversi uffici giudiziari.

Cominciando con l'ipotesi del procedimento monitorio, sono noti i ritardi che solitamente intervengono tra la richiesta del pubblico ministero e l'emissione del decreto: d'altra parte, il codice non impone al giudice termini perentori per rispondere all'istanza dell'inquirente²⁵; capita spesso, quindi, che i fascicoli si accumulino e l'interessato abbia notizia della pena applicata a diverso tempo dal fatto.

Tra gli illeciti definiti più spesso con decreto v'è la guida in stato di ebbrezza²⁶: è attuale, quindi, l'interrogativo se l'accusato possa richiedere il lavoro di pubblica utilità prima che sia resa la decisione²⁷.

Si distinguono tre fasi: quella antecedente alla richiesta del pubblico ministero, la seconda, compresa tra l'istanza e la comunicazione del decreto, e l'ultima, dei quindici giorni successivi alla notifica del provvedimento monitorio all'accusato.

Prima della domanda dell'inquirente, il procedimento versa nella fase investigativa: è fuori luogo, lì, riconoscere la possibilità per l'indagato di richiedere l'applicazione del lavoro di pubblica utilità in circostanze diverse da quelle previste *ex art. 447 c.p.p.*. Sotto altro profilo, gli artt. 186, comma 9 *bis* e 187, comma 8 *bis* parlano di «*giudice che procede*», ed è difficile attribuire a quello per le indagini prelimi-

²⁵ Sui termini del procedimento per decreto, Ventura, *Il procedimento per decreto penale*, Milano, 2008, 21; sulla necessità di tempi brevi per rispettare la natura deflattiva del rito, Nicolucci, *Il procedimento per decreto penale*, 2007, *passim*.

²⁶ «*Il che presuppone, peraltro, trattandosi di reati puniti con pene congiunte, che il giudice abbia già sostituito la pena detentiva con quella pecuniaria ai sensi della l. n. 689 del 1981*». Così, Napoletani, *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza. Conforme a Costituzione l'inapplicabilità in executivis*, *www.penalecontemporaneo.it*, 5, nota 12 che richiama sul punto Dies, *La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi (penali e non) nel tempo*, *Resp. civ. prev.*, 2011, 321, nota 30.

²⁷ In tema, Potetti, *Il lavoro di pubblica utilità nei commi 9-bis e 8-bis degli artt. 186 e 187 c. strad, Cass. pen.*, 2012, 1084.

nari una potestà decisoria al di fuori dei casi di legge in cui sia ammesso a pronunciarsi sulla regiudicanda. Al più, quindi, sarà concesso all'inquisito di sollecitare il pubblico ministero a sostituire, al momento della richiesta di decreto penale, l'ammenda con il lavoro di pubblica utilità²⁸, sempre, però, ricordando che l'art. 367 c.p.p. non prevede un obbligo sull'indagante di rispondere alle istanze degli altri soggetti e che, quindi, per ventura, esercitando l'azione penale, egli potrebbe anche omettere ogni riferimento alla sanzione sostitutiva.

Nella fase compresa tra richiesta ed emissione del decreto, l'imputato, avendo contezza dell'istanza del pubblico ministero²⁹, può sicuramente notificare il giudice del proprio intento di scontare la pena mediante lo svolgimento di attività socialmente utile. Non si tratta che di un mero atto informativo: il magistrato, infatti, non è tenuto ad anticipare la propria decisione. Un siffatto adempimento, però, permette al giudice di prevedere già con il decreto la conversione della pena pecuniaria nei lavori; tuttavia è vero che il codice ammette questa sanzione «*se non vi è opposizione da parte dell'imputato*» e, quindi, basta che, anticipandola già il giudice nella propria decisione, l'accusato si astenga da ogni iniziativa di dissenso.

In ultimo, reso il provvedimento monitorio, il condannato può richiedere il lavoro di pubblica utilità con l'atto di opposizione, domandando l'accesso ad uno dei riti in elenco all'art. 461, comma 3, c.p.p. e, successivamente, la conversione della pena con la sanzione sostitutiva.

Stante il tenore letterale degli artt. 186, comma 9 bis e 187, comma 8 bis, c. str., qualora il decreto penale applichi il lavoro di pubblica utilità, l'interessato può senz'altro intraprendere la prestazione prima che il provvedimento decisorio divenga esecutivo giacché non opposto nei termini di legge³⁰.

Passando al secondo aspetto problematico, si sa che «*in caso di svolgimento positivo del lavoro di pub-*

blica utilità, il giudice ... dispone la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente» (artt. 186, comma 9 bis e 187, comma 8 bis, c. str.).

La regola va coordinata con l'art. 223, comma 1, c. str. per cui, laddove sia prevista la sanzione accessoria della sospensione della patente per reati stradali, «*l'agente o l'organo accertatore della violazione ritira immediatamente la patente e la trasmette, unitamente al rapporto, entro dieci giorni, tramite il proprio comando o ufficio alla Prefettura – Ufficio territoriale del Governo del luogo della commessa violazione. Il Prefetto, ricevuti gli atti, dispone la sospensione provvisoria della validità della patente di guida*»³¹.

Applicata la sospensione "cautelare" dal prefetto³², il periodo di interdizione alla guida intervenuto prima della decisione del giudice sui reati ex artt. 186 e 187 c. str. è sottratto al termine di provvisoria invalidità del documento di guida ordinato con la condanna. In ipotesi di corretto compimento del lavoro di pubblica utilità, alla differenza tra sospensione giudiziale e presofferto va ulteriormente sottratta la metà del tempo di interdizione alla guida disposto dal giudice. Con un semplice calcolo matematico deriva che, per assicurare efficacia a queste regole, il presofferto deve essere inferiore alla metà della sospensione giudiziale, termine entro cui deve esaurirsi la prestazione socialmente utile³³.

Diversamente argomentando, l'interessato si troverebbe a non beneficiare concretamente della riduzione ex artt. 186, comma 9 bis e 187, comma 8 bis, c. str., nonostante il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Contando anche il presofferto – escluso il caso di provvedimenti endoprocedimentali idonei a bloccare anche temporaneamente

²⁸ Sul punto, Cirillo, *Guida in stato di alternazione di alcool o sostanze stupefacenti*, Milano, 2012, 270.

²⁹ Ricordando che non vi sono obblighi di comunicazione da parte del pubblico ministero che, quindi, diversamente dal rito ordinario non è tenuto ad avvisare l'indagato della propria intenzione di esercitare l'azione penale; né esiste una norma che imponga una qualche comunicazione all'interessato della richiesta di decreto, una volta formulata. In tema, Giunchedi, *Procedimento per decreto e garanzie difensive*, *Giur. cost.*, 2004, 2949. Per un'esauriente panoramica su questi temi, Puglisi, *Procedimento per decreto penale*, Scalfati (diretto da), *Digesto del processo penale*, Torino, 2013, www.giappichelli.it, §5.

³⁰ Ammettono i vantaggi di una siffatta soluzione, Cozzi-Trinci, *La sanzione sostitutiva dei lavori di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, www.penalecontemporaneo.it, 13.

³¹ Distinguendo tra funzione cautelare ed utilità di sanzione accessoria, la Suprema Corte ha tentato una – in verità forzata – distinzione tra le ipotesi di sospensione ex art. 186, comma 9 bis (e 187, comma 8bis) c. str. e 223, comma 1 c. str. Invero, riferendosi quest'ultima norma ai casi in cui l'interdizione alla guida derivi da un reato stradale, la dicotomia abbozzata dalla Cassazione sembra acquisire un senso più teorico che pratico. Vedasi in tema, Cass. civ., 19 ottobre 2010, n. 21447, www.altalex.com

³² Ipotesi che, però, recente giurisprudenza ammette solo per la fattispecie ex art. 186, comma 2, lett. c), c. str.: cfr. Giudice di pace di Torino, Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 129, www.altalex.com. Conforme anche Giudice di pace di Monopoli, 10 novembre 2011, www.altalex.com.

³³ Ecco un esempio pratico: Tizio è sorpreso alla guida con un tasso alcolemico di 1.0 g/l; al caso è applicabile l'art. 186, comma 2, lett. b) che prevede la sospensione della patente da sei mesi ad un anno; s'immagini che il prefetto disponga la sospensione per sei mesi, aumentata dal giudice ad otto. A seguito di positivo svolgimento dei lavori di pubblica utilità, l'interdizione alla guida è diminuita a quattro mesi. Ne deriva che, per conferire efficacia alla regola in argomento, decorrendo il termine di sospensione dal fatto, Tizio dovrebbe avere la possibilità di compiere la propria prestazione di utilità sociale entro quattro mesi dalla contestazione.

l'efficacia della pronuncia prefettizia di sospensione "cautelare"³⁴ – il *dies a quo* dell'interdizione alla guida, poi, coincide con il fatto contestato.

La sola possibilità di garantire l'esaurimento del lavoro socialmente utile nei termini predetti diventa, quindi, l'inizio già subito dopo la sentenza di primo grado o a decreto penale non ancora esecutivo. L'attesa del giudicato, allungata nella prassi dai tempi di trasmissione del provvedimento al procuratore generale e delle relative comunicazioni, frustrerebbe, dunque, i positivi effetti che *ex lege* derivano dal corretto adempimento agli obblighi connessi ai lavori sulla sospensione della patente di guida.

Quanto al nodo problematico dipendente dalla pronuncia estintiva a seguito dei lavori, bisogna ammettere come, iniziata l'esecuzione *ante iudicatum*, sia possibile che l'imputato esaurisca la prestazione prima dell'irrevocabilità della decisione³⁵.

Ebbene: se la sanzione in parola può essere applicata una sola volta e il positivo compimento dei lavori è in grado di estinguere il reato, qualora la prestazione fosse completata prima del giudicato verrebbe meno il presupposto per l'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, «*non risult[ando] mai l'esistenza del precedente ostativo alla concessione di un secondo beneficio a favore di chi ne ha già usufruito*»³⁶.

La soluzione risiede probabilmente nell'attendere il passaggio in giudicato della condanna per fissare l'udienza camerale in cui il giudice, verificato il corretto adempimento degli obblighi connessi alla prestazione, dichiara estinto il reato con ordinanza.

Al di là del pregio pragmatico di un tale punto d'arrivo, il tema giustifica una veloce digressione su altre due questioni, l'una attinente alla portata dell'*estinzione del reato* prevista *ex artt.* 186 e 187 c. str., e l'altra, concernente l'iscrizione nel casellario del corretto compimento del lavoro di pubblica utilità.

Il codice di rito prevede meccanismi estintivi dell'illecito in materia di patteggiamento e decreto penale di condanna: essi «*presuppon[gono] il passag-*

gio in giudicato della sentenza»³⁷, «*non comporta[no] anche l'eliminazione dell'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale, dal momento che l'art. 5 del d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313 prevede l'eliminazione delle iscrizioni nel casellario solo per i reati di competenza del giudice di pace*»³⁸, e il loro funzionamento è subordinato all'indagine, svolta dal giudice dell'esecuzione, «*dei presupposti previsti dal['] art. 445, comma secondo, cod. proc. pen. [e dal successivo 460, comma 5, c.p.p.], azionando, a tal fine, tutti gli accertamenti necessari nell'ambito dei poteri previsti dall'art. 666, comma quinto, cod. proc. pen.*»³⁹.

È fuori discussione che, sia con riferimento ai riti speciali menzionati, sia con sguardo rivolto alla guida in stato di ebbrezza, sempre di estinzione del reato si tratti: non è possibile, infatti, assegnare significati diversi al beneficio conseguente all'attivazione dei congegni estintivi previsti dalle varie norme qui richiamate. Si tratta sempre di quella situazione «*che si riferisce ai rapporti giuridici sorti dal reato*»⁴⁰, cessandoli e mantenendo solo alcuni effetti, puntualmente previsti dalla disciplina positiva.

Quel che merita d'essere sottolineato è la diversità del contesto che giustifica l'estinzione: da un lato, il semplice decorso di un certo periodo di tempo senza che l'interessato commetta reati, dall'altro, il positivo svolgimento di attività socialmente utile.

Nel primo caso «*il termine ... per l'eventuale dichiarazione di estinzione ... decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza*»⁴¹: il rapporto tra il condannato e l'ordinamento è qui unilaterale, non essendo previsto – come, invece, è per i reati stradali – un *sinallagma* tra il beneficio per il reo e l'utile che la comunità trae dalla prestazione socialmente utile. Insomma, se l'estinzione è legata ad un dato oggettivo come il decorso del tempo e se non intervengono esigenze diverse da quella di incentivare l'accesso alla giustizia semplificata per reati di scarso allarme sociale, è ovvia la scelta di individuare un *dies a quo* certo, fissandolo nel momento in cui il provvedimento applicativo della pena acquista definitività⁴². Ora, il codice della strada detta altre regole: prima il condannato inizia la prestazione,

³⁴ Come la decisione del giudice di pace che, nelle more del procedimento scaturente dal ricorso avverso il provvedimento prefettizio di sospensione della patente, ne blocca l'efficacia.

³⁵ L'esempio non è peregrino: si pensi al caso di una condanna per tasso alcolemico compreso tra 0,8 g/l e 1,5 g/l – cioè all'ipotesi dell'art. 186, comma 2, lett. b), c. str. –, cui consegue l'ammenda da 800 a 3.200 euro e l'arresto fino a sei mesi; immaginando un'applicazione di pena *ex artt.* 444, ss. c.p.p. – con successiva diminuzione fino a un terzo – e riconosciute magari le attenuanti generiche, la durata dei lavori socialmente utili può ragionevolmente scendere sotto i quindici giorni che – si ricordi – rappresenta il termine minimo d'impugnazione *ex art.* 585, comma 1, lett. a), c.p.p.

³⁶ D'Agnolo, *I lavori di pubblica utilità*, cit., 98.

³⁷ Cass., Sez. IV, 9 aprile 2001, n. 14640, *CED Cass.*, 219577.

³⁸ Cass., Sez. III, 10 febbraio 2005, n. 4868, *CED Cass.*, 230955.

³⁹ Cass., Sez. I, 30 agosto 2005, n. 32801, *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 678.

⁴⁰ Così, Pagliaro, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 473.

⁴¹ Cass., Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 1281, *CED Cass.*, 242664.

⁴² In ciò somigliando in tutto e per tutto al meccanismo delincolato dall'art. 167 c.p. in tema di sospensione condizionale della pena. Così, Cass., Sez. I, 28 gennaio 2005, n. 2907, *CED Cass.*, 230832.

prima può giovare dei benefici di legge e, d'altro canto, la collettività è avvantaggiata da un'attività di comune interesse. Il meccanismo è articolato, e deve tenere conto dell'evenienza di intraprendere il lavoro socialmente utile anche *ante iudicatum*, con positive conseguenze per il reo e per l'ordinamento, che senz'altro prevalgono sulle perplessità di quanti preferiscono applicare le tradizionali regole sul giudicato ad un ambito tutt'altro che ordinario.

Si giunga, così, alla seconda questione, ricordando quanto detto, e cioè che, se l'inizio del lavoro di pubblica utilità non è impedito dallo stato non definitivo della condanna, la verifica dello svolgimento della prestazione da parte del giudice va compiuta a sentenza irrevocabile e, quindi, iscritta nel casellario. In quel momento, escludendo la cancellazione dell'addebito già registrato, ostandovi l'art. 5, d.p.r. n. 313 del 2002⁴³, è, però, necessario prevedere l'obbligo per l'autorità di annotare il positivo superamento del periodo di lavoro, in modo non diverso da quanto già disposto dall'art. 3, lett. d), d.p.r. n. 313 del 2002 per «i provvedimenti giudiziari concernenti le misure alternative alla detenzione», ivi compreso, per esempio, quello che segnala i buoni risultati dell'affidamento in prova al servizio sociale. Estinto l'illecito, quindi, si rende opportuna la rettifica dell'iscrizione con una dicitura del tipo "reato estinto ex art. 186, comma 9 bis, c. str. (o 187, comma 8 bis, c. str.) per esito positivo del lavoro di pubblica utilità": ciò è peraltro «indispensabile ad evitare che il medesimo imputato possa riottenere il beneficio, in frode alla legge, nel caso in cui commetta una nuova, analoga violazione di legge»⁴⁴.

E, infine, il tema delle prassi diversificate.

Nel Protocollo d'intesa per l'applicazione del lavoro di pubblica utilità in materia di sicurezza stradale siglato da Tribunale, Procura, Ordine degli avvocati e Camera Penale di Rimini⁴⁵ si legge, al punto 8 (pag. 3): «si farà di regola ricorso ad esecuzione immediata per le misure da eseguirsi nel Circondario», allo scopo di «rendere più agevole l'effettiva esecuzione della prestazione, e la conseguente possibile estinzione della pena con i relativi effetti premiali, nel rispetto di tempi rapidi» (punto 9, pag. 3). Rimanendo nel distretto emiliano-romagnolo, considerando una sentenza del Tribunale di Ferrara⁴⁶, si apprende che il giudice ha ordinato alla cancelleria la trasmissione dell'estratto di condanna al pubblico ministero affinché rendesse l'ordine di esecuzione,

delegando ai Carabinieri il controllo delle attività svolte dal condannato: trasparente, dunque, un orientamento incompatibile con i lavori *ante iudicatum*. Un parere siffatto contrasta, poi, con quello espresso poco più di un anno prima dal Tribunale di Rovereto, che ammetteva l'inizio anticipato dell'attività: «l'ordine di esecuzione del PM non avrebbe più alcuna utile funzione da svolgere, perché l'inizio dell'esecuzione è già spontaneamente avvenuto e, pertanto, la prassi più efficiente e meno dispendiosa è quella di attendere onde procedere alla dichiarazione di estinzione del reato ovvero alla revoca della sostituzione in caso di svolgimento positivo o meno del lavoro di p.u.»⁴⁷.

Già questi esempi bastano a comprendere che le regole sono tante quante gli uffici giudiziari del Paese e che, quindi, ognuno si è determinato come ha ritenuto più opportuno, talora anche, come nel caso ferrarese, in contrasto con la *littera legis*, che detta un procedimento diverso da quello esecutivo canonizzato dal codice, e con l'intento del legislatore di creare una pena di «immediata utilità per la comunità»⁴⁸ e per il reo.

CONCLUSIONI

Tante sono le ragioni che inducono, nell'interesse del condannato, ad avallare la tesi dell'ammissibilità del lavoro socialmente utile *ante iudicatum*; altrettanti sono i dubbi da opporre a chi, affermando la necessità di attendere la condanna irrevocabile, sembra dimenticare come l'attesa nell'esecuzione della pena sostitutiva riduca o, forse, azzeri la possibilità di vedere dimezzato il periodo di sospensione della patente.

Bisogna prendere atto che il lavoro di pubblica utilità è un *unicum* nel sistema penale italiano: a fronte di un limite né afflittivo, né stigmatizzante alla libertà individuale del reo, vengono esaltate le finalità rieducative e di risocializzazione che la più moderna scienza criminale associa al momento sanzionatorio. Si tratta di obiettivi che necessitano di immediato compimento, tale è la loro importanza sul piano dell'adesione, da parte del condannato, ai valori offesi dal reato commesso, anche nella prospettiva di evitarne la ricaduta.

Non appare sostenibile la tesi per cui quello del legislatore, laddove ha contemplato il "giudice che procede" negli artt. 186 e 187 c.str., sia un mero *lappus*: così argomentando, infatti, si sarebbe confuso il piano della cognizione con quello esecutivo, pe-

⁴³ Ad esempio, Cass., Sez. I, 22 giugno 2012, n. 25041, www.personaedanno.it.

⁴⁴ Così la decisione del Gup Genova, 14 aprile 2011, www.ufficijudiziari.genova.it.

⁴⁵ Testo disponibile su www.avvocati.rimini.it.

⁴⁶ Trib. Ferrara, sent. 29 novembre 2012, inedita.

⁴⁷ Trib. Rovereto, ord. 29 settembre 2011, cit.

⁴⁸ Ingrassia, *Lavoro di pubblica utilità: una prima svolta nella prassi milanese*, 2 febbraio 2012, www.penalecontemporaneo.it.

raltro creando un *impasse* che nei fatti impedirebbe al condannato di giovare integralmente degli effetti premiali derivanti dal positivo svolgimento dei lavori.

Anche la lettera della Costituzione è confermata: è fuor di dubbio che, acconsentendo il giudice all'inizio della prestazione immediatamente dopo la sentenza di primo grado, si tratterebbe di un limite alla libertà personale comunque conforme a legge e derivante da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. E accade già in materia cautelare che, a procedimento ancora aperto, il giudice della cognizione applichi all'accusato restrizioni, più o meno afflittive, in ragione di esigenze superiori che nel caso concreto prevalgono sull'inviolabile libertà individuale.

Il punto, quindi, è un altro: creato l'istituto, occorre formare la prassi. I tanti protocolli applicati negli uffici italiani, pure «*apprezzabili*», giacché «*frutto di un lavoro intenso e di ampie riflessioni*»⁴⁹, vanno rivisti: un'opera di uniformazione sotto l'egida di una comune lettura delle norme è ormai indispen-

sabile. Attualmente, infatti, a fronte di uno stesso fatto, a seconda del luogo in cui è stato commesso, al reo viene permesso di esaurire i lavori anche prima del giudicato – con ciò assicurandosi la mancata iscrizione della condanna definitiva nel casellario e, quindi, la possibilità di accedere alla pena sostitutiva una seconda volta, pur in contrasto con la legge – o, al contrario, gli è interdetto l'inizio prima dell'irrevocabilità della sentenza, con tutte le conseguenze già esaminate. È uno stato di cose inaccettabile, che si pone in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza. Una risposta ai tanti quesiti posti dai primi due anni di prassi urge: l'augurio è che essa rappresenti l'affermazione dell'effettivo contenuto di legge e non una fantasiosa interpretazione dei principi codicistici e costituzionali, applicata esclusivamente ai danni di colui che deve scontare la pena⁵⁰.

⁴⁹ D'Agnolo, *I lavori di pubblica utilità*, cit., 99.

⁵⁰ In materia, oltre alla bibliografia già indicata, si rimanda a Dies, *Il complesso sistema sanzionatorio del reato di guida in stato di ebbrezza, con particolare riferimento alla sospensione della patente ed al rito del patteggiamento*, *Resp. civ. e previdenza*, 2012, 870, ss.; Giorgio, *In tema di applicazione di pena sostitutiva*, *Foro it.*, 2012, 457, ss.

PAOLO TROISI

Ricercatore di procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne

The obligation to translate the procedural documents

Non più relegabile entro i contenuti ambiti di osservazione che ordinariamente si riservano ad argomenti di stretta marginalità, il diritto della persona, che non comprende o non parla la lingua impiegata nel procedimento penale, all'assistenza di un interprete ed alla traduzione degli atti processuali assume, nella società multietnica contemporanea, il ruolo di presidio essenziale per la garanzia di un giusto processo. Nonostante la regolamentazione interna sia perfettamente omologata alle prescrizioni dettate, in argomento, a livello costituzionale e sovranazionale, la prassi applicativa continua ad alimentare equivoci sui limiti operativi dell'istituto, con particolare riferimento all'obbligo, gravante sull'autorità procedente, di assicurare, all'indagato o imputato che non comprende la lingua, la traduzione degli atti fondamentali per l'esercizio del diritto di difesa.

The right to interpretation and translation for those who do not speak or understand the language of the criminal proceedings is essential to safeguard the fairness of the proceedings. The internal discipline of the right to interpretation and translation is in accordance with the principles established by the Constitution and international conventions. The case law, however, is not clear on the operational limits of the right, with particular reference to the obligation of the judicial authority to ensure to the suspected or accused person, who does not understand the language, the translation of all documents which are essential to the exercise of the right of defence.

PREMESSA

Il diritto della persona sottoposta a procedimento penale ad essere informata dell'accusa in una lingua che comprende trova giustificazione nel *dovere di non discriminare* lo straniero (o l'appartenente ad una minoranza linguistica) privandolo della capacità di recepire il valore del contesto di garanzie e di libertà che la legge riconosce ad ogni accusato: un

dovere così tanto rafforzato da confluire in un vero e proprio *divieto di discriminazione*, assolutamente non diverso dal divieto di trattamenti ineguali sotteso al principio di eguaglianza dinanzi alla legge, posto che l'uno e l'altro si diffondono e condizionano l'intero patrimonio di garanzie da assicurare all'imputato.

Al pari della eguaglianza dinanzi alla legge, anche la non discriminazione ha autonomo riconosci-

mento in clausole di fonti primarie, espressioni, benché attraverso formulazioni diverse, la medesima, chiara salvaguardia dei diritti minimi dell'accusato¹.

Non più relegabile entro i contenuti ambiti di osservazione che ordinariamente si riservano ad argomenti di stretta marginalità, il diritto della persona sottoposta a procedimento penale ad essere informata dell'accusa in una lingua che comprende assume, oggi, in ambito europeo e dopo la soppressione delle frontiere interne e l'ampliamento della Unione, il rango di diritto così tanto essenziale da prevalere sulla stessa necessità di utilizzare la lingua dello Stato in cui il procedimento si celebra.

Una scelta, questa, non del tutto confortata, però, da arresti giurisprudenziali consolidati, perché, ancora, esposti a prassi applicative incerte nella individuazione della esatta dimensione degli spazi operativi che, inevitabilmente, ingloba.

Difficile reperire, nella giurisprudenza di legittimità del nostro Paese, un orientamento «organico, costante ed univoco»², non ostacolato dal persistere di indirizzi interpretativi che, interagendo tra diritto dell'accusato alla assistenza di un interprete ed obbligo di traduzione degli atti nella lingua conosciuta dall'accusato, danno vita ad evidenti disattenzioni rispetto a quanto, viceversa, si afferma nei più evoluti arresti giurisprudenziali sovranazionali.

In realtà, come si cercherà di dire nel prosieguo, la regolamentazione interna del diritto all'interprete e del diritto alla traduzione degli atti non si discosta dai precetti posti in sede di fonti primarie; il sistema è perfettamente omologato alle prescrizioni dell'art. 6, comma 3, della Convenzione europea e a quant'altro sia, in argomento, indicato dalle Carte dei diritti.

Il dato normativo non è affatto incerto: ad essere incerta è una prassi giurisprudenziale che, argomentando troppo intorno agli atti che si sarebbe (oppur no) obbligati a tradurre, si dilunga in distinguo davvero ignari della *ratio* di tutela sottesa alle previsioni codicistiche.

IL DIRITTO AD ESSERE INFORMATI IN UNA LINGUA COMPRESIBILE

Nel procedimento penale, l'informazione rileva, innanzitutto, come prerogativa della «persona accu-

sata». Costituzione e Carte internazionali la consacrano come diritto da assicurarsi «sollecitamente» o «nel più breve tempo possibile», «in modo dettagliato» ed «in una lingua comprensibile», nonché «riservatamente», al fine di garantire la conoscenza «della natura e dei motivi dell'accusa», nonché dei «motivi dell'arresto». Un diritto che si salda, dunque, con l'esigenza di disporre del «tempo» e delle «condizioni necessarie» per preparare la difesa (artt. 5, par. 2, e 6, par. 3, Cedu; art. 14, par. 3, Patto internazionale; art. 111, comma 3, Cost.), che consente e concorre all'esercizio – non formale, ma pieno ed effettivo – del diritto di difesa: ci si difende solo se si sa da cosa ci si deve difendere³.

Analoga interrelazione traspare quando il diritto ad essere informati dell'accusa venga rapportato al diritto dell'accusato ad essere giudicato ed eventualmente condannato solo all'esito del contraddittorio con la parte che lo accusa.

Il diritto ad interloquire sui dati a carico involge, infatti, di necessità, la corretta comprensione dei termini e della portata dell'accusa e, in ragione di detta comprensione, anche il successivo attivarsi per la individuazione ed eventualmente la preservazione delle fonti di prova utili a contrastare quei dati. Affinché possa esporre, al giudice, la propria rappresentazione del fatto, l'accusato ha diritto ad una informazione funzionale alla ricerca e alla acquisizione di elementi utili ad una ricostruzione aderente alla tesi che intende sostenere innanzi al giudicante⁴. Ed è, ancora, la informazione a consentire, all'accusato, di collocarsi (è la stessa legge del processo che lo esige) sul medesimo piano dell'accusatore, per *gestire* il processo *ad armi pari*. L'informazione consente, altresì, al giudicante, di vagliare dati ulteriori e diversi da quelli adottati dall'accusa e, dunque, di essere *terzo*.

È chiaro che tra i vari attributi che le Carte sui diritti umani collegano all'«informazione» – e che costituiscono altrettanti connotati fondamentali del relativo diritto – la «comprensibilità» della lingua assume carattere prioritario, assurgendo a *premessa* per l'effettivo riconoscimento del novero di garan-

³ Sia consentito, sul tema, il rinvio a Ferraioli-Troisi, *Segreto investigativo*, Scalfati (a cura di), *Digesto del processo penale on-line*, Torino, 2013.

⁴ Cfr., al riguardo, Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 129, che, nell'analizzare la struttura del contraddittorio, distingue tre «momenti», conoscitivo, acquisitivo e rappresentativo: «perché possa esporre al giudice la propria rappresentazione del fatto (*momento rappresentativo*), ciascuna parte deve poter disporre di strumenti di conoscenza (*momento conoscitivo*) e di strumenti atti a preservare le fonti di prova da pericoli di dispersione e d'inquinamento (*momento acquisitivo*)».

¹ Si fa riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., all'art. 14 Cedu, all'art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

² Cfr., in tal senso, Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, Padova, 2010, 142.

zie processuali compendiate nella formula «giusto processo».

Il diritto all'uso di una lingua comprensibile è stato, a ragione, qualificato come «primo diritto dell'imputato»: «se non intende il significato di ciò che gli viene contestato, non può apprestare alcuna difesa e non può partecipare consapevolmente al processo»⁵.

La Corte costituzionale non ha esitato ad affermare che «il diritto dell'imputato ad essere immediatamente e dettagliatamente informato nella lingua da lui conosciuta della natura e dei motivi dell'imputazione contestatagli dev'esser considerato un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile»: «poiché si tratta di un diritto la cui garanzia, ancorché esplicitata da atti aventi il rango della legge ordinaria, esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale, a favore di ogni uomo (cittadino o straniero), del diritto inviolabile alla difesa (art. 24, comma 2, Cost.), ne consegue che, in ragione della natura di quest'ultimo quale principio fondamentale, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, il giudice è sottoposto al vincolo interpretativo di conferire alle norme, che contengono le garanzie dei diritti di difesa in ordine alla esatta comprensione dell'accusa, un significato espansivo, diretto a render concreto ed effettivo, nei limiti del possibile, il sopra indicato diritto dell'imputato»⁶.

Un nesso indissolubile – quello tra diritto ad essere informati dell'accusa in una lingua comprensibile e diritto di difesa – costantemente evidenziato anche dalla Corte europea⁷.

Trattasi, insomma, del fondamento di ogni altro diritto riconosciuto alla persona sottoposta a procedimento penale⁸: in carenza di assistenza linguistica a favore dell'imputato che non parli o non comprenda la lingua utilizzata nel processo, la stessa difesa tecnica si rivelerebbe garanzia meramente formale⁹.

⁵ Così Dalia-Ferraioli, *Manuale*, cit., 157.

⁶ V. C. cost., sent. 12 gennaio 1993, n. 10, *Giur. cost.*, 1993, 52.

⁷ Cfr. Corte e.d.u., 25.3.1999, Pelissier e Sassi c. Francia, *Dir. pen. e proc.*, 1999, 701.

⁸ Secondo Confalonieri, *Europa e giusto processo*, Torino, 2010, 303, «l'equità del procedimento è collegata alla esigenza dell'accusato di cogliere il senso di ogni atto del processo instaurato contro di lui». Ad avviso di Kalb-Izzo, *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di "qualità per lo svolgimento di un procedimento effettivamente "equo"*, Kalb (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e *procedimento penale italiano*, Torino, 2012, 320, il diritto all'interprete è «garanzia imprescindibile», in quanto «connessa a quella più generale del processo equo, essendo palese che non sarebbe agevole pensare di poter concretamente beneficiare delle altre garanzie in cui questo si articola in mancanza della comprensione, tramite quell'opera di mediazione comunicativa che l'interprete è chiamato ad esplicare, dei più rilevanti atti processuali, ed in particolare di quelli che supportano l'accusa».

⁹ L'informazione in una lingua comprensibile è, pertanto,

IL DIRITTO ALL'INTERPRETE E IL DIRITTO ALLA TRADUZIONE DEGLI ATTI

Costituzione (art. 111, comma 3) e Carte sovranazionali (art. 6, par. 3, lett. e, Cedu, e art. 14, par. 3, lett. f, Patto internazionale) riconoscono, alla persona accusata di un reato che non comprenda o non parli la lingua usata in udienza (o nel processo)¹⁰, il diritto a farsi assistere gratuitamente da un interprete: il fine è chiaramente esplicitato nella necessità di comprendere l'accusa, a suo carico elevata, e di seguire, consapevolmente, il compimento degli atti ai quali partecipa¹¹.

Il tenore letterale delle disposizioni – che riservano attenzione al solo «interprete» (e non anche al «traduttore») e, per di più, rapportano il diritto ad ottenere l'assistenza di un interprete alla «udienza» o al «processo» – evoca un'assistenza linguistica dovuta nella sola fase orale del dibattimento: la partecipazione consapevole a tale fase e la garanzia dell'invulnerabilità della difesa postulano che la persona sia in grado di «comprendere il significato linguistico delle espressioni degli altri soggetti processuali, tra le quali quelle del proprio difensore, nonché di esprimersi, a sua volta, essendo da questi compreso»¹².

condizione essenziale affinché le prerogative dell'accusato non si risolvano in «diritti teorici o illusori», ma restino garanzie concrete ed effettive. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente ricordato che lo scopo della Convenzione consiste «nel proteggere diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi», specialmente con riferimento ai diritti difensivi, considerando il ruolo eminente che il diritto ad un processo equo, da cui derivano, svolge in una società democratica (v., *ex multis*, Corte e.d.u., 13 maggio 1980, Artico c. Italia, *Foro it.*, 1980, IV, 141).

¹⁰ Ai fini della nomina dell'interprete è, dunque, sufficiente, a tenore delle disposizioni costituzionali e sovranazionali, che la persona non sia in grado di parlare la lingua del procedimento, anche se riesca a comprenderla. Ovviamente, come si dirà nel prosieguo, ai fini della traduzione degli atti indirizzati alla persona nei cui confronti si procede, rileva esclusivamente il presupposto della *non comprensione*.

¹¹ Sull'interprete come «collaboratore difensivo», v. Chia-vario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 327.

¹² Così C. cost., sent. 6 luglio 2007, n. 254, *Giur. cost.*, 2007, 2522, secondo cui «la partecipazione personale e consapevole dell'imputato al procedimento, mediante il riconoscimento del diritto in capo all'accusato straniero, che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete, rientra nella garanzia costituzionale del diritto di difesa nonché nel diritto al giusto processo, in quanto l'imputato deve poter comprendere, nella lingua da lui conosciuta, il significato degli atti e delle attività processuali, ai fini di un concreto ed effettivo esercizio del proprio diritto alla difesa (art. 24, comma secondo, della Costituzione). Inoltre, l'art. 111 della Costituzione stabilisce che la legge assicura che «la persona accusata di un reato sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo».

E tuttavia, la portata della garanzia va ben oltre l'assistenza linguistica orale nell'udienza dibattimentale, e ciò perché esiste un rapporto di intima connessione tra diritto all'interprete e diritto all'informazione sull'accusa in una lingua comprensibile.

L'opera di mediazione linguistica non è limitata alle dichiarazioni orali rese o ricevute dall'imputato alloglotto, ma si estende ad ogni atto processuale funzionale alla contestazione dell'addebito, a prescindere che ciò avvenga con la formulazione dell'imputazione o in momenti antecedenti in cui sia richiesta una partecipazione dell'indagato o gli siano assicurate facoltà difensive.

Nessun dubbio, dunque, che le previsioni (costituzionali e sovranazionali) riconoscano e garantiscano il diritto alla traduzione, in una lingua conosciuta, di tutti gli atti processuali funzionali all'informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa e all'esercizio del diritto di difesa.

In tal senso si è espressa, in chiari termini, la Corte costituzionale che, nel considerare – ancor prima della modifica dell'art. 111 Cost. – il disposto dell'art. 143 c.p.p. «clausola generale di ampia applicazione» che «assicura una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa», non ha esitato ad affermare che l'interprete, proprio «perché assiste l'imputato (o l'indagato) al fine di fargli comprendere l'esatto significato dell'accusa formulata contro di lui e di fargli seguire il compimento degli atti cui partecipa», non può non «estendere la sua opera di collaborazione anche all'atto con il quale l'imputato è messo a conoscenza della natura e dei motivi dell'imputazione»¹³.

Non diversamente è a dirsi quanto alle opzioni interpretative della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Muovendo dalla considerazione che «l'atto d'accusa svolge un ruolo determinante nell'azione penale», in quanto, a decorrere dalla sua notifica, «l'imputato è ufficialmente avvisato per iscritto della base giuridica e fattuale delle accuse formulate nei suoi confronti», la Corte ha rilevato che «un imputato che non abbia dimestichezza con la lingua utilizzata dal tribunale può in pratica trovarsi svantaggiato se non gli viene consegnata anche una traduzione dell'atto di accusa in una lingua che egli comprende»¹⁴. E a

tale obiettivo è preposto il diritto ad essere assistiti da un interprete, riconosciuto e con riferimento alle dichiarazioni orali rese in udienza e per la traduzione degli atti del procedimento e dei documenti scritti¹⁵, anche se riferibili alla fase investigativa¹⁶.

Obiettivo primario è, in quest'ottica, «permettere all'imputato di sapere ciò di cui è accusato e di difendersi, in particolare fornendo al tribunale la sua versione dei fatti»¹⁷.

La tutela del diritto all'informazione anche a mezzo traduzione degli atti funzionali a garantire l'esercizio del diritto di difesa è, altresì, attestata nello Statuto della Corte penale internazionale¹⁸, che, esplicitamente, estende l'assistenza linguistica alla fase investigativa, ponendo attenzione alla traduzione di tutti i «documenti» la cui comprensione sia necessaria al fine di garantire l'equità della procedura¹⁹.

È ancora lo Statuto ad offrire elementi utili alla corretta individuazione degli spazi riservati a detta

¹⁵ Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, *Kamasinki c. Austria*, secondo cui l'accusato che non comprenda o non parli la lingua usata nel procedimento ha, dunque, il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per la traduzione o l'interpretazione di tutti quei documenti o dichiarazioni che è necessario conoscere al fine di beneficiare di un processo equo V., anche, Corte e.d.u., 28 novembre 1978, *Luedicke e altri c. Germania*, *Riv. dir. int.*, 1980, 210, in cui si afferma che l'art. 6 Cedu assicura all'accusato che non conosca la lingua usata nel corso del processo il diritto all'assistenza gratuita di un interprete affinché gli vengano tradotti o interpretati tutti gli atti della procedura, i quali devono essere da lui compresi per potere beneficiare di un processo giusto quale garantito dalla Convenzione. Ad avviso di Corte e.d.u., 14 gennaio 2003, *Lagerblom c. Svezia*, il diritto alla traduzione si estende a tutti quei documenti che l'imputato deve comprendere per godere di un giusto processo.

¹⁶ Corte e.d.u., 25 febbraio 2010, *Mokhov c. Russia*, *Cass. pen.*, 2010, 2456. V., altresì, Corte e.d.u., 5 gennaio 2010, *Diallo c. Svezia*, in cui si afferma che «l'assistenza di un interprete deve essere garantita sin dall'inizio della fase investigativa, a meno che non sia dimostrato, alla luce delle particolari circostanze del caso, che sussistano motivi d'urgenza tali da rendere necessaria la limitazione di tale diritto»

¹⁷ Cfr. Corte e.d.u., 18 ottobre 2006, *Herni c. Italia*, cit.

¹⁸ Firmato il 17 luglio 1998 a Roma ed entrato in vigore il 1° luglio 2002. Il diritto all'assistenza gratuita dell'interprete è codificato anche dalla Convenzione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁹ L'art. 55 dello Statuto, rubricato «Diritti delle persone durante l'indagine», codifica il diritto della persona indagata a beneficiare «a titolo gratuito, se non è interrogata in una lingua che comprende e parla senza difficoltà, dell'assistenza di un interprete competente e di tutte le traduzioni rese necessarie da esigenze di equità». L'art. 67, tra i diritti dell'imputato, enuncia il diritto di «essere informato prontamente e dettagliatamente sulla natura, il motivo e il contenuto delle accuse, in una lingua che egli comprende e parla perfettamente» e di «avere gratuitamente l'assistenza di un interprete qualificato e delle traduzioni necessarie per soddisfare i requisiti di equità, se non è in grado di comprendere e di parlare perfettamente la lingua utilizzata nelle procedure seguite dinanzi alla Corte o nei documenti presentati alla stessa».

¹³ C. cost., sent. 12 gennaio 1993, n. 10, cit.

¹⁴ Così Corte e.d.u., 18 ottobre 2006, *Herni c. Italia*, *Cass. pen.*, 2007, 2213, in cui, nell'osservare che «ai sensi del paragrafo 3 a) dell'articolo 6 della Convenzione, ogni imputato ha il diritto di «essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico», si chiarisce che, «se non specifica che si devono fornire o tradurre per iscritto a un imputato straniero le informazioni pertinenti, tale disposizione evidenzia tuttavia la necessità di prestare la massima attenzione nel notificare l'"accusa" all'interessato».

tutela, valevole sia per l'*indagato* che non comprenda e non parli «senza difficoltà» la lingua utilizzata, sia per l'*imputato* non in grado di comprendere «perfettamente» o di parlare l'idioma impiegato nel processo.

Le espressioni «senza difficoltà» e «perfettamente» danno conto dell'esigenza di una padronanza completa della lingua, idonea, cioè, ad assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa e, più in generale, la stessa equità del processo.

L'impostazione è in linea con gli itinerari interpretativi della Corte di Strasburgo, volti a chiarire che è obbligo dell'autorità procedente accertare il livello di comprensione della lingua²⁰ e che detto accertamento va esteso fino a verificare la complessità dei documenti e, dunque, la connessa necessità di un diverso e maggior grado di conoscenza della lingua utilizzata nel processo²¹.

Insomma, il presupposto che rende doveroso procedere alla traduzione dell'atto è la non conoscenza della lingua, ma il *deficit* di conoscenza rileva anche quando l'*indagato* o l'*imputato* non siano in grado di cogliere appieno il significato dell'accusa.

Il grado di cognizione della lingua va, dunque, rapportato alla garanzia della corretta conoscenza dell'accusa. La sola conoscenza della lingua non è sufficiente, perché ciò che rileva è il livello di comprensione del profilo fattuale e descrittivo dell'atto di incolpazione (più che degli aspetti tecnico-giuridici) da vagliare e parametrare, alla luce del principio di uguaglianza, alla comprensione che avrebbe una persona madrelingua di pari livello culturale²². Solo un grado di conoscenza pari a quello che avrebbe una persona madrelingua di pari livello culturale permette di comprendere appieno la natura e i moti-

vi dell'accusa e di escludere l'adempimento dell'obbligo di traduzione.

È l'autorità procedente a dover informare l'accusato del contenuto dell'accusa e a dover accertare d'ufficio – attraverso procedure idonee allo scopo – che l'accusato di altra nazionalità non conosce la lingua o non la conosce fino al punto di comprendere il contenuto dell'accusa: irragionevole sarebbe condizionare l'operatività dell'assistenza linguistica ad un'iniziativa di parte e ciò per la semplice ragione che detta attivazione presupporrebbe, comunque, una (seppur minima) comprensione dell'informativa ricevuta e, in più, conoscenze e capacità linguistica per invocare il diritto all'interprete o alla traduzione.

IL DIRITTO ALL'ASSISTENZA LINGUISTICA NEL QUADRO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA

Le prerogative della persona coinvolta in un accertamento penale occupano, indubbiamente, un ruolo centrale nella «politica processuale» europea: le Carte fondamentali (artt. 5 e 6 Cedu; artt. 6 e 47 Carta dei diritti dell'Unione), i Trattati (art. 82, par. 2, TFUE) e una legislazione che sta progressivamente evolvendo danno ampiamente conto della diffusa e radicata volontà di assicurare, in tutta Europa, un livello elevato ed uniforme di salvaguardia dei diritti di ogni accusato.

L'esigenza di apprestare, in ambito europeo, meccanismi cooperativi «al passo con i tempi», che consentano la libera circolazione delle decisioni giudiziarie e che vedano operare, nello scenario sovranazionale, organismi unitari di coordinamento e di iniziativa penale, ha reso indispensabile intraprendere il cammino verso l'armonizzazione delle normative nazionali²³.

Significativa è, in tal senso, la scelta del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che eleva il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri (perseguito a mezzo fissazione di norme minime comuni di diritto processuale, ma anche di diritto penale sostanziale) a premessa indispensabile per il rafforzamento della cooperazione e per il riconosci-

²⁰ V. Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Broziceck c. Italia. La giurisprudenza della Corte europea precisa, altresì, che l'obbligo delle autorità competenti non si limita alla nomina di un interprete, ma si estende anche al controllo della qualità dell'interpretazione: «una volta messe in guardia su un determinato caso, esse hanno il compito di esercitare un certo controllo successivo del valore dell'interpretazione prestata» (cfr. Corte e.d.u., 18 ottobre 2006, Herni c. Italia, cit.; Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Kamasinki c. Austria).

²¹ Corte e.d.u., 17 maggio 2001, Gungör c. Germania.

²² In dottrina il grado di conoscenza della lingua, idoneo ad escludere l'obbligo di nominare l'interprete, è stato variamente individuato facendo riferimento alla «conoscenza media» (Di Trocchio, *Traduzione dell'estratto contumaciale e imputato straniero*, *Giur. it.*, 1982, II, 401; Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, 248), ad una conoscenza tale da consentire una «concreta ed interrelativa percezione» della realtà processuale (Sau, *Le garanzie linguistiche*, cit., 137), ad una «conoscenza buona» della lingua tale da permettere la comprensione del «contenuto degli atti scritti» e l'interlocuzione «in udienza in modo intellegibile per tutti gli altri protagonisti della vicenda processuale» (Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, 351).

²³ Cooperazione e armonizzazione costituiscono, infatti, poli difficilmente separabili. Una cooperazione che voglia andare al di là di meri propositi di assistenza giudiziaria non può prescindere da un processo di armonizzazione dei sistemi penali statali. L'armonizzazione, però, se funge da «tramite» per il potenziamento della cooperazione transfrontaliera, è, a sua volta, obiettivo di non agevole realizzazione, dovendosi «mediare» tra tradizioni giuridiche che presentano, spesso, notevoli differenze ed evitare che la dimensione europea della penalità possa produrre una negativa diminuzione delle garanzie.

mento reciproco delle decisioni giudiziarie (artt. 82 e 83), al fine di garantire «sicurezza» e «giustizia» nel territorio europeo (art. 67, par. 3).

D'altro canto, ha preso gradualmente corpo, in seno all'Unione, la consapevolezza che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, se vuole determinare un salto di qualità nella lotta «europea» alla criminalità, non può essere occasione per un livellamento verso il basso degli istituti a tutela dell'individuo, ma deve mirare a *standards* garantistici elevati, in modo da soddisfare anche gli ordinamenti più «esigenti».

Un processo di armonizzazione, insomma, che non prescinde affatto dalla più attenta riflessione scientifica e politica sui contenuti da assegnare ad una «cultura penale europea», fondata su valori comuni e condivisi.

E così, a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 1999, l'Unione ha perseguito, in uno col reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e col ravvicinamento delle legislazioni nazionali, anche intenti di potenziamento dei meccanismi di salvaguardia e di tutela giudiziaria dei diritti dei singoli²⁴.

Il mutuo riconoscimento postula la fiducia reciproca negli ordinamenti degli Stati membri e la consapevolezza che ciascun sistema riconosca le garanzie fondamentali del giusto processo. Le decisioni giudiziarie possono circolare, senza ostacoli, solo in un «ambiente» giuridico omogeneo, che assicuri livelli equivalenti di tutela dei diritti individuali.

Il percorso intrapreso per la definizione di «norme minime comuni in materia di garanzie procedurali a favore degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali» ha rispettato una tabella di marcia che ha, prioritariamente, valorizzato «le garanzie procedurali e il rispetto dello Stato di diritto nei procedimenti penali, indipendentemente dal luogo dell'Unione europea in cui i cittadini decidono di viaggiare, studiare, lavorare o vivere»²⁵. E

²⁴ Le Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, nel porre il principio del mutuo riconoscimento a «fondamento della cooperazione giudiziaria», avevano evidenziato che «il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni [avrebbero dovuto facilitare] la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli». Il Programma di misure del Consiglio per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (in G.U.U.E., C 12 del 15 gennaio 2001) ha, successivamente, stabilito, nel preambolo, che «il reciproco riconoscimento deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone».

²⁵ A seguito di un lungo processo di consultazione tra esperti del settore e rappresentanti dei governi, il 19 febbraio 2003 veniva adottato dalla Commissione europea il Libro Verde

cioè regole comuni in tema di «interpretazione» e in tema di «traduzione», attinenti a quel diritto alla «informazione nei procedimenti penali» dal quale dipende il riconoscimento effettivo di ogni e qualsivoglia altra prerogativa che connoti un processo penale che possa dirsi *equo* e *giusto*.

Regole, le une e le altre, oggetto di apposita direttiva (2010/64/UE, da recepire, da ciascuno Stato membro della Unione, entro il 27 ottobre 2013)²⁶ volta ad assicurare un'assistenza linguistica adeguata e gratuita, consentendo a indagati o imputati che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale di esercitare appieno il diritto di difesa.

Nel presentarsi come modalità attuativa della previsione dell'art. 6 Cedu (*considerando* n. 14) e nel chiarire che nessuna disposizione in essa inserita può essere intesa in modo da limitare o derogare a quanto sancito dalla Convenzione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 8), la direttiva pone a carico degli Stati membri:

– l'obbligo di assicurare che gli indagati o gli imputati, che non parlano o non comprendono la lin-

sulle «Garanzie processuali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea» [COM (2003) 75], volto a «stabilire norme o livelli minimi comuni di garanzie procedurali in tutti gli Stati membri nei confronti di indagati, imputati, processati e condannati per reati penali». A tale iniziativa faceva seguito la presentazione di una proposta di decisione quadro «in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea» [COM (2004) 328 del 28 aprile 2004]. La proposta, tuttavia, non è stata approvata e, solo alcuni anni più tardi, nel novembre 2009, il Consiglio ha adottato una risoluzione relativa a «una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali» (G.U.U.E., C 295 del 4 dicembre 2009). Seguendo un approccio per tappe, la tabella di marcia ha individuato alcune misure da realizzare, concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), nonché le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E). Il Consiglio europeo ha accolto con favore la tabella di marcia e l'ha integrata nel programma di Stoccolma (punto 2.4) del 10 dicembre 2009 (G.U.U.E., C 115 del 4 maggio 2010), sottolineando il carattere non esaustivo della tabella di marcia ed invitando la Commissione a esaminare ulteriori elementi in materia di diritti procedurali minimi per gli indagati e gli imputati, nonché a valutare la necessità di affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione d'innocenza, in modo da promuovere una migliore cooperazione in tale settore.

²⁶ G.U.U.E., L 280 del 26 ottobre 2010. La direttiva si basa sulla proposta della Commissione di decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, dell'8 luglio 2009 [COM(2009) 338], e sulla proposta della Commissione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 9 marzo 2010 [COM (2010) 82].

gua del procedimento penale, siano assistiti, *senza indugio*, da un interprete, nei procedimenti penali dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogatori di polizia, e in tutte le udienze, anche al fine di consentire le comunicazioni con il proprio avvocato (art. 2, parr. 1 e 2);

– l'obbligo di assicurare che gli indagati o gli imputati, che non comprendono la lingua del procedimento penale, ricevano, entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti fondamentali a garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti di difesa e a tutelare l'equità del procedimento: tra questi, le decisioni che privano una persona della libertà; gli atti contenenti i capi d'imputazione; le sentenze; ogni altro documento che l'autorità consideri fondamentale (anche a seguito di richiesta motivata dell'interessato). La traduzione orale o un riassunto orale di documenti fondamentali, in luogo della traduzione scritta, è consentita solo a condizione che traduzione (o riassunto) orale non pregiudichi l'equità del procedimento (art. 3, parr. 1, 2 e 7)²⁷.

Si prevede, altresì, la istituzione di procedure o meccanismi atti ad accertare se gli indagati o gli imputati parlino e comprendano la lingua del procedimento penale o se abbiano bisogno dell'assistenza di un interprete (art. 2, par. 4); che l'interpretazione e la traduzione siano di qualità sufficiente alla tutela della equità del procedimento, «in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa» (art. 2, par. 8, e 3, par. 9); la non necessità di tradurre passaggi di documenti se ininfluenti a fini della comprensione dell'accusa (art. 3, par. 4)²⁸; il diritto di impugnare una decisione che dichiari superflua l'interpretazione o la traduzione e il diritto di contestarne la qualità (art. 2, par. 5, e art. 3, par. 5); l'onere dei costi dell'interpretazione o della traduzione a carico dello Stato, e ciò indipendentemente dagli esiti del procedimento.

²⁷ Critico rispetto a tale ultima previsione, che consente di surrogare la traduzione con l'interpretazione, è Gialuz, *La Corte di Cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza a favore dell'imputato alloggiato*, *Cass. pen.*, 2013, 2188 ss., il quale auspica che «il legislatore nazionale precisi meglio in quali casi e, con quali limiti, può applicarsi la regola della surrogabilità laddove vengano in rilievo i documenti fondamentali che vanno sempre tradotti per la direttiva, ossia il provvedimento restrittivo della libertà, l'atto di imputazione e la sentenza».

²⁸ Ad avviso di Kalb-Izzo, *La nuova sfida della direttiva 2010/64*, cit., 353, «la soluzione è condivisibile a condizione che lo "stralcio" determinante il contenuto da tradurre sia il risultato di un contraddittorio tra l'organo procedente e il difensore dell'assistito al fine di evitare che scelte provenienti dall'autorità incidano sull'esercizio del diritto di difesa».

Nel recepire gli orientamenti della Corte europea e nel fissare lo *standard* minimo di tutela, la direttiva ribadisce, dunque, che il diritto all'assistenza linguistica, riconosciuto per l'intero corso del procedimento, è funzionale a garantire la comprensione delle accuse e l'esercizio del diritto di difesa ed include, non solo l'interpretazione di dichiarazioni orali (rese o ricevute dall'interessato nei rapporti con gli organi giudiziari e con il proprio difensore), ma anche la traduzione di tutti di «documenti fondamentali». Ribadisce, altresì, che è obbligo dell'autorità procedente accertare, attraverso apposite procedure, se gli indagati o gli imputati parlino e comprendano la lingua del procedimento penale e se necessitino dell'assistenza linguistica.

Il contesto di tutela così apprestato è stato, di recente, integrato da ulteriore direttiva sul diritto all'informazione (2012/13/UE, da recepire entro il 2 giugno 2014)²⁹.

Nel rimarcare la sua natura ricognitiva dei risultati raggiunti, nell'esegesi dell'art. 6 Cedu, dalla Corte di Strasburgo, tale direttiva codifica: il diritto di indagati e imputati ad essere informati sulle prerogative poste a salvaguardia della equità del procedimento³⁰; il diritto, dell'arrestato o del detenuto, a ricevere, per iscritto, una «comunicazione dei diritti»³¹; il diritto all'informazione sull'accusa³²;

²⁹ Con la legge di delegazione europea 2013 (l. 6 agosto 2013, n. 96) il Parlamento ha delegato il Governo a recepire le direttive 2010/64 e 2012/13/UE. La delega interessa anche la direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 (G.U.U.E., L 315 del 14 novembre 2012), che istituisce «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI». Tale direttiva riconosce il diritto all'interpretazione ed alla traduzione anche alla vittima del reato (art. 7).

³⁰ L'art. 3 prevede che alle persone indagate o imputate siano tempestivamente fornite le informazioni concernenti: il diritto a un avvocato; le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio; il diritto di essere informato dell'accusa; il diritto all'interpretazione e alla traduzione; il diritto al silenzio.

³¹ La «comunicazione dei diritti» deve avere, ai sensi dell'art. 4, forma scritta e contiene, oltre a quelle dell'art. 3, le informazioni relative: al diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine; al diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona; al diritto di accesso all'assistenza medica d'urgenza; al numero massimo di ore o giorni in cui l'indagato o l'imputato può essere privato della libertà prima di essere condotto dinanzi a un'autorità giudiziaria. La comunicazione contiene, altresì, informazioni su qualsiasi possibilità prevista dal diritto nazionale di contestare la legittimità dell'arresto, ottenere un riesame della detenzione o presentare una domanda di libertà provvisoria. Si prevede, inoltre, che «l'indagato o l'imputato riceva la comunicazione redatta in una lingua a lui comprensibile»; qualora ciò non sia possibile, l'indagato o l'imputato è informato dei suoi diritti oralmente in una lingua a lui comprensibile, ma «senza indugio» gli dovrà essere «fornita la comunicazione dei diritti in una lingua a lui comprensibile».

³² La direttiva prevede che le persone indagate o imputate siano informate, «tempestivamente e con tutti i dettagli necessari»,

il diritto all'accesso alla documentazione relativa all'indagine³³.

Un impianto prescrittivo, insomma, del diritto a pienamente comprendere quanto si ha diritto a conoscere – confluyente nella incisiva attestazione di un diritto ad essere informati, oralmente o in forma scritta, e in linguaggio semplice ed accessibile, dello stesso diritto alla assistenza di un interprete e alla traduzione di scritti – e di un preliminare, doveroso obbligo, gravante sulla autorità, di utilizzare, sin dalla prima notifica, una lingua comprensibile all'accusato che non conosca adeguatamente l'idioma impiegato nel procedimento.

LA DISCIPLINA INTERNA

Sul versante codicistico, l'art. 143, comma 1, c.p.p. consacra il diritto dell'imputato che «non conosce»³⁴ la lingua italiana di farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di poter comprendere l'accusa contro di lui formulata, nonché di seguire il compimento degli atti cui partecipa³⁵.

Benché non preveda espressamente un obbligo di traduzione degli atti processuali indirizzati all'imputato alloglotta (con particolare riferimento a quelli funzionali alla comprensione dell'accusa e all'esercizio del diritto di difesa)³⁶, è indubbio che

del reato di cui sono sospettate o accusate e, in caso di arresto o detenzione, dei motivi dell'arresto o della detenzione. Al più tardi al momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria, devono essere fornite informazioni dettagliate sull'accusa, sulla qualificazione giuridica del reato e sulla natura della partecipazione allo stesso dell'accusato, nonché su ogni successiva modificazione, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento (art. 6).

³³ Cfr. art. 7. Al riguardo v., anche, *infra*, § 6.

³⁴ Non c'è dubbio che il presupposto della «non conoscenza» della lingua italiana includa sia la «non comprensione», sia l'incapacità di «parlare», in linea con le previsioni costituzionali e sovranazionali (cfr. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 347).

³⁵ C. cost., sent. 6 luglio 2007, n. 254, cit., ha, inoltre, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), nella parte in cui non prevede la possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete.

³⁶ Ciò a differenza degli artt. 109, comma 2, e 169, comma 3, c.p.p. L'art. 109, comma 2, c.p.p. codifica il diritto del cittadino italiano, appartenente ad una minoranza linguistica riconosciuta, insediata nel territorio ove si svolge il processo, di essere, su richiesta, interrogata o esaminata nella madrelingua (in cui deve essere redatto anche il verbale) e di ottenere la traduzione di tutti gli atti del procedimento a lui indirizzati successivamente alla richiesta. L'art. 169, comma 3, c.p.p. prevede che l'invito a dichiarare o eleggere domicilio nel territorio dello Stato, notificato all'imputato straniero che si trovi all'estero, sia redatto nella lingua dell'imputato, qualora dagli atti non risulti che conosca la lingua italiana.

la disposizione estenda il proprio spazio operativo non solo alle dichiarazioni orali, ma anche agli atti scritti³⁷.

Nel rilevare che l'obiettivo della previsione è «garantire all'imputato che non intende o non parla la lingua italiana di "comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa"» e, dunque, assicurare «una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa, riconosciuto altresì dalla comunità internazionale», la Corte costituzionale ha affermato che «il diritto a farsi assistere gratuitamente da un interprete comporta, ad una corretta interpretazione dell'art. 143 c.p.p., che l'attività di assistenza svolta da quest'ultimo a favore dell'indagato ricomprenda, fra l'altro, la traduzione, in tutti i suoi elementi costitutivi – incluso l'avviso relativo alla facoltà di richiedere il giudizio abbreviato – del decreto di citazione a giudizio»³⁸.

Nella prospettiva adottata dal Giudice delle leggi, la norma codicistica sarebbe attuativa dei precetti, sovranazionali e costituzionali, che garantiscono alla persona accusata il diritto ad una informazione consapevole sul contenuto dell'accusa, in vista dell'esercizio del diritto di difesa e della garanzia del giusto processo³⁹.

E proprio in quanto espressione delle garanzie sull'assistenza linguistica, va necessariamente interpretata in conformità della *ratio* di tutela ad esse sottostante.

L'esegesi non può che essere orientata, altresì, dalle previsioni delle direttive 2010/64 e 2012/13/UE che, sebbene non ancora recepite, dettano «norme minime» per assicurare il rispetto dei principi trasfusi nell'art. 6, par. 3, lett. a) ed e), Cedu (a cui il sistema deve necessariamente uniformarsi, attraverso gli strumenti dell'interpretazione conforme, dell'intervento del legislatore o, in ultima analisi, della declaratoria di illegittimità costituzionale) ed obbligano lo Stato – anche se il termine non è ancora scaduto – ad adeguare l'ordinamento interno⁴⁰.

³⁷ Del resto, non va trascurata la collocazione sistematica, essendo l'articolo inserito nel titolo IV del libro II, dedicato proprio alla «Traduzione degli atti».

³⁸ C. cost., sent. 12 gennaio 1993, n. 10, cit.

³⁹ La stessa Relazione al codice di procedura penale poneva in rilievo che «l'art. 143, comma 1, conferendo allo straniero che non conosce la lingua italiana il diritto di fruire di un interprete per comprendere l'accusa formulata contro di lui e seguire il compimento degli atti processuali a cui partecipa, si uniforma, in attuazione della legge-delega, agli impegni internazionali sottoscritti dall'Italia a questo riguardo».

⁴⁰ Sull'esigenza di un'interpretazione dell'art. 143 c.p.p. orientata secondo i principi stabiliti dalla direttiva 2010/64/UE, cfr. Cass., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 5486, *Cass. pen.*, 2013, 2188. In dottrina, v. Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme*

TROISI / L'OBBLIGO DI TRADUZIONE DEGLI ATTI PROCESSUALI

In tale contesto, nel delineare la figura dell'interprete in funzione della tutela del diritto di difesa e della garanzia della consapevole partecipazione al procedimento, il disposto dell'art. 143 c.p.p. opera come «clausola generale»⁴¹, la cui sfera applicativa è idonea a includere ogni situazione in cui la non sufficiente conoscenza della lingua potrebbe determinare un *vulnus* nell'esercizio delle prerogative difensive.

S'impone, dunque, un'esegesi funzionalmente orientata e, in ogni caso, diretta ad estendere la portata dalla garanzia al fine di assicurare l'effettività del diritto al giusto processo.

La prassi giurisprudenziale, tuttavia, come si dirà, non sempre si è mossa in questa direzione e notevoli margini di incertezza, alimentati da orientamenti ondivaghi, spesso attenti più ad esigenze di ordine pratico (contenimento delle spese o non vanificazione di intere vicende processuali) che a salvaguardare garanzie processuali, continuano ad alimentare tensioni con il contesto costituzionale e sovranazionale.

Il diritto alla traduzione, per quanto fin ora esposto, dovrebbe operare con riferimento a tutti gli atti fondamentali del procedimento, la cui comprensione sia necessaria per la conoscenza degli addebiti e per l'esercizio del diritto di difesa.

Vengono in considerazione, innanzitutto, gli atti, indirizzati all'interessato, attraverso i quali il magistrato del pubblico ministero esercita l'azione penale e formula l'imputazione.

Ma non solo: siccome nel vigente sistema il diritto all'informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa, in vista dell'attivazione di prerogative difensive, è riconosciuto anche nel corso delle indagini (quante volte vengano compiuti atti garantiti e, in ogni caso, allorché sia prescritta la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini), ne discende che l'obbligo di traduzione coinvolge certamente l'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.)⁴²; l'informa-

zione sul diritto di difesa (art. 369-bis c.p.p.)⁴³; l'invito a presentarsi per rendere interrogatorio (art. 375 c.p.p.)⁴⁴; la richiesta di proroga dei termini di durata delle indagini (art. 406 c.p.p.), principalmente quando sia il primo atto attraverso il quale l'indagato è messo a conoscenza della pendenza del procedimento⁴⁵; l'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-bis c.p.p.)⁴⁶.

La traduzione deve investire, altresì, gli atti ed i provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, i quali pongono impellenti esigenze difensive in relazione ad addebiti accertati in termini di gravi indizi di colpevolezza ed alla riconosciuta sussistenza di esigenze cautelari tali da giustificare sacrifici *ante iudicium* del bene inviolabile della libertà personale⁴⁷.

Il diritto ad essere informati, nel più breve tempo possibile ed in una lingua comprensibile, dei motivi dell'arresto e degli addebiti contestati (a cui si collegano i diritti ad essere condotti dinanzi ad un giudice e a presentare ricorso ad un tribunale) (artt. 6 Cedu e 9 Patto) rende operativo, nell'ordinamento interno, il diritto ad ottenere, in tempi ragionevoli, una traduzione scritta delle decisioni che privano la persona della propria libertà (diritto codificato dall'art. 3 direttiva 2010/64/UE).

In argomento, le Sezioni unite, dopo plurime oscillazioni giurisprudenziali, hanno ritenuto che l'ordinanza di custodia cautelare resa – anche in sede di convalida dell'arresto o del fermo – nei con-

244863. *Contra*, Trib. Milano, Sez. XI, 10 giugno 2005, *Guida dir.*, 2006, 22, 67.

⁴³ In senso contrario, Trib. Milano, Sez. XI, 10 giugno 2005, cit., secondo cui «l'informazione sul diritto di difesa non rientra nel novero degli atti per i quali è necessaria la traduzione. Si tratta, infatti, di un atto scritto, mediante il quale l'indagato viene informato in merito ai propri diritti al fine di essere assistito da un'adeguata difesa tecnica, nel quale manca qualunque accenno all'imputazione elevata e ai presupposti legittimanti la restrizione della libertà personale, di tal che non rientra fra gli atti mediante i quali l'accusa nei suoi confronti viene formalizzata. Ne consegue che la mancata traduzione dell'informazione di cui all'art. 369-bis c.p.p. nella lingua conosciuta dall'indagato straniero non comporta alcuna nullità».

⁴⁴ L'invito, infatti, deve contenere la «sommatoria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute» (art. 375, comma 3, c.p.p.).

⁴⁵ Ed in effetti, la richiesta di proroga del termine di durata delle indagini preliminari, da notificare all'indagato per consentirgli di controdedurre, deve contenere l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che giustificano la proroga, i quali costituiscono l'oggetto del contraddittorio (cfr. Cass., Sez. V, 4 dicembre 2012, n. 5782, *CED Cass.*, 255007).

⁴⁶ Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, *Guida dir.*, 2006, 49, 77.

⁴⁷ Tant'è vero che, come sopra evidenziato (§ 4), la direttiva 2012/13/UE ha previsto l'obbligo degli Stati di garantire le persone arrestate o detenute ricevano, prontamente e in una lingua comprensibile, una vera e propria «comunicazione dei diritti».

alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica, Dir. pen. proc., 2012, 439, secondo cui esiste «un vero e proprio obbligo "interinale" di interpretazione conforme alla direttiva, ossia un vincolo ermeneutico destinato a operare anche in pendenza del termine per il recepimento della fonte europea».

⁴¹ L'espressione è di C. cost., sent. 12 gennaio 1993, n. 10, cit., secondo cui «il fatto che la suddetta norma sia contenuta nel titolo dedicato alla traduzione degli atti e il fatto che il processo penale, a differenza di quello civile, non distingue la figura del traduttore da quella dell'interprete, inducono a ritenere che, in via generale, il diritto all'interprete possa essere fatto valere e possa essere fruito, stando al tenore dello stesso art. 143 c.p.p., ogni volta che l'imputato abbia bisogno della traduzione nella lingua da lui conosciuta in ordine agli atti a lui indirizzati, sia scritti che orali».

⁴² Cfr. Cass., Sez. IV, 10 giugno 2009, n. 32231, *CED Cass.*,

fronti di straniero che non conosca la lingua italiana debba essere accompagnata da traduzione in altra lingua a lui nota: «il provvedimento che dispone la custodia cautelare, per il contenuto che lo contraddistingue – la contestazione di un reato con la indicazione dei gravi indizi di colpevolezza, che giustificano l'emissione del provvedimento coercitivo, e delle esigenze cautelari – e per gli effetti che ne scaturiscono – la privazione della libertà – è certamente uno degli atti rispetto ai quali è pressoché impossibile ipotizzare che colui che ne è il destinatario non voglia esercitare il diritto, inviolabile, di difesa. Esercizio il cui imprescindibile, naturale presupposto non può non essere la comprensione dell'atto, impossibile per chi non conosca la lingua italiana»; donde «l'onere processuale per il giudice di porre a disposizione dell'indagato o dell'imputato quei presidi, traduzione dell'atto, interprete, che l'ordinamento giuridico prevede»⁴⁸.

E tuttavia, si è precisato che il giudice non è tenuto, a pena di nullità, a disporre la traduzione dell'ordinanza contestualmente all'adozione del provvedimento, quante volte dagli atti non risulti la non conoscenza della lingua italiana da parte dell'indagato, dovendosi provvedere solo qualora accerti, in sede di interrogatorio di garanzia, che l'indagato ignora la lingua e sempre che non vi abbia provveduto, ai sensi dell'art. 94, comma 1-bis, norme att. c.p.p., il direttore dell'istituto penitenziario. In tali casi, il termine per impugnare il provvedimento decorre da quando l'indagato riceve la traduzione⁴⁹.

Quest'ultima soluzione non pare pienamente soddisfacente: anche solo differire il momento in cui la persona ristretta della libertà è posta in grado di comprendere le accuse ed esercitare i diritti difensivi sembra contrastare con le esigenze sovranazionali che impongono di contenere «nel più breve tempo» l'informazione sui motivi dell'arresto e sugli addebiti contestati⁵⁰. Sarebbe maggiormente

rispondente al contesto garantistico di riferimento, ritenere che l'ordinanza cautelare debba essere sempre tradotta (almeno nei passaggi essenziali, rilevanti ai fini della comprensione delle accuse e dei motivi della restrizione della libertà) salvo che, all'atto dell'adozione, risulti che lo straniero conosca la lingua.

In altri termini, a fronte della circostanza che dagli atti a disposizione nulla emerga circa la comprensione della lingua da parte dello straniero, il giudice o, ancor prima, gli organi investigativi dovrebbero attivarsi per compiere i relativi accertamenti. Qualora tali accertamenti siano incompatibili con le esigenze cautelari o, all'esito degli stessi, permanga incertezza sulla conoscenza della lingua, nessuna presunzione a sfavore dell'indagato di nazionalità estera può ritenersi operante, con la conseguenza che la traduzione dovrebbe essere consegnata in sede di esecuzione dell'ordinanza.

Va, in ogni caso, evidenziato che la più recente prassi giurisprudenziale, travisando il senso del *decisum* delle Sezioni unite, se ne è sostanzialmente discostata, escludendo, per un verso, che la mancata traduzione possa essere causa di nullità⁵¹ e, per l'altro, che sia obbligo del giudice disporre la traduzione, competendo, quest'ultima, al direttore dell'istituto⁵².

Non meno profonde sono le frizioni, rispetto all'assetto costituzionale e sovranazionale, in tema di obbligo di tradurre la sentenza.

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 12 marzo 2013, n. 18023, *CED Cass.*, 255510, secondo cui «la mancata traduzione dell'ordinanza cautelare non incide sulla perfezione e sulla validità dell'atto ma sulla sua efficacia, con la conseguenza che la richiesta di traduzione del titolo custodiale proposta dall'indagato al giudice del riesame e la conseguente trasmissione degli atti al g.i.p. per la traduzione e la notifica, all'indagato, del provvedimento originario e di quello tradotto non comporta l'invalidità del titolo custodiale ma una sorta di restituzione nel termine, con riferimento al momento produttivo degli effetti, per consentire l'eventuale impugnazione sulla base di una piena conoscenza dell'ordinanza cautelare».

⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, *Cass. pen.*, 2004, 156.

⁵⁰ Nella citata sentenza, le Sezioni unite hanno precisato che «la omessa traduzione del provvedimento custodiale nel momento in cui è emesso, ove ne ricorra il presupposto, o la mancata nomina dell'interprete per la traduzione in sede di interrogatorio di garanzia, quando non si sia già provveduto ai sensi della norma dell'art. 94, comma 1-bis, norme att., è causa di nullità dell'atto», ai sensi degli artt. 178, lett. c), e 180 c.p.p. E tuttavia, «se soltanto in sede di interrogatorio di garanzia l'indagato è stato posto in grado di comprendere il contenuto dell'ordinanza di custodia cautelare, il termine per impugnare il provvedimento decorre soltanto da questo momento».

⁵¹ Cfr. Corte e.d.u., 2 ottobre 2008, *Rusu c. Austria*, in cui è stata constatata la violazione dell'art. 5, par. 2, Cedu in quanto alla ricorrente erano stati comunicati i motivi della detenzione con l'ausilio di un interprete solo dieci giorni dopo la privazione della libertà personale.

⁵² V. Cass., Sez. I, 14 luglio 2011, n. 33058, *CED Cass.*, 250380, in cui si afferma che «il giudice che emetta ordinanza di custodia cautelare in carcere nei confronti di imputato che ignori la lingua italiana non è tenuto alla traduzione della stessa nella lingua a quest'ultimo nota». A avviso di Cass., Sez. I, 19 giugno 2012, n. 35878, *CED Cass.*, 253283, tale conclusione sarebbe «in linea con i contenuti della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 in ordine al diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali», in cui si prescrive che «la traduzione (scritta) sia messa a disposizione – non immediatamente – in un tempo ragionevole, e non necessariamente ad opera dell'autorità giudiziaria procedente», sicché può ritenersi «la sufficienza del meccanismo di garanzia previsto dall'art. 94 norme att. c.p.p., perché quel che rileva è che lo Stato, e quindi l'apparato pubblico, si adoperi per assicurare la traduzione dell'atto e non che a tale incumbente provveda proprio il giudice che ha emesso il provvedimento». *Contra*, Cass., Sez. I, 16 dicembre 2010, n. 2735, *Cass. pen.*, 2012, 1420.

TROISI / L'OBBLIGO DI TRADUZIONE DEGLI ATTI PROCESSUALI

Alle pronunce volte ad affermare la sussistenza di tale obbligo⁵³ si oppongono, di recente, posizioni di segno contrario⁵⁴, intese a sostenere che, al più, la mancata traduzione inciderebbe sul decorso dei termini per l'impugnazione, differito al momento in cui il destinatario abbia compreso il contenuto del provvedimento⁵⁵, e che, in ogni caso, l'obbligo di traduzione sorgerebbe solo a seguito di richiesta dell'interessato, che dia prova di non conoscere la lingua italiana⁵⁶.

⁵³ Si è affermato che «l'imputato alloglotta che non comprenda la lingua italiana ha diritto alla traduzione della sentenza, risultando altrimenti pregiudicato nell'esercizio delle facoltà di proporre impugnazione personalmente o di togliere effetto all'impugnazione proposta dal suo difensore» (Cass., Sez. VI, 23 novembre 2006, n. 4929, *CED Cass.*, 236409) e che «la mancata traduzione, nella lingua conosciuta dall'imputato che non comprenda l'italiano, dell'estratto contumaciale della sentenza, determina una nullità generale a regime intermedio dell'atto, da ritenersi sanata laddove l'imputato abbia, impugnando la sentenza di merito, censurato il contenuto della stessa» (Cass., Sez. III, 15 novembre 2007, n. 181, *CED Cass.*, 238605). In dottrina, v. Ubertis, sub art. 143 c.p.p., Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm.del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 141.

⁵⁴ Il più recente orientamento ha ritenuto che sussiste l'obbligo di traduzione solo per gli atti cui lo straniero, che non comprende la lingua italiana, partecipi direttamente. Di conseguenza, è stato escluso l'obbligo della traduzione per quegli atti, quale l'estratto contumaciale della sentenza, che, essendo preordinati a dare impulso alla fase successiva solo eventuale, sono rimessi all'iniziativa ed alla valutazione della parte interessata. La stessa conclusione è stata ritenuta valida nel caso in cui l'imputato abbia avuto immediata cognizione del dispositivo, avendo tutto il tempo per poter conoscere il testo della decisione, anche attraverso la traduzione a proprie spese del dispositivo e della motivazione (cfr. Cass., Sez. VI, 21 settembre 2011, n. 35571, *Proc. pen. giust.*, 2012, 65; Cass., Sez. III, 18 marzo 2011, n. 26703, *CED Cass.*, 250636; Cass., Sez. II, 7 dicembre 2011, n. 46897, *ivi*, 251453; Cass., Sez. II, 17 dicembre 2010, n. 11311, *ivi*, 249948; Cass., Sez. I, 31 marzo 2010, n. 24514, *ivi*, 247760).

⁵⁵ La circostanza che, al fine dell'esercizio della facoltà di impugnazione, l'interessato debba avvalersi di un interprete per la traduzione della sentenza (anche senza oneri personali, quando sussistano i presupposti del patrocinio a spese dello Stato) può soltanto comportare l'eventuale differimento del relativo termine per l'impugnazione (in tal senso, Cass., Sez. VI, 30 settembre 2009, n. 38639, Pantovic, *CED Cass.*, 245314).

⁵⁶ In questo senso si esprime Cass., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 5486, cit. Altro orientamento, ancora, ha sostenuto che il diritto alla traduzione della sentenza e dell'avviso di deposito spettano personalmente all'imputato alloglotta, che non conosca la lingua italiana, e questi soltanto, non anche il suo difensore, ha interesse a rilevarne l'eventuale violazione per mezzo dell'impugnazione. Ed invero, se è indiscutibile che l'art. 143 c.p.p. si pone quale norma di garanzia a tutela del fondamentale diritto, costituzionalmente garantito ex artt. 24 e 111 Cost., di difesa e di partecipazione dell'imputato al processo, e se è vero che tale norma si riferisce esclusivamente alla parte e non al suo difensore, in quanto la traduzione della sentenza e dell'avviso di deposito costituiscono diritti spettanti personalmente all'imputato alloglotta e non al suo difensore, per consentire anche al primo l'esercizio dell'autonomo potere di impugnazione ex art. 571 c.p.p., una volta palesata la sua intenzione di avvalersi di tale diritto, se ne deve allora dedurre che l'interesse a rilevare la violazione della norma *de qua* spetta all'imputato personalmente

I disorientamenti giurisprudenziali⁵⁷, frutto certamente di una marcata attenzione (e preoccupazione) alle ricadute pratiche che potrebbe avere il riconoscimento, per via interpretativa, del diritto alla traduzione di tutti gli atti fondamentali del procedimento, si manifestano, in maniera ancora più allarmante, sul versante delle modalità di verifica della non conoscenza – o, comunque, della non «sufficiente conoscenza», in relazione all'esigenza di garantire la comprensione dell'accusa e il diritto di difesa – della lingua.

Non vi è, certamente, un diritto indiscriminato dello straniero a giovare dell'assistenza linguistica⁵⁸, essendo indubbio che è la mancata conoscenza della lingua italiana a dare immediata concretezza ed effettività al diritto alla traduzione o all'interprete e a far sorgere l'obbligo per il giudice di consentirne l'esercizio⁵⁹.

Ma ciò non autorizza a ritenere – come sostenuto da un consistente orientamento della giurisprudenza di legittimità, tuttora seguito dalla Suprema Corte⁶⁰ – che è onere dell'indagato (o del suo difensore) dimostrare o, almeno, dichiarare di non conoscere la lingua italiana⁶¹ o che alla nomina dell'interprete debba provvedersi solo qualora risulti dagli atti il presupposto della mancata conoscenza della lingua⁶², sicché l'assenza di elementi sulle cognizioni linguistiche dello straniero sarebbe insufficiente per rendere operativo il generale diritto all'interprete⁶³.

Quest'ultima conclusione è tratta dal disposto dell'art. 169, comma 3, che, nel prescrivere (diversamente da quanto affermato nell'art. 143, comma 1, c.p.p.) l'obbligo di notificare all'estero, tradotto nella lingua dell'imputato straniero, l'invito a dichiara-

e non pure al difensore, che ha già esercitato il suo autonomo diritto di impugnazione (così Cass., Sez. VI, 21 settembre 2011, n. 35571, *CED Cass.*, 250877).

⁵⁷ Sul tema si rinvia alla disamina di Sau, *Le garanzie linguistiche*, cit., 183 ss.

⁵⁸ È la conclusione recepita da Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, *Cass. pen.*, 2000, 3255.

⁵⁹ Così si esprime Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, cit.

⁶⁰ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40660, *C.E.D. Cass.*, 253841

⁶¹ Tra le tante, Cass. Sez. VI, 21 novembre 1996, n. 3547, *C.E.D. Cass.*, 208188, secondo cui «la mancata conoscenza della lingua italiana da parte dello straniero deve essere allegata dallo stesso o dal suo difensore in quanto in tema di nomina di un interprete, condizione fondamentale per l'esercizio del diritto da parte dell'imputato di essere assistito da un interprete è che egli dimostri o almeno dichiari di non sapersi esprimere in lingua italiana o di non comprenderla, sollecitando così, di persona o a mezzo del difensore, tale nomina».

⁶² Cfr. Cass., Sez. IV, 11 maggio 2004, n. 32911, *C.E.D. Cass.*, 229268.

⁶³ Così Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, cit.

rare o a eleggere domicilio nel territorio dello Stato, impone la redazione dell'atto in lingua diversa da quella ufficiale in presenza del mero ricorrere della nazionalità estera dell'imputato, salvo che dagli atti del processo risulti la conoscenza da parte dell'imputato stesso della lingua italiana. Dal limite così posto (obbligo di traduzione dell'invito a dichiarare o ad eleggere domicilio nella lingua dell'accusato straniero nel solo caso di notifica all'estero) si ricava la convinzione che la carenza di elementi sulle conoscenze linguistiche dell'imputato straniero obblighi alla traduzione in lingua diversa da quella italiana nel solo specifico caso regolato dall'art. 169, comma 3, c.p.p.⁶⁴.

Una lettura, questa, capace di ingenerare, a giudizio di chi scrive, irragionevole disparità di trattamento tra accusato straniero che si trovi all'estero ed accusato straniero che, invece, dimori nel territorio dello Stato, e che, per di più, confligge con la contraria previsione volta, invece, a presumere, fino a prova contraria, «la conoscenza della lingua italiana» unicamente in capo al «cittadino italiano» (art. 143, comma 1, c.p.p.).

In eguale aporia ricade, inevitabilmente, l'indirizzo secondo cui, il diritto all'interprete – non discendendo automaticamente, come atto dovuto e imprescindibile, dal mero *status* di straniero o apolide – richiede l'ulteriore presupposto dell'«accertata ignoranza della lingua italiana»⁶⁵: la condizione di «accertata ignoranza» è segno di presunzione di conoscenza della lingua italiana (benché solo «fino a prova contraria») anche in capo allo straniero ed è, per di più, condizione che amplifica l'ambito di operatività di scelte normati-

ve, viceversa, previste unicamente per il cittadino italiano. Analoga presunzione non è, infatti, fissata per l'accusato straniero. E non potrebbe essere diversamente: solo la cittadinanza italiana è circostanza significativa della prevedibile conoscenza della lingua italiana; irragionevole, per lo straniero, invece, è argomentare una conoscenza dell'italiano «tanto completa da fargli intendere l'accusa contro di lui formulata e il contenuto degli atti cui partecipa, se non altro perché appartiene ad un'etnia linguistica diversa da quella presso cui si svolge il processo»⁶⁶.

Non appare consapevole di questo ovvio argomento neanche la soluzione proposta dalla Corte costituzionale – e seguita da buona parte della giurisprudenza di legittimità⁶⁷ – che collega nomina dell'interprete e obbligo di traduzione degli atti «al verificarsi della circostanza della mancata conoscenza della lingua italiana, da parte dell'imputato, tanto se tale circostanza sia evidenziata dall'interessato quanto se, in difetto di ciò, sia accertata dall'autorità procedente», ancora volta a presumere, nello straniero, la conoscenza della lingua italiana, fino a prova contraria, fornita dall'accusato o, in altro modo, acquisita agli atti del procedimento.

Né è conforme alla *ratio* del diritto di cui si discute porre a carico dello straniero l'onere di dimostrare la non conoscenza della lingua: «non solo perché, non potendo comprendere il contenuto dell'atto notificatogli, *a fortiori* non sentirà l'esigenza di essere affiancato da un interprete», ma altresì perché, potendo trovarsi in una condizione sociale di marginalità, «molto probabilmente ignorerà del tutto l'esistenza di un diritto linguistico»⁶⁸. Subordinare, poi, la garanzia alla circostanza che la «mancata conoscenza» risulti agli atti del processo dà spazio ad un diritto non esercitato né esercitabile (dunque, negato) per tutto il tempo in cui il disagio linguistico resti latente, perché non ancora evidenziato dagli atti del processo.

In realtà, gli itinerari percorsi in sede applicativa hanno isolato il disposto codicistico dal contesto valoriale di riferimento, impedendo di cogliere il corretto significato della previsione legislativa, alla luce della sua ragion d'essere, per deformarlo al solo fine di non compromettere intere vicende processuali o in nome di fraintese esigenze di efficienza del processo.

⁶⁴ V., ancora, Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, cit.

⁶⁵ In tal senso, Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, cit., secondo cui «l'efficacia operativa dell'art. 143 c.p.p. è subordinata al verificarsi di una condizione essenziale, l'accertamento dell'ignoranza della lingua italiana da parte dell'imputato. Ne deriva che, se lo straniero ha mostrato, in qualsivoglia maniera, di rendersi conto del significato degli atti compiuti con il suo intervento o a lui indirizzati e non è rimasto completamente inerte, ma al contrario, ha assunto personalmente delle iniziative rivelatrici della sua capacità di difendersi adeguatamente, il giudice non ha alcun obbligo di provvedere alla nomina dell'interprete [...]. In conclusione, può affermarsi con riferimento alle tre disposizioni del codice di rito riferibili all'argomento, che mentre per l'art. 109 comma 2 la conoscenza della lingua italiana da parte della persona coinvolta nel procedimento è circostanza del tutto irrilevante e mentre per l'art. 169 comma 3 tale conoscenza deve risultare provata, ai fini dell'applicazione dell'art. 143 ciò che è, invece, necessario è la prova dell'ignoranza della lingua medesima. Si tratta, com'è evidente, di un'indagine di mero fatto il cui esito, se riferito dal giudice di merito con argomentazioni esaustive e concludenti, sfugge al sindacato di legittimità». Tale impostazione è seguita da buona parte della giurisprudenza di legittimità (cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 6663, *Guida dir.*, 2010, 13, 84).

⁶⁶ Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 359

⁶⁷ *Ex multis*, Cass., Sez. V, 12 maggio 1995, n. 1310, *Cass. pen.*, 1996, 2596.

⁶⁸ Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 354.

L'interpretazione conforme ai principi costituzionali e alle regole codificate in sede sovranazionale⁶⁹ induce a ritenere che spetti all'autorità che procede verificare, d'ufficio, se vi è obbligo di nominare l'interprete e/o di disporre la traduzione degli atti, attestando che l'accusato non possiede quel grado di conoscenza della lingua italiana utile a fargli comprendere contenuto e valore dell'accusa.

L'obbligo non si segnala, certo, in ragione della sola nazionalità estera; ma è indiscutibile che già la sola cittadinanza straniera sollecita l'autorità ad accertamenti sul grado di comprensione della lingua e dei contenuti degli atti notificati o ai quali l'accusato partecipa. Le esigenze di tutela del diritto di difesa e dell'equità del processo impongono che sia, sempre, disposta la traduzione⁷⁰ quando detto accertamento non sia possibile o non pervenga ad conclusioni scervere da dubbi: determinando un *vulnus* nelle garanzie difensive, la violazione del diritto all'assistenza linguistica sarebbe causa di nullità⁷¹.

Nel prescrivere che «l'imputato, che non conosce la lingua italiana ha diritto a farsi assistere gratuitamente da un interprete» e che «la conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano», il legislatore del processo penale fissa la inequivocabile regola per la quale il grado di conoscenza della lingua italiana va accertato quando l'indagato o imputato è di nazionalità estera, in via preliminare o contestualmente al primo atto notificato o a cui l'interessato partecipi (art. 143, comma 1, c.p.p.)⁷².

⁶⁹ Sul tema dell'interpretazione conforme v., di recente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Bernardi, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁷⁰ In dottrina, Pacileo, *Diritto all'assistenza dell'interprete da parte dell'imputato che non conosce la lingua italiana e traduzione degli atti da notificare*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 651; Sau, *Le garanzie linguistiche*, cit., 138.

⁷¹ Va osservato che, secondo la prevalente giurisprudenza, «la mancata nomina di un interprete all'imputato che non conosce la lingua italiana dà luogo a una nullità che è a regime intermedio e, come tale, deve essere eccepita dalla parte presente prima del compimento dell'atto o, qualora ciò non sia possibile, immediatamente dopo» (cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 6663, cit.). E tuttavia, qualora l'omessa traduzione riguardi la *vocatio in iudicium*, pare difficile escludere la configurabilità di una nullità assoluta (sul tema, Pacileo, *Diritto all'assistenza dell'interprete*, cit., 652; Rivello, *La struttura*, cit., 253; Ubertis, sub art. 143 c.p.p., cit., 149. *Contra*, Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, cit.).

⁷² Cfr. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 360, secondo cui l'obbligo di nominare l'interprete in favore dell'imputato alloglotta incombe sull'autorità giudiziaria procedente immediatamente all'instaurarsi del procedimento (o, meglio, al prodursi del primo atto cui l'imputato prende parte) e per tutta la sua durata o, comunque, sino a quando l'autorità stessa dimostra una conoscenza della lingua da parte

Nel recepire la direttiva 2010/64/UE, il legislatore dovrà istituire apposite procedure idonee allo scopo, ma è, già da ora, indiscutibile l'investitura dell'autorità che procede alla verifica delle capacità di comprensione – e, dunque, di partecipazione al procedimento – dell'accusato di nazionalità straniera, al quale non spetta dimostrare la non conoscenza della lingua (come, invece, prescritto per il cittadino italiano), né attivarsi per la traduzione di atti a lui destinati⁷³.

IL DIRITTO ALLA TRADUZIONE DEI DOCUMENTI IN LINGUA STRANIERA

Nel cono d'ombra del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio trova, altresì, collocazione l'esigenza di garantire che le parti possano interloquire sugli elementi acquisiti nel corso del procedimento, contestandone la fondatezza o invocandoli a proprio favore⁷⁴.

dell'imputato idonea a garantirgli una piena e consapevole partecipazione alla vicenda procedimentale.

⁷³ Deve rilevarsi che, nella più recente pronuncia resa in tema di interpretazione dell'art. 143 c.p.p., le Sezioni unite sembrano essersi mosse in questa direzione, osservando, in parte motiva, che «la legge (ultimo periodo dell'art. 143 c.p.p., comma 1) fissa una presunzione relativa di conoscenza della lingua italiana da parte del cittadino; per lo straniero stabilisce la presunzione opposta – ai fini dell'invito ad eleggere domicilio nello Stato, ma con criterio ragionevolmente suscettibile di generale utilizzazione – soltanto se residente o dimorante all'estero (art. 169 c.p.p., comma 3). Fuori di queste ipotesi, qui non rilevanti, è pertanto compito del giudice valutare caso per caso, alla stregua delle emergenze processuali e di eventuali allegazioni dell'interessato, se questi abbia una adeguata conoscenza della lingua del processo» (Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, n. 36541, *Cass. pen.*, 2009, 2016). Il riferimento ad «eventuali» allegazioni dell'interessato lascia intendere come le Sezioni unite abbiano escluso la necessità di un'iniziativa di parte, al fine della nomina dell'interprete. Eppure, in altro precedente, sempre le Sezioni unite avevano condizionato l'attivazione dell'assistenza linguistica alla richiesta dell'imputato: osservando che non si presume che il cittadino straniero che si trovi in Italia ignori la lingua italiana, avevano rimarcato che «se egli richiede di farsi assistere da un interprete, deve risultare la sua conoscenza della lingua italiana perché glielo si neghi»; sicché «l'imputato straniero che si trovi in Italia ha diritto di ottenere, nel primo diretto contatto con l'autorità che procede, la traduzione degli atti a lui diretti, se non conosce la lingua italiana. La sua richiesta, ponendosi fuori di presunzione, non è prevista quale atto formale da cui scaturisce obbligo vincolante per l'autorità che procede (a differenza del caso di cui all'art. 109 c.p.p., comma 2), bensì intesa come acquisizione dimostrativa d'ignoranza, che può essere superata da opposta emergenza» (così, in parte motiva, Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, cit.).

⁷⁴ La Corte europea ha, in più occasioni, ribadito che il diritto ad un procedimento in contraddittorio, che è uno degli elementi di un processo equo ai sensi dell'art. 6, par. 1, implica che ciascuna parte di un processo penale debba avere la facoltà di conoscere e discutere ogni documento o osservazione presentata al giudice al fine di influenzare la sua sentenza. Spetta alle sole parti in causa valutare se un elemento prodotto

Nel declinare in tutte le sue componenti il diritto all'informazione nel procedimento penale, la direttiva 2012/13/UE include anche il diritto all'accesso al materiale probatorio raccolto nel corso delle indagini (art. 7). La prospettiva è pienamente aderente alle scelte adottate dal legislatore interno: l'intero compendio investigativo deve essere messo a disposizione delle parti, di regola, già prima dell'assunzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

Ciò sia in vista dell'esercizio del diritto di difesa, attraverso l'attivazione delle facoltà difensive previste dall'art. 415-bis c.p.p.; sia in funzione del contraddittorio sulle indagini, destinato ad esplicitarsi in udienza preliminare.

La facoltà di accedere al materiale investigativo, già prima dell'esercizio dell'azione penale, è funzionale anche alle opzioni in favore di riti alternativi al dibattimento.

È chiaro che il diritto di accedere al materiale raccolto nel corso del procedimento, nonché quello di poter interloquire su ogni documento contenuto nel fascicolo, valutandone la portata in funzione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, implica necessariamente che i documenti acquisiti siano comprensibili anche all'accusato di nazionalità diversa e che non conosca o non comprenda la lingua usata nel procedimento.

Se è vero che l'obbligo dell'uso della lingua italiana, di cui al chiaro disposto dell'art. 109 c.p.p., si riferisce, secondo la costante interpretazione della giurisprudenza, solo agli atti da compiere nel procedimento e non anche ai documenti già formati che vengano acquisiti agli atti⁷⁵, è anche vero che pure i documenti vanno resi comprensibili, pena la violazione del diritto di difesa e della regola del contraddittorio.

In proposito, regole certe sono intese a disporre che l'autorità procedente nomina un interprete «quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera o in un dialetto non facilmente intellegibile» e, per l'effetto, a chiarire che l'interprete va nominato anche per tradurre eventuali documenti redatti in lingua diversa da quella italiana acquisiti agli atti del procedimento e ciò nonostante la lingua da interpretare sia personalmente conosciuta

dalla controparte o da testimoni richieda osservazioni. Ne va, in particolare, della fiducia nel funzionamento della giustizia, che si fonda, tra l'altro, sulla sicurezza di essersi potuti esprimere su ogni documento del fascicolo (cfr. Corte e.d.u., 20 luglio 2001, Pellegrini c. Italia)

⁷⁵ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 27 febbraio 1995, 758, Cass. pen., 1848.

dal giudice, dal pubblico ministero o dall'ufficiale di polizia giudiziaria (art. 143, commi 2 e 3, e 242 c.p.p.)⁷⁶.

La traduzione non è obbligata solo se il significato del documento sia chiaro a tutte le parti, alle difese ed al giudice; non influiscono sull'obbligo giudizi di rilevanza o di irrilevanza del documento, come, invece, erroneamente sostenuto in giurisprudenza⁷⁷.

La formula «quando occorre», utilizzata dall'art. 143, comma 2, c.p.p., non va, certo, intesa come indicativa di un criterio discrezionale soggettivo, incurante di garanzie a dimensione oggettiva di ben altro respiro: lo scritto in lingua straniera acquisito agli atti del procedimento va sempre tradotto, quante volte non sia «accantonato», sia, cioè, «considerato» o, in qualche modo, «utilizzato», anche solo attraverso la acquisizione dello scritto agli atti del procedimento.

Non va tradotto, insomma, se non sia in nessun modo preso in considerazione e resti estraneo al complesso degli atti; allorché faccia parte, invece, di un fascicolo, va tradotto in lingua italiana, perché «atto del procedimento».

«Quando occorre», dunque, è formula da recepire nel significato di *quando occorre in qualche modo valutarlo* (anche solo per espungerlo, come irrilevante), *ai fini del procedimento*.

È il legislatore che subordina la traduzione a queste sole due condizioni: che il documento sia stato acquisito e che non sia comprensibile dalle parti (art. 242, comma 1, c.p.p.)⁷⁸.

⁷⁶ Sul tema, in dottrina v. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue*, cit., 290; Rivello, *La struttura*, cit., 226; Sau, *Le garanzie linguistiche*, cit., 198; Ubertis, *sub art. 143 c.p.p.*, cit., 150; Vigoni, *Minoranze, stranieri e processo penale*, Chiavario-Marzaduri (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, I, *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, 1995, 362.

⁷⁷ La giurisprudenza di legittimità tende ad escludere che esista un diritto dell'imputato a vedersi tradurre in italiano i documenti in lingua straniera che, formati fuori dal processo, siano stati semplicemente sequestrati ed acquisiti al fascicolo, a meno che il documento in questione sia tanto rilevante, ai fini della decisione sulla sua responsabilità, da costituire parte integrante dell'accusa stessa che gli viene rivolta (cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2008, n. 44418, *CED Cass.*, 241657). V., altresì, Cass., Sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 4981, *CED Cass.*, 229667, secondo cui «l'obbligo di usare la lingua italiana si riferisce agli atti da compiere nel procedimento, non agli atti, già formati, da acquisire al processo, per i quali la necessità della traduzione si pone solo qualora l'utilizzazione, ai fini della decisione, di uno scritto in lingua straniera possa, in concreto, pregiudicare i diritti di difesa dell'imputato o di altra parte del procedimento; in questo caso, tuttavia, il pregiudizio concretamente derivante dalla mancata traduzione deve essere eccepito dalla parte».

⁷⁸ Indicazioni in questa direzione si possono ricavare anche dall'art. 201 norme att. c.p.p. che, con riferimento alle domande di assistenza giudiziaria provenienti da un'autorità straniera ed

TROISI / L'OBBLIGO DI TRADUZIONE DEGLI ATTI PROCESSUALI

Del resto, alcuna valutazione di rilevanza del documento – in vista della sua utilizzazione processuale – può essere fondatamente effettuata finché non se ne assicuri la comprensibilità tramite la traduzione.

Mai pubblico ministero (nella fase delle indagini) o giudice (nel processo) possono non disporre la traduzione di un documento che decidono di non utilizzare: il diritto di difesa ed il diritto al contraddittorio non consentono né involgono scelte unilaterali dell'autorità che procede, bensì la chiara ed irrinunciabile potestà delle parti di esaminare ogni documento contenuto nel fascicolo, per valutarne la

ai relativi atti e documenti, prescrive che siano accompagnati da una traduzione in lingua italiana.

portata in funzione delle scelte antagoniste che ritengono di effettuare⁷⁹.

⁷⁹ Proprio «con riferimento al combinato disposto dall'art. 242 comma 1 c.p.p. e dell'art. 143 comma 2 c.p.p.», la suprema Corte ha sostenuto che «nell'ipotesi di produzione in giudizio di documenti in lingua straniera, il giudice ha senz'altro l'obbligo di farli tradurre e non può rifiutarne l'acquisizione ed omettere la valutazione per il solo fatto che gli stessi non sono redatti in lingua italiana» (cfr. Cass., Sez. I, 15 ottobre 1999, n. 875, *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 427). La mancata nomina dell'interprete per la traduzione di documenti redatti in lingua straniera, qualora necessaria per assicurare la comprensione di questi ultimi, determina una nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p. (G. Uberti, sub art. 143 c.p.p., cit., 150. In senso contrario, v. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue*, cit., 395, secondo cui si sarebbe in presenza di una nullità a carattere relativo per effetto dell'applicazione del disposto dell'art. 109, comma 3, c.p.p.).

ADA FAMIGLIETTI

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze

About suspension of proceedings for defendant's incapacity

La Corte costituzionale torna nuovamente ad occuparsi degli “eterni giudicabili”, riaccendendo un dibattito ventennale in materia di incapacità irreversibile dell'imputato a stare nel procedimento e sospensione *sine die* della prescrizione del reato; contemporaneamente, sul versante dei presupposti, il Giudice delle leggi chiude a qualunque tentativo di espandere l'area dell'incapacità, per evitare di influire sulla durata ragionevole del processo.

The Constitutional Court returns again to deal with the “eternal justiciable”, reigniting a twenty years debate in the field of irreversible incapacity of defendant to stay in proceedings and indefinite suspension of prescription period; at the same time, on the slope of the assumptions, the Judge of the laws closes any attempt to expand the area of incapacity to avoid affecting the reasonable duration of trial.

PREMESSA

Il tema della capacità a stare in giudizio è tornato all'attenzione degli interpreti a seguito di una sentenza “monito” della Corte costituzionale circa la necessità di una modifica della normativa in materia di sospensione del processo e prescrizione del reato¹. Tale risultato interpretativo rappresenta il

punto di approdo di un risalente e pressoché unanime orientamento critico, sia giurisprudenziale sia dottrinario, sulla disciplina della sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato, cui si accompagna la parallela sospensione del corso della prescrizione del reato.

Espressione del disagio nei confronti di tale quadro normativo, la sentenza costituzionale n. 23 del 2013 esorta il legislatore a porre rimedio ai vistosi squilibri generati dalla vigente disciplina. Si tratta, in realtà, di un segnale molto forte che, in assenza di un intervento normativo, precede una possibile declaratoria d'incostituzionalità dopo svariate pro-

¹ Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 23, *Giur. cost.*, 2013, 370, con osservazioni di Pinardi, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, *ivi*, 377, e Mazza, *L'irragionevole limbo processuale degli imputati «eterni giudicabili»*, *ibidem*, 384. Su tale decisione, Leo, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, *www.penalecontemporaneo.it*; Procaccino, *Scenari: Corte costituzionale, in questa rivista*, 2013, 3, 24; Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente*

sub iudice la disciplina degli “eterni giudicabili”, *Cass. pen.*, 2013, 1826; Di Chiara, *Osservatorio della Corte costituzionale*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 640.

FAMIGLIETTI / SOSPENSIONE DEL PROCESSO PER INCAPACITÀ DELL'IMPUTATO

nunce aventi ad oggetto sia la disciplina della capacità processuale, come regolata dagli artt. 70-73 c.p.p., sia la materia della prescrizione del reato, come disciplinata dall'art. 159 c.p. e modificata dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251².

Da ultimo, sul piano dei presupposti, invece, si registra un atteggiamento restrittivo rispetto al passato; la Corte costituzionale, infatti, con un'ordinanza di manifesta inammissibilità ha recentemente "chiuso" a qualunque tentativo di apertura della nozione di incapacità a patologie fisiche transitorie, tali da non minare la capacità di partecipare coscientemente al processo, per le quali opera la diversa disciplina dell'impedimento a comparire dell'imputato³.

LA CAPACITÀ A STARE IN GIUDIZIO: NOZIONE E PRESUPPOSTI

Attualmente emerge, quantomeno sulla carta, una netta distinzione fra capacità d'intendere e di volere e capacità di stare in giudizio: la prima indica la pienezza delle facoltà mentali possedute al momento del fatto di reato, secondo la definizione contenuta nell'art. 88 c.p. (vizio totale di mente)⁴. La capacità di partecipare coscientemente al processo, invece, corrisponde alla attitudine ad esercitare, nel procedimento, tutti i poteri connessi alla qualità di imputato⁵. Si tratta di un cambiamento molto significativo rispetto al passato; l'art. 88 c.p.p. abrogato, infatti, prevedeva totale uniformità tra disciplina sostanziale in tema di difetto di imputabilità e disciplina processuale, in quanto entrambe facevano riferimento al vizio totale di mente quale presupposto applicativo.

La disciplina vigente, invece, ha accentuato il profilo processuale dell'infermità, stabilendo che questa sia rilevante e determini l'emissione

di un provvedimento sospensivo quando impedisce la «cosciente partecipazione» dell'imputato al processo. Lo sganciamento della capacità processuale dall'area dell'imputabilità, su piani del tutto distinti ed autonomi, è espressione del diritto di difesa dell'imputato e dell'esigenza di costituire di corretto rapporto processuale facente capo ad un soggetto capace di partecipazione cosciente.

Al tempo stesso, la riforma processuale del 1988 recepisce il mutamento di sensibilità in atto fin dagli anni '70 sulla natura repressiva ed alienante dei manicomi sia civili sia giudiziari, che porta al lento ma inarrestabile declino della logica che classifica le malattie mentali come disturbi incurabili e che discrimina coloro che ne sono affetti, confinandoli in strutture segreganti lontane dalla società. Si tratta di un complesso cammino normativo, che prende inizio con l'emanazione delle leggi 13 maggio 1978 n. 180 (più nota come legge Basaglia)⁶ e l. 23 dicembre 1978 n. 833⁷, che inserisce i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali – passando per una cospicua giurisprudenza costituzionale⁸ – e termina con l'auspicato (ma non ancora operato) superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, ultime istituzioni chiuse per i prosciolti per totale infermità psichica, per cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, socialmente pericolosi⁹.

Sul versante processuale, nel disegno originario del codice di rito del 1988 l'incapacità di stare in giudizio doveva essere «sopravvenuta al fatto», in modo da distinguersi nettamente dal vizio totale di mente al momento della commissione del reato, senza verifiche né sospensione del procedimento penale per infermità parziale sussistente al *tempus commissi delicti*. Tale violazione del diritto di difesa è stata tempestivamente censurata dalla Corte

² "Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione", G.U., Sr. gen., 7 dicembre 2005, n. 285.

³ Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 243, www.processopenalee-giustizia.it/scenari_leggi.php?id=527; su tale decisione, Leo, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, www.penalecontemporaneo.it.

⁴ Art. 88 c.p.: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente, da escludere la capacità di intendere e di volere».

⁵ Cavallari, *La capacità dell'imputato*, Milano, 1968; Conso, *Capacità processuale penale*, Enc. dir., VI, Milano, 1960, 140; Dominioni, *Imputato*, *ivi*, XX, 1970, 812; Kostoris, sub artt. 70-73 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 346 ss.; Montagna, *L'imputato*, Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, I, Torino, 2009, 506.

⁶ "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori", G.U., Sr. gen., 16 maggio 1978, n. 133.

⁷ "Istituzione del servizio sanitario nazionale", G.U., Sr. gen., 28 dicembre 1978, n. 360.

⁸ Per tutte, Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p. nella parte in cui non consente al giudice di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale; *Giur. cost.*, 2003, 2109, con nota redazionale di Oddi e osservazione di Famiglietti, *Verso il superamento della «pena manicomiale»*, *ivi*, 2118.

⁹ L. 23 maggio 2013, n. 57, G.U., Sr. Gen., 25 maggio 2013, n. 12, di conversione del d.l. 25 marzo 2013, n. 24, "Disposizioni urgenti in materia sanitaria"; al riguardo, Caraceni, *L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche*, in questa rivista, 2013, 6, 122, nonché, volendo, Famiglietti, *Novità legislative interne*, *ivi*, 2013, 5, 9.

costituzionale che ha riconosciuto l'illegittimità dell'art. 70 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la sospensione del procedimento anche per l'imputato parzialmente capace d'intendere e volere al momento del fatto, che, a causa del persistere o del ricomparire della stessa infermità mentale, fosse del tutto inidoneo ad essere parte attiva della vicenda processuale¹⁰.

Pertanto è processualmente capace solo il soggetto idoneo a parteciparvi consapevolmente, secondo una linea coerente con la filosofia del contraddittorio che, di conseguenza, amplia l'area delle patologie rilevanti¹¹.

In passato, si riteneva che l'incapacità a stare in giudizio comprendesse le sole patologie psichiche e non fisiche, dovendo per queste ultime considerarsi operante la disciplina dell'impedimento a comparire dell'imputato, di cui all'art. 420-ter c.p.p., il cui accoglimento determina il rinvio o la sospensione del procedimento¹². La materia, però, è stata riscritta dalla Corte costituzionale che, con un'importante sentenza interpretativa di rigetto, ha esteso l'area dell'incapacità fino a comprendervi qualunque stato d'infermità che renda non sufficienti o non utilizzabili le facoltà mentali dell'imputato (coscienza, pensiero, percezione, espressione), tanto da impedirgli di partecipare effettivamente al processo¹³. «Partecipazione che non può intendersi limitata alla consapevolezza dell'imputato circa ciò che accade intorno a lui, ma necessariamente comprende anche la sua possibilità di essere parte attiva della vicenda e di esprimersi, esercitando il suo diritto di autodifesa»¹⁴. Secondo tale interpretazione, la sospensione del procedimento è dovuta non solo al cospetto di una malattia definibile in senso clinico come psichica, ma anche a fronte di qualunque altro

stato di infermità che impedisca un'effettiva partecipazione, (es. gli esiti di una patologia ischemica che precluda all'imputato una compiuta ed intellegibile espressione verbale). Alla verifica di tali situazioni cliniche è diretto l'accertamento peritale, sulle cui risultanze il giudice esercita il suo controllo, ispirato ai principi ora enunciati. È così affermata l'autodifesa, connotato essenziale del giusto processo, quale possibilità di rispondere alle domande, di essere ascoltato e di autodeterminarsi.

Recentemente, in parte discostandosi dal menzionato orientamento, la Corte costituzionale è tornata sul tema dei presupposti, precisando che il connotato essenziale dell'incapacità a stare in giudizio è la «irreversibilità» dell'infermità, che preclude all'imputato ogni forma di cosciente partecipazione al processo, compresa quella che potrebbe estrinsecarsi nel consenso alla celebrazione del giudizio *in absentia*. Sono pertanto esclusi dalla disciplina di cui agli artt. 70 ss. c.p.p. tutti quegli impedimenti connessi a patologie «fisiche» transitorie, quali scompensi di natura cardiaca, che non necessariamente precludono all'imputato l'esercizio di diritti diversi dalla personale partecipazione al giudizio. Si tratta, in tal caso, di un significativo cambio di rotta rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale sul punto, che aveva "aperto" ad una nozione più lata di incapacità. Si registra, in tale ultima pronuncia, un'opera di *self restraint* e di conservazione dell'attuale assetto normativo, a fronte di tentativi di espansione del concetto di incapacità a stare in giudizio.

Dunque, l'incapacità processuale è fattispecie complessa, che comprende sia la patologia¹⁵, sia l'assenza di elementi tali da condurre al proscioglimento. Ovviamente, tale valutazione deve essere effettuata caso per caso, secondo le più recenti acquisizioni medico-scientifiche e sulla base di una valutazione individuale ed "attuale" delle condizioni cliniche dell'imputato al momento dello svolgimento dell'iter procedimentale¹⁶. Conseguentemente, a fronte di uno stato permanente

¹⁰ Corte cost., 20 luglio 1992, n. 340, *Giur. cost.*, 1992, 2737, con osservazione di Aimonetto, *Sospensione del processo penale per infermità di mente dell'imputato*, *ivi*, 2744. Su tale decisione, Kostoris, sub art. 70 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Il Agg., Torino, 1993, 50; Aprile, *Incapacità processuale, diritto di autodifesa e sospensione del processo penale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 340/92*, *Nuovo dir.*, 1992, 747; Giarda, *Infermità mentale dell'imputato al tempo del fatto e sospensione del processo*, *Corriere giur.*, 1992, 1219.

¹¹ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, 241.

¹² Ricordiamo che la l. 16 dicembre 1999, n. 479 (*G.U.*, Sr. gen., 18 dicembre 1999, n. 296), c.d. "legge Carotti", ha previsto fin dall'udienza preliminare la disciplina della rinnovazione degli avvisi, dell'impedimento a comparire dell'imputato e del difensore, e della contumacia, assenza e allontanamento volontario dell'imputato con l'inserimento degli artt. 420-bis, 420-ter, 420-quater e 420-quinquies c.p.p.

¹³ Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 39, *Dir. e giustizia*, 2004, 10, 9, con commento di Pansini, *La Consulta allarga le ipotesi di sospensione del processo*.

¹⁴ Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 39, cit., 11.

¹⁵ Tomassini, *Imputato*, Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3003, secondo la quale esulano dalla nozione di cui all'art. 70 c.p.p. le ipotesi previste dagli artt. 91, 92 e 93 c.p.p., mentre vi rientrano sia la cronica intossicazione da alcool o stupefacenti, sia i casi di sordomutismo. In senso contrario, in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 30 settembre 1996, G., *Dir. pen. proc.*, 1997, 34, esclude il sordomutismo dal novero delle malattie rilevanti per disporre gli accertamenti sulla capacità dell'imputato, perché non costituisce una vera e propria malattia della mente, ma si limita solo ad interferire con il processo di maturazione psichica dell'imputato.

¹⁶ Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992, 122.

FAMIGLIETTI / SOSPENSIONE DEL PROCESSO PER INCAPACITÀ DELL'IMPUTATO

d'infermità mentale, tale da escludere la capacità d'intendere e di volere già al momento della commissione del fatto di reato, sarà prevalente l'adozione di un provvedimento liberatorio; solo quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, il giudice, se ritiene che lo stato di mente dell'imputato sia tale da precludere la sua cosciente partecipazione al processo, pure quando tale condizione sia preesistente al fatto di reato¹⁷, dispone anche d'ufficio perizia.

GLI ACCERTAMENTI

Secondo la formulazione letterale dell'art. 70, comma 1, c.p.p. il giudice non è obbligato a disporre la perizia sulla capacità dell'imputato, ma solo «se occorre»; ciò al fine di evitare un inutile dispendio di energie, a fronte di tentativi di simulare un'incapacità in realtà inesistente da parte dell'imputato¹⁸. Vi possono essere casi in cui la perizia è inutile, sia perché il deficit è percepibile *ictu oculi* ed è desumibile da manifestazioni conclamate, riconoscibili secondo la comune esperienza pure in assenza di specifiche conoscenze mediche, sia nel caso di una precedente perizia espletata per verificare l'imputabilità o nell'ipotesi di un pregresso ricovero in apposita struttura psichiatrica¹⁹. In giurisprudenza, però, si sono registrate prese di posizione assai rigorose, secondo cui l'omessa verifica sulla capacità dell'imputato a stare in giudizio, su richiesta di parte, nelle forme della perizia, concretizza un'ipotesi di nullità intermedia, di ordine generale, secondo il disposto degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p., quale violazione delle disposizioni concernenti l'intervento e la partecipazione dell'imputato al giudizio e il relativo diritto di autodifesa. Tale nullità non può ritenersi sanata, diventando conseguentemente assoluta, qualora l'ordinanza di revoca del provvedimento di sospensione del procedimento «da considerarsi viziata in quanto non fondata su accertamento peritale» sia stata pronunciata alla presenza dell'imputato e questi non abbia formulato alcuna eccezione di nullità. In tal caso, infatti, viene meno il presupposto essenziale della sanatoria, ossia la certezza, legalmente accertata, della capacità processuale dell'imputato, ovvero della sua consapevole assistenza al compimento

dell'atto e della responsabile acquiescenza ai relativi effetti²⁰. È stato poi considerato abnorme, e come tale immediatamente ricorribile per cassazione, il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare che disattenda la richiesta di accertamenti sulla capacità dell'imputato, sull'assunto che il difetto di imputabilità può essere dichiarato solo dal giudice del dibattimento: «tale rifiuto incide infatti su uno dei fondamentali e indefettibili presupposti richiesti dalla legge»²¹.

Nell'ipotesi, dunque, sia necessario effettuare perizia, nella fase degli accertamenti non si determina tecnicamente una sospensione del processo, essendo ammissibile l'assunzione delle prove che possano condurre al proscioglimento dell'imputato o, comunque, delle prove richieste dalle parti che potrebbero essere disperse in caso di ritardo. Resta ferma la possibilità che l'esigenza di disporre la perizia emerga già in fase di indagini preliminari; in questa ipotesi, si provvederà con le forme e i tempi dell'incidente probatorio. A tal fine, restano sospesi i termini per le suddette indagini e il pubblico ministero compie i soli atti che non richiedono la partecipazione cosciente della persona sottoposta al procedimento.

All'esito della disposta perizia, se viene accertata l'incapacità di stare in giudizio dell'imputato, si determina tecnicamente una stasi; il giudice sospende il processo con ordinanza, salva la disciplina concernente le prove urgenti, e sempre che non sia possibile l'immediato proscioglimento dell'imputato. Rispetto al modello previgente di sospensione per un tempo indefinito del procedimento, si concepisce una disciplina più attenta alle esigenze di tutela dell'incapace, in base alla quale la sospensione del procedimento è finalizzata ad una verifica periodica delle condizioni dell'accusato, per ovviare alla piaga degli «eterni giudicabili»²² e garantire una ripresa del giudizio al ripristino delle condizioni di capacità dell'imputato.

È previsto che la prima verifica sia compiuta dopo sei mesi dall'ordinanza di sospensione, e che, fino a quando il processo non riprende, o non sia definito dalla sentenza liberatoria, siano condotte nuove verifiche a distanza di sei mesi l'una dall'altra, ai sensi dell'art. 72, comma 2, c.p.p. Con

¹⁷ Corte cost., 20 luglio 1992, n. 340, cit.

¹⁸ *Rel prog. prel. c.p.p.*, G.U., suppl. ord. n. 2, 24 ottobre 1988, n. 250, 30.

¹⁹ Kostoris, sub art. 70 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 350.

²⁰ Cass., Sez. I, 22 giugno 1995, n. 8302, *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 141.

²¹ Cass., Sez. I, 6 marzo 1995, n. 1381, *Cass. pen.*, 1996, 2252.

²² L'espressione, che tende usualmente ad identificare gli incapaci processuali irreversibili, è risalente al secolo scorso e ricorre frequentemente nella letteratura per la sua potenza evocativa; si v. Franchi, *Riforma carceraria scientifica, manicomiali e misure di sicurezza*, Scuola pos., 1908, 679.

il provvedimento di sospensione, il giudice nomina all'imputato un curatore speciale, designando, di preferenza, l'eventuale rappresentante legale; al riguardo, viene efficacemente evidenziato come nel sistema vigente sia meno tutelato l'infermo *ante factum*, ossia il soggetto non imputabile per vizio totale di mente, rispetto all'incapace processuale²³. Al primo, infatti, è preclusa la possibilità della nomina di un curatore speciale durante il processo, spettante invece al soggetto imputabile ma processualmente incapace; tale curatore svolge una funzione di supporto nei confronti dell'imputato, di assistenza²⁴ e rappresentanza legale di tipo concorrente²⁵. I poteri di impulso e di intervento riconosciuti al curatore sono: la richiesta di assunzione di prove tali da condurre al proscioglimento; l'assistenza agli atti disposti sull'imputato e ai quali questi ha diritto di assistere; la possibilità di proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di sospensione, che configura una «legittimazione parallela all'infermo»²⁶. Tale provvedimento, infatti, è impugnabile in sede di legittimità per espressa previsione normativa, in ossequio al principio di tassatività strumentale dei gravami, diversamente da quanto previsto nel codice abrogato dove, a fronte della possibilità di revoca da parte del giudice, l'ordinanza sospensiva si riteneva inoppugnabile²⁷.

GLI EFFETTI DELLA SOSPENSIONE

L'ordinanza di sospensione per incapacità dell'imputato determina una serie di effetti, sia processuali sia sostanziali: in primo luogo, si rinforza il peculiare regime probatorio della precedente fase di verifica delle condizioni dell'imputato, dato che la sospensione non impedisce l'assunzione di prove che possano condurre al proscioglimento dell'imputato. Si tratta di una novità del vigente codice, ancorata ad una logica di *favor rei* che contempera «l'esigenza di tutela dell'autodifesa con quella di ottenere una pronuncia di proscioglimento»²⁸. In secondo luogo, si determina una particolare disciplina dell'azione civile, non trovando applicazione il disposto

dell'art. 75, comma 3, c.p.p., a norma del quale il processo civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazione. In tal caso, viene ripristinata la regola dell'autonomia ed indipendenza dell'azione civile rispetto al processo penale, in quanto l'art. 71, comma 6, c.p.p. fa salvi i diritti del danneggiato, consentendo il trasferimento dell'azione in sede civile senza che il relativo processo venga sospeso. È significativo, al riguardo, che la Corte costituzionale abbia dichiarato l'illegittimità del citato art. 75, comma 3, c.p.p. per violazione del canone di uguaglianza, nella parte in cui non prevede che la disciplina ivi contenuta non trovi applicazione nel caso di accertato impedimento fisico permanente che precluda all'imputato di comparire all'udienza, ove questi non consenta che il dibattimento prosegua in sua assenza²⁹: decisione, questa, piuttosto «scontata»³⁰. Posto, infatti, che si palesano forti analogie tra la stasi del processo determinata dall'incapacità psichica e quella che scaturisce dall'impedimento a comparire dell'imputato, che non consenta alla prosecuzione del dibattimento in sua assenza, ambedue le situazioni di paralisi determinano «ineluttabilmente la sostanziale sterilizzazione dell'azione civile esercitata nel processo penale»³¹; conseguentemente una stasi del processo che si accerti di durata indefinita ed indeterminabile viola il diritto di azione e di difesa della parte civile.

Altri effetti conseguenti alla sospensione del procedimento sono la nomina del curatore speciale, la separazione dei procedimenti nei confronti di eventuali imputati e la sospensione dei termini delle indagini preliminari, nell'ipotesi in cui il blocco delle attività procedurali sia disposto in questa fase.

Relativamente agli effetti sostanziali, il più rilevante è dato dall'applicazione dell'art. 159, comma 1, c.p.: la decorrenza del termine di prescrizione del reato, infatti, è sospesa fino a quando non sia revocata l'ordinanza di sospensione. Nei primi anni di vigenza del codice di rito, ci si chiedeva se il momento iniziale della sospensione della prescrizione coincidesse con la semplice pronuncia dell'ordinanza, o con il giorno successivo alla scadenza dei termini per proporre impugnazione, stante la legittimazione dell'imputato e del curatore speciale al ricorso per cassazione, contemplata dall'art. 71, comma 3,

²³ Cordero, *op. cit.*, 246.

²⁴ Lorè-Moscarini, *La valutazione relativa alla incapacità processuale dell'imputato per infermità di mente*, *Riv. it. medicina legale*, 1999, 375 ss.

²⁵ Kostoris, *sub art. 70 c.p.p.*, cit., 355; Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, cit., 166; Bresciani, *Infermità di mente (profili processuali)*, *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, 439.

²⁶ Kostoris, *sub art. 70 c.p.p.*, cit., 355.

²⁷ Sturla, *sub art. 70-73 c.p.p.*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 427.

²⁸ Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, cit., 2.

²⁹ Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 354, *Giur. cost.*, 1996, 3076, con osservazione di Valentini Reuter, *Malattia irreversibile dell'imputato e dibattimento sospeso sine die*.

³⁰ Valentini Reuter, *op. cit.*, 3084.

³¹ Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 354, cit.

FAMIGLIETTI / SOSPENSIONE DEL PROCESSO PER INCAPACITÀ DELL'IMPUTATO

c.p.p. In dottrina si è ritenuta prevalente l'opinione che collega l'effetto alla semplice pronuncia dell'ordinanza, per non creare un'assurda «sospensione della sospensione» che, ritenendo applicabile l'art. 588 c.p.p., «finirebbe con l'ammettere la possibilità di continuare normalmente per un certo periodo di tempo il procedimento "sospeso", con l'assunzione anche di atti che richiedono l'intervento cosciente dell'imputato infermo di mente»³².

La sospensione della prescrizione viene revocata non appena risulti che lo stato mentale dell'imputato ne consente la cosciente partecipazione al procedimento, ovvero che nei confronti del medesimo deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. Nell'ipotesi, però, d'incapacità irreversibile appare chiaro che, se da un lato, la disciplina vigente garantisce il diritto di difesa personale e di partecipazione cosciente dell'imputato al processo, dall'altro produce effetti sfavorevoli, sul piano della compromissione di svariati principi costituzionali, *in primis* la ragionevole durata, espressione del giusto processo regolato dalla legge.

GLI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

A testimoniare la problematicità della materia vi sono una serie di decisioni costituzionali aventi ad oggetto plurimi aspetti critici della sospensione processuale per incapacità dell'imputato, sollecitate da molteplici ordinanze di rimessione. Si comincia con l'ordinanza n. 298 del 1991, nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 72 c.p.p. e 252 norme att. c.p.p., in relazione all'art. 97 Cost., circa la reiterazione degli accertamenti peritali con periodicità semestrale, anche nei casi in cui non vi sia ragionevole aspettativa di un positivo evolversi delle condizioni psichiche che consenta di proseguire il processo: congegno "macchinoso" comportante un inutile dispendio di attività giurisdizionale ed amministrativa, secondo l'ordinanza di rimessione. Tale prospettazione, però, viene bocciata di manifesta inammissibilità, per le generiche opzioni normative suggerite a fronte di una pluralità di soluzioni ipotizzabili³³.

Nel 1995 il Giudice delle leggi è chiamato nuovamente a pronunciarsi in materia, escludendo che costituisca una soluzione costituzionalmente obbligata quella rappresentata dalla prosecuzione del processo con la nomina di un curatore speciale in

rappresentanza dell'imputato³⁴. Con tale sentenza la Corte ha dichiarato infondate sia la questione di legittimità costituzionale dell'art. 71 c.p.p., che quella dell'art. 72 c.p.p., sollevate per violazione dell'art. 97 Cost., escludendo che la giurisprudenza costituzionale in materia di buon andamento dell'amministrazione della giustizia possa estendersi all'attuale assetto normativo in materia di incapacità a stare in giudizio, incentrato sulla necessità di garantire la difesa dell'imputato. Dopo circa dieci anni, si riaccende l'attenzione sulla materia e il 2003 segna una nuova declaratoria d'inammissibilità con cui la Corte costituzionale non accoglie la soluzione volta a configurare, nel caso di incapacità irreversibile a stare in giudizio, una causa di improcedibilità dell'azione penale, sull'assunto oramai assodato dell'esclusiva discrezionalità del legislatore a compiere scelte che esorbitano dall'area del sindacato costituzionale³⁵. L'anno successivo si registrano due importanti pronunce: la prima è la già citata sentenza interpretativa di rigetto che amplia la nozione di incapacità fino a configurarvi qualunque stato di infermità che renda non sufficienti o non utilizzabili le facoltà mentali dell'imputato³⁶. La seconda è una declaratoria di manifesta infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 72, comma 1, c.p.p., nella parte in cui prescrive lo svolgimento di ulteriori accertamenti peritali, allo scadere del sesto mese dalla pronuncia dell'ordinanza sospensiva, pure a fronte di un patologia «irreversibile e ingravescente, ossia assolutamente insuscettibile di miglioramento»³⁷; questione dichiarata manifestamente infondata perché fondata sui medesimi argomenti più volte sottoposti al vaglio del Giudice delle leggi e respinti.

Non va meglio sul versante sostanziale della prescrizione; nel 2011, infatti, viene dichiarata manifestamente infondata la questione d'illegittimità dell'art. 150 c.p., sollevata per violazione del canone di uguaglianza, nella parte in cui non configura come causa di estinzione del reato, congiuntamente alla morte del reo prima della condanna, anche l'incapacità permanente e irreversibile di partecipare coscientemente al processo³⁸. La Corte, a tal fine,

³² Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, cit., 161.

³³ Corte cost., 26 giugno 1991, n. 298.

³⁴ Corte cost., 28 giugno 1995, n. 281, *Cass. pen.*, 1995, 1866; al riguardo, Bindi, *La disciplina normativa degli "eterni giudicabili" e il buon andamento dell'amministrazione della giustizia*, *Giur. cost.*, 1995, 1993 ss.

³⁵ Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 33, *Cass. pen.*, 2003, con nota di Dedola, *La Corte costituzionale elude il principio della ragionevole durata del processo*.

³⁶ Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 39, cit.

³⁷ Corte cost., 28 maggio 2004, n. 157, *Giur. cost.*, 2004, 1652.

³⁸ Corte cost., 4 novembre 2011, n. 289, *Cass. pen.*, 1992, 949, con nota di Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irre-*

evidenzia la disomogeneità delle situazioni poste a raffronto, laddove l'evento morte si caratterizza per la sua definitività, mentre lo stato di malattia è valutato in base ad una prognosi che, in quanto fondata sulle attuali cognizioni scientifiche e tenuto conto dell'eventualità di comportamenti simulatori, appare connotata da margini di errore certamente superiori a quelli propri dell'avvenuto decesso dell'imputato. Del resto, guardando alla *ratio* degli istituti, se l'estinzione del reato costituisce diretto riflesso del principio di personalità della responsabilità penale, ai sensi dell'art. 27 Cost., la stasi del procedimento nei confronti di chi non è in grado di parteciparvi coscientemente, ha un obiettivo di salvaguardia di matrice prettamente processuale, mirando alla esclusiva tutela del diritto di difesa; dunque, l'eterogeneità delle situazioni poste a confronto non ha consentito alla Corte costituzionale di sfondare la barriera della perenne giudicabilità.

VERSO IL SUPERAMENTO DEGLI "ETERNI GIUDICABILI"

La sospensione del termine di prescrizione del reato, disposta all'esito dell'accertata incapacità irreversibile dell'imputato, rappresenta da anni un nervo scoperto del sistema, che ha finito per potenziare la piaga degli "eterni giudicabili" e che, in assenza di un tempestivo intervento legislativo, sembra prefigurare una soluzione interventista già altre volte manifestata dalla Corte (da ultimo, per esempio e in materia diversa, con la sentenza n. 113 del 2011 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, ai fini di consentire una riapertura del processo, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁹).

In dottrina si sono registrate prese di posizione assai critiche nei confronti della pronuncia n. 23 del 2013, in primo luogo sul piano della tecnica diretta a non creare vuoti normativi ma, al contempo, ad influire su scelte di esclusiva pertinenza legislativa, giungendo ad affermare che il monito costituisce «una decisione di incostituzionalità accertata ma

non dichiarata»⁴⁰ a cui, tuttavia, deve riconoscersi «un'efficacia persuasiva assai limitata»⁴¹. Per superare l'annosa questione dell'incapacità irreversibile dell'imputato, alcuni avevano prefigurato una dichiarazione di impromuovibilità o improcedibilità dell'azione penale con possibilità di revoca, ove tale prognosi dovesse essere smentita prima del decorso dei termini prescrizionali⁴². Strada, questa, percorsa dalla stessa Corte costituzionale nel ventaglio delle soluzioni ipotizzabili e suggerite al legislatore, insieme alla previsione di un numero predeterminato di accertamenti ai sensi dell'art. 72 c.p.p., ovvero alla decorrenza di una frazione del termine di prescrizione al cui esito disporre la conclusione della vicenda giudiziaria.

Infine, vi è chi suggerisce di eliminare l'effetto sospensivo della prescrizione all'esito della pronuncia di sospensione del processo per incapacità⁴³; in tal caso, lo sganciamento del decorso della prescrizione dalla incapacità processuale sortirebbe molti più effetti dello sganciamento dell'incapacità processuale dal vizio totale di mente; petizione quest'ultima più di principio, che di reale contenuto positivo, come l'esperienza interpretativa fin qui riportata ha mostrato.

In tale ipotesi, gli istituti tornerebbero a svolgere il compito loro assegnato dall'ordinamento: la prescrizione garantirebbe nuovamente il diritto all'oblio e la sospensione del procedimento tutelerebbe la partecipazione dell'imputato al procedimento e la sua autodifesa. Durante il decorso del termine prescrizionale potrebbero essere svolti i controlli periodici sullo stato di salute dell'imputato che, a fronte di una patologia non più irreversibile, potrebbe vedere computato il tempo di sospensione del procedimento nel decorso della prescrizione⁴⁴, o addirittura decidere di rinunciare alla prescrizione per ottenere un proscioglimento nel merito.

Non si può, però, fare a meno di evidenziare come una recentissima ordinanza costituzionale segni un apparente arretramento sul terreno dei presupposti patologici dell'incapacità a stare in giudizio. Dopo una tendenziale apertura verso qualunque stato di infermità tale da non consentire la cosciente partecipazione al processo⁴⁵, la Corte effet-

versibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti, nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale. Sulla stessa decisione, v. l'osservazione di Lonati, *Sulla disciplina normativa degli "eterni giudicabili" è il legislatore che può (e deve) intervenire*, *Giur. cost.*, 2012, 539 ss.

³⁹ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, *Cass. pen.*, 2011, 3299. In argomento, la letteratura è vastissima; per tutti, Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u. e revisione del processo penale. I. Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma, 2013, 138 ss.

⁴⁰ Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 88.

⁴¹ Pinardi, *L'inammissibilità di una questione*, cit., 379.

⁴² Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato*, cit., 957 ss.

⁴³ Mazza, *L'irragionevole limbo processuale*, cit., 387.

⁴⁴ Mazza, *L'irragionevole limbo processuale*, cit.

⁴⁵ Si allude a quanto affermato da Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 39, cit.

FAMIGLIETTI / SOSPENSIONE DEL PROCESSO PER INCAPACITÀ DELL'IMPUTATO

tua un *revirement* affrettandosi a dichiarare che solo le infermità fisiche irreversibili, tali da pregiudicare la possibilità di comprendere e di essere parte attiva del procedimento, possono essere ascritte alla peculiare disciplina degli accertamenti e del blocco delle attività procedurali⁴⁶.

Fuori da ciò resta operante la disciplina dell'impedimento fisico a comparire dell'imputato, la quale «già fondata sulla sospensione del processo (e dei termini prescrizionali) per un periodo di durata circoscritta (sessanta giorni, oltre il tempo di durata dell'infermità), assicura un bilanciamento non manifestamente irragionevole tra le esigenze di celerità del procedimento e la imprescindibile garanzia del diritto di difesa, favorendo una più celere reazione al superamento della situazione patologica, attraverso accertamenti non vincolati nella forma ed attivati solo in caso di allegazione del perdurante impedimento nell'udienza di rinvio»⁴⁷.

Ed ecco il mutamento di prospettiva. Posto che la disciplina dell'incapacità a stare in giudizio determina una significativa compromissione del principio di durata ragionevole, la Corte ristabilisce una coerenza interpretativa nella misura in cui "chiude" a qualunque tentativo di indebita espansione dell'area dell'impedimento fisico sul terreno dell'incapacità a stare in giudizio⁴⁸. In vista di una possibile,

futura declaratoria di incostituzionalità della disciplina della sospensione della prescrizione a fronte di una diagnosi di incapacità irreversibile, in assenza di un tempestivo intervento legislativo sul punto⁴⁹, la Corte comincia a segnare il suo percorso interpretativo con un'operazione scevra da incertezze: nei confronti del soggetto gravemente malato, ma capace di valutare e comprendere i propri interessi, le regole dettate a tutela dell'incapace processuale finirebbero per sortire l'effetto opposto, ingabbiandolo nella sospensione della prescrizione disposta all'esito della stasi del procedimento e, soprattutto, costringendolo a subire l'eventuale acquisizione in sua assenza di materiale probatorio richiesto dall'accusa. In tale ipotesi, dunque, il soggetto fisicamente impedito ma capace di partecipare coscientemente al procedimento vedrebbe affievolito il suo diritto di difesa, con un'indebita espansione dell'area dell'incapacità processuale⁵⁰.

Ben diversa, invece, la sorte dell'imputato effettivamente incapace di stare in giudizio, nei confronti del quale urge un serio ripensamento normativo, si spera non affrettato ed eterogeneo come accaduto in materia di chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, improvvidamente accomunati ad esigenze di contenimento della popolazione carceraria, aspetto che nulla ha in comune con il trattamento sanitario degli infermi socialmente pericolosi autori di delitti.

⁴⁶ Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 243, cit.; su tale decisione, Leo, *La Consulta sulla disciplina dell'impedimento a comparire, di durata non determinabile, che discenda da patologie fisiche dell'imputato*, www.penalecontemporaneo.it. Nel caso di specie, il rimettente aveva disposto più volte il rinvio dell'udienza a causa del reiterato impedimento a comparire dell'imputato, in età molto avanzata e affetto da una grave patologia cardiaca che non ne consentiva la partecipazione al dibattimento se non alla presenza di un medico specialista e con trasporto in autoambulanza, aggiungendo che, nelle more del procedimento, si era dovuto provvedere a ricovero ospedaliero.

⁴⁷ Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 243, cit.

⁴⁸ In argomento, recentemente, Romeo, *Gli «eterni giudicabili»: di nuovo alla Consulta il problema della sospensione del processo e della prescrizione nei casi di capacità processuale esclusa da infermità*

mentale irreversibile, commento a Trib. Milano, 21 marzo 2013, www.penalecontemporaneo.it

⁴⁹ Il progetto di riforma dell'art. 159 c.p., consultabile sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it), non contiene alcun riferimento alla materia degli incapaci processuali irreversibili.

⁵⁰ Valentini Reuter, *Malattia irreversibile dell'imputato e dibattimento sospeso sine die*, 3089, osservazione a Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 354, cit.; a distanza di quasi venti anni dalla decisione commentata, le soluzioni allora prospettate sono attualissime, stante l'assoluta inerzia legislativa in materia.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Simona Arasi

Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario? / *Law of 9th August, 2013: is it a first step to eliminate prison overcrowding?* 85

Simona Arasi

Verso l'espansione dei poteri della parte civile / *Towards the expansion of the powers of a civil party* 77

Marilena Colamussi

De jure condendo 17

Donatella Curtotti

Corte costituzionale 30

Ada Famiglietti

Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze / *About suspension of proceedings for defendant's incapacity* 124

Paolo Ferrua

Quattro fallacie in tema di prova / *(Four) wrong beliefs on evidence* 1

Carlo Fiorio

Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa / *Differentiated detention regime and protection of the right of defense* 42

Enrico Maria Mancuso

Chiose a margine del caso *Scoppola*: la Corte costituzionale sulla limitata riapertura dei termini per accedere al giudizio abbreviato / *Rethinking Scoppola case: the Constitutional Court on the limits for reopening the terms to access to summary trial* 53

Valeria Marchese

Sezioni Unite 33

Marcello Stellan

Corti europee / *European Courts* 21

Francesco Trapella

Guida in stato di ebbrezza e lavori di pubblica utilità *ante iudicatum* / *Driving while intoxicated and Works of public utility ante iudicatum* 98

Paolo Troisi

L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne / *The obligation to translate of procedural documents* 109

Elga Turco

Legittimo impedimento per "motivi istituzionali" e rispetto del principio bidirezionale di leale collaborazione tra i poteri dello Stato / *Legal impediment for "institutional reasons" and respect of the bidirectional principle of sincere cooperation between the State's powers* 65

Elena Zanetti

Novità sovranazionali / *Supranational news* 13

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 20 giugno 2013, n. 143.....	37
sentenza 1° luglio 2013, n. 168.....	61
ordinanza 23 luglio 2013, n. 235	48
sentenza 22 novembre 2013, n. 279	30

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali

sentenza 27 settembre 2013, n. 40109	33
--	----

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione II, sentenza 15 febbraio 2013, n. 22342	74
---	----

Corte europea dei diritti dell'uomo

24 settembre 2013, <i>Sardon Alvira c. Spagna</i>	21
8 ottobre 2013, <i>Roman Zurdo e altri c. Spagna</i>	22
17 settembre 2013, <i>Brzuszczyński c. Polonia</i>	24
15 ottobre 2013, <i>Şandru c. Romania</i>	24
24 ottobre 2013, <i>Sergey Savenko c. Ucraina</i>	27

Atti sovranazionali

Direttiva 2013/40/UE, 12 agosto 2013 recante «Attacchi contro i sistemi di informazione»	13
--	----

De jure condendo

Disegno di legge S. 548 «Riforma organica della magistratura onoraria e disposizioni in materia di ufficio del giudice di pace	17
Disegno di legge S. 10 «Introduzione del reato di tortura nel codice penale»	20

MATERIE/TOPICS

Appello

- Equo processo, immediatezza nel processo penale, rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, imparzialità dell'organo giudicante (*Corte e.d.u.*, 8 ottobre 2013, *Roman Zurdo e altri c. Spagna*.....) 22
- Legittimazione della parte civile ad appellare la sentenza di condanna che non subordini la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno (*Cass.*, sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342), con nota di Simona Arasi

Atti

- traduzione
- L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne/*The obligation to translate of procedural documents*, di Paolo Troisi

Cooperazione giudiziaria internazionale

- Il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute mediante tortura (D.d.l. S. 10 «Introduzione del reato di tortura nel codice penale»)

Dibattimento

- Diritto ad un processo equo e controesame (*Corte e.d.u.*, 17 settembre 2013, *Brzuszczyński c. Polonia*; *Corte e.d.u.*, 15 ottobre 2013, *Şandru c. Romania*)

Difesa e difensori

- Carcere "duro" e colloqui difensivi (C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143), con nota di Carlo Fiorio
- Integrità funzionale del Governo e speditezza del processo: spetta al giudice contemporare

gli opposti interessi e valutare in concreto la sussistenza del legittimo impedimento (C. cost., sent. 1° luglio 2013, n. 168) con nota di Elga Turco	61
Diritti fondamentali (tutela dei)	
• Divieto di tortura, diritto ad un'indagine effettiva (<i>Corte e.d.u.</i> , 24 ottobre 2013, <i>Sergey Savenko c. Ucraina</i>)	27
• Il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute mediante tortura (<i>D.d.l. S. 10 «Introduzione del reato di tortura nel codice penale»</i>)	20
Giudice	
• Equo processo, immediatezza nel processo penale, rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, imparzialità dell'organo giudicante (<i>Corte e.d.u.</i> , 8 ottobre 2013, <i>Roman Zurdo e altri c. Spagna</i>)	22
Giudizio abbreviato	
• Disciplina intertemporale e sindacato di costituzionalità: limitata la riapertura dei termini per il rito abbreviato, con nota di Enrico Maria Mancuso	48
Imputato	
• Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze / <i>About suspension of proceedings for defendant's incapacity</i> , di Ada Famiglietti	124
Ordinamento giudiziario	
• La riforma organica della magistratura onoraria (<i>D.d.l. S. 548 «Riforma organica della magistratura onoraria e disposizioni in materia di ufficio del giudice di pace»</i>)	17
Ordinamento penitenziario	
• Carcere "duro" e colloqui difensivi (<i>C. cost.</i> , sent. 20 giugno 2013, n. 143), con nota di Carlo Fiorio	37
• Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario? / <i>Law of 9th August, 2013: is it a first step to eliminate prison overcrowding</i>	85
Parte civile	
• Legittimazione della parte civile ad appellare la sentenza di condanna che non subordini la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno (<i>Cass.</i> , sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342), con nota di Simona Arasi	77
Pena	
• Guida in stato di ebbrezza e lavori di pubblica utilità ante iudicatum / <i>Driving while intoxicated and Works of public utility ante iudicatum</i> , di Francesco Trapella	98
• Rinvio dell'esecuzione della pena contraria al senso di umanità (<i>C. cost.</i> , sent. 22 novembre 2013, n. 279)	30
Processo penale	
• Correlazione tra accusa e sentenza, conseguenze civili del reato, equo processo (<i>Corte e.d.u.</i> , 24 settembre 2013, <i>Sardon Alvira c. Spagna</i>)	21
• Integrità funzionale del Governo e speditezza del processo: spetta al giudice contemperare gli opposti interessi e valutare in concreto la sussistenza del legittimo impedimento (<i>C. cost.</i> , sent. 1° luglio 2013, n. 168), con nota di Elga Turco	61
Prova	
Il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni ottenute mediante tortura (<i>D.d.l. S. 10 «Introduzione del reato di tortura nel codice penale»</i>)	20
• Quattro fallacie in tema di prova / <i>(Four) wrong beliefs on evidence</i> , di Paolo Ferrua	1
Ricorso per cassazione	
– giudizio di rinvio	
• Individuazione del giudice di rinvio in caso di annullamento di sentenza dichiarativa della	

prescrizione per omessa motivazione sulla responsabilità civile (*Cass., sez. un., 27 settembre 2013, n. 40109*) 33

Sicurezza pubblica

– *criminalità informatica*

• Una recente direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di attacchi ai sistemi informatici (Direttiva 2013/40/UE, 12 agosto 2013) 13