

SOMMARIO / CONTENTS

Editoriale/*Editorial*

Sergio Lorusso

Gli assetti costituzionali della Giustizia e lo scontro infinito tra poteri
The constitutional order of justice and the never ending conflict between powers _____ 1

Scenari/*Overviews*

Novità legislative interne/*National Legislative News* (Ada Famiglietti) _____ 10

Novità sovranazionali/*Supranational News* (Elena Zanetti) _____ 14

De jure condendo (Marilena Colamussi) _____ 18

Corti europee/*European Courts* (Alessio Scarcella) _____ 23

Corte costituzionale (Rosa Maria Geraci) _____ 28

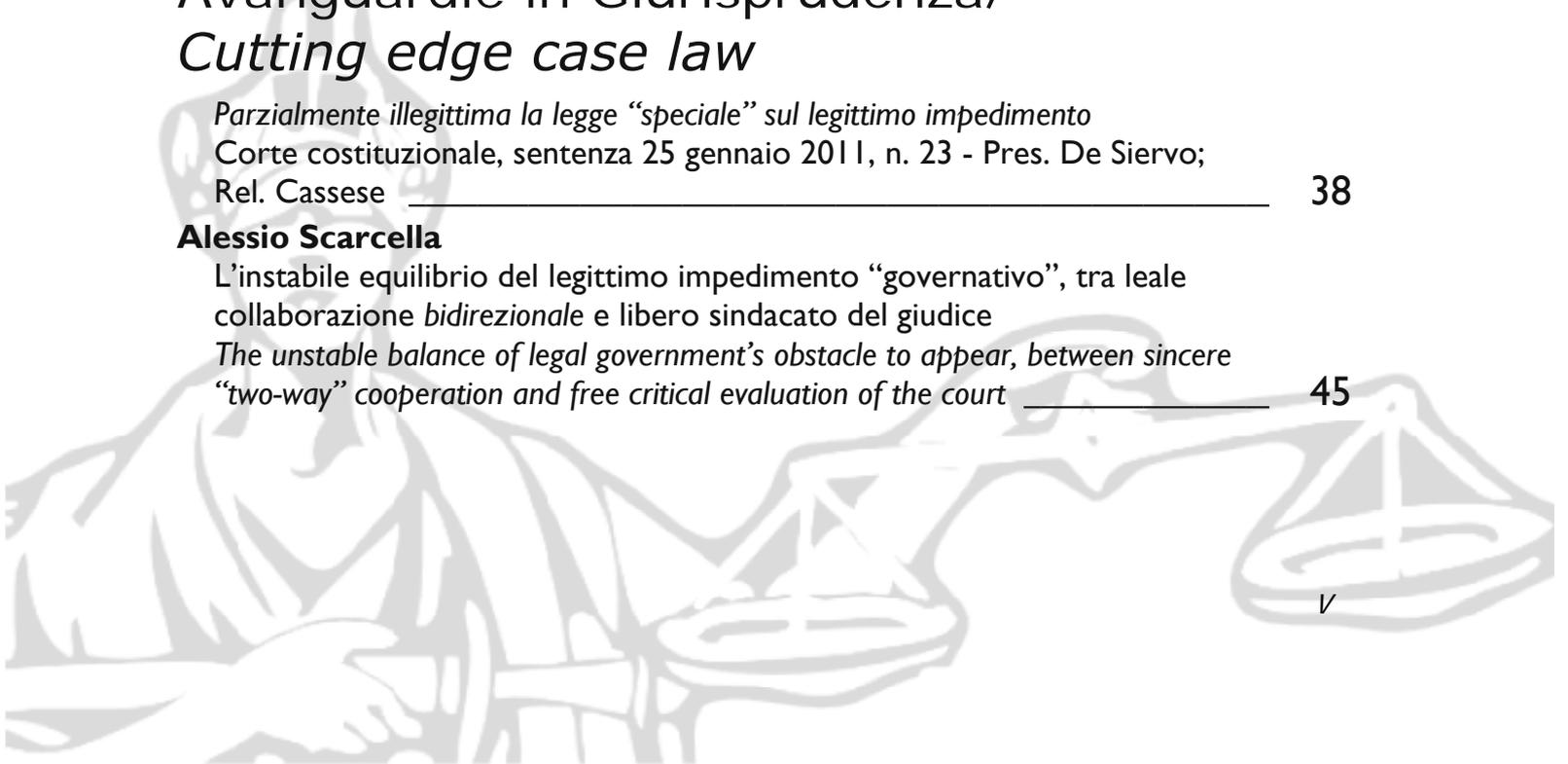
Sezioni Unite (Alessandro Diddi) _____ 33

Avanguardie in Giurisprudenza/ *Cutting edge case law*

Parzialmente illegittima la legge “speciale” sul legittimo impedimento
Corte costituzionale, sentenza 25 gennaio 2011, n. 23 - Pres. De Siervo;
Rel. Cassese _____ 38

Alessio Scarcella

L’instabile equilibrio del legittimo impedimento “governativo”, tra leale
collaborazione *bidirezionale* e libero sindacato del giudice
The unstable balance of legal government’s obstacle to appear, between sincere
“two-way” cooperation and free critical evaluation of the court _____ 45



<i>Anche nel caso di diffamazione è ammissibile il sequestro preventivo del sito internet</i>	
Corte di cassazione, Sezione V, sentenza 24 febbraio 2011, n. 7155 - Pres. Amato; Rel. Sabeone _____	55
Gioia Sambuco	
<i>Il sequestro dei contenuti on-line: risposte giurisprudenziali e prospettive</i>	
<i>The seizure of the content published on-line: jurisprudential responses and perspectives</i> _____	
	58
<i>Il decreto di sequestro individui "a monte" il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti</i>	
Corte di cassazione, Sezione V, sentenza 1° febbraio 2011, n. 1887 - Pres. e Rel. Rotella _____	67
Laura Capraro	
<i>Presupposti del sequestro probatorio e precisazione finalistica del corpus delicti</i>	
<i>Probative seizure requirements, with regard to the specific case of the corpus delicti</i> _____	
	69
<i>Inammissibile la parte civile nel processo alle società</i>	
Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 22 gennaio 2011, n. 2251 - Pres. Di Virginio; Rel. Fidelbo _____	77
Paolo Ielo	
<i>Non è ragionevole ammettere la parte civile nel processo agli enti</i>	
<i>There is no reason that victims participate as "parti civili" to proceedings regulated by d.lgs. n. 231-2001</i> _____	
	85
<i>Al latitante restituito nel termine non è preclusa la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale</i>	
Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 20 gennaio 2011, n. 1805 - Pres. e Rel. Squassoni _____	95
Luca Lupária	
<i>Latitanza, contumacia e novazione probatoria in appello</i>	
<i>Effective knowledge of the proceedings, judgment by default and right to a new trial</i> _____	
	97
<i>Nessuna efficacia extrapenale per le sentenze di proscioglimento estintive</i>	
Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 26 gennaio 2011, n. 1768 - Pres. Vittoria; Rel. Spirito _____	104
Roberto Puglisi	
<i>Giudicato penale e azione civile in caso di proscioglimento per estinzione del reato</i>	
<i>Criminal judgment and civil action in case of acquittal for crime extinction</i> _____	
	115

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

Novella Galantini

Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente
l'iscrizione della notizia di reato

The defence case before pre-trial investigation _____ 124

Analisi e prospettive/ *Analysis and Prospects*

Cristiana Valentini

Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata

Press and criminal process: history of a stopped evolution _____ 132

Indici/*Index*

Autori/*Authors* _____ 145

Provvedimenti/*Measures* _____ 146

Materie/*Topics* _____ 147

EDITORIALE / EDITORIAL

SERGIO LORUSSO

Professore ordinario di Diritto processuale penale - Università di Foggia

Gli assetti costituzionali della Giustizia e lo scontro infinito tra poteri

The constitutional order of justice and the never ending conflict between powers

La riforma costituzionale della Giustizia, presentata nel marzo scorso dal Governo, va a incidere su un ambito segnato da forti scontri politico-istituzionali. Indipendentemente dalle soluzioni proposte, i temi posti sul tappeto riflettono criticità consolidate del nostro sistema giudiziario su cui sarebbe auspicabile un confronto sereno e scevro da pregiudizi. La separazione delle carriere giudicanti e requirenti, la contestuale scissione del CSM in due organi “gemelli”, la previsione di più rigorosi profili di responsabilità (civile e disciplinare) dei magistrati, il temperamento del principio di obbligatorietà dell’azione penale mediante l’individuazione di criteri di priorità, costituiscono infatti altrettanti profili fondanti del progetto, che potrebbe rappresentare la base di un dibattito leale tra le varie forze in campo – politici, magistrati, avvocati, studiosi – volto a conferire al “sistema giustizia” maggiore efficienza e credibilità.

The constitutional reform recently introduced by the Government is going to affect a context marked by strong political and institutional contrasts. Regardless of the suggested solutions, the topics at issue show criticalities in our judicial system requiring an objective debate. The separation between the careers of adjudicators and investigating judges, the splitting up of the “Consiglio Superiore della Magistratura” into two “twin bodies”, the envisagement of more severe civil and disciplinary liabilities of judges and the mitigation of the principle of compulsory prosecution represent the founding elements of the project. This could be the starting point for a fair discussion between the different forces involved, aiming at endowing the judiciary with greater efficiency and reliability.

Il progetto di riforma e le criticità consolidate del sistema giudiziario

Il disegno di legge costituzionale in materia di giustizia, varato lo scorso 11 marzo dal

Consiglio dei Ministri, è destinato ad incidere su di un ambito “sensibile”, da oltre un decennio fonte di accesi scontri politico-istituzionali. Annunciato come una “riforma epo-

cale" degli assetti della giustizia penale, giunge in un momento delicato per il nostro Paese - per il moltiplicarsi delle tensioni interne ed esterne - che ne lascia presagire un complicato e tumultuoso *iter* parlamentare.

Esclusa la percorribilità di larghe intese tali da superare gli angusti numeri dell'attuale maggioranza - sempre auspicabili quando si tratta di metter mano a principi cardine dell'ordinamento anche perché idonee a soddisfare, nella seconda lettura parlamentare, quella maggioranza qualificata (due terzi dei componenti di ciascuna delle Camere) richiesta dall'art. 138, comma 3, Cost. per evitare il *referendum* popolare confermativo - la proposta di riforma rischia così di impantanarsi, come peraltro è accaduto in passato per ambiziosi progetti che pur muovevano da ben più saldi presupposti e accordi. Basti pensare alla *Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, presieduta da Massimo D'Alema, istituita nel gennaio del 1997 con il compito di ridisegnare la parte seconda della Carta costituzionale e naufragata nell'estate successiva dopo un intenso lavoro a causa del venir meno delle condizioni politiche di fondo. E invece la riscrittura di norme costituzionali che regolano lo *status* di soggetti e organi espressione di una delle funzioni fondamentali dello Stato, in grado di incidere sull'equilibrio complessivo dei poteri, dovrebbe avvenire sulla base di scelte condivise e non condizionate dagli equilibri politico-parlamentari contingenti, in quanto destinate a durare (ci si augura) oltre il breve volgere di una legislatura.

È opportuno, a ogni modo, esaminare i contenuti dell'iniziativa governativa - con un approccio libero da pregiudizi e da logiche di schieramento - poiché i temi posti sul tappeto, indipendentemente dalla natura e dalla qualità delle soluzioni proposte, riflettono criticità consolidate del nostro sistema

giudiziario su cui tutti concordano. Non senza tener conto di un fattore storico: nato e costruito dai Padri costituenti all'indomani della dittatura fascista, l'assetto costituzionale della magistratura riflette un'epoca molto distante dall'attuale non solo temporalmente ma anche quanto a scenari d'insieme e a tensioni politiche e sociali; mutato è, al contempo, lo sfondo concettuale in cui si muove il processo penale, non più scandito dalle logiche autoritarie e repressive del codice Rocco ma orientato esplicitamente ad attuare i contrasti del modello accusatorio e i canoni del "giusto processo".

Poteri e responsabilità

Il disegno di legge propone preliminarmente una nuova dizione delle rubriche del titolo IV della parte seconda della Costituzione e delle relative sezioni. Alla titolazione generale *La Magistratura*, chiaramente focalizzata sull'organo, subentra *La Giustizia*, incentrata sulla funzione corrispondente. Le due sezioni in cui si articola il titolo IV sono denominate, rispettivamente, *Gli organi* e *La giurisdizione*, con una semplificazione per lo più formale delle attuali rubriche *Ordinamento giurisdizionale* e *Norme sulla giurisdizione*. Viene introdotta una nuova sezione, la *II-bis*, intitolata *Responsabilità dei magistrati* e costituita da una sola disposizione (art. 113-bis Cost.) che, in ragione dei suoi contenuti, ben potrebbe trovare collocazione all'interno della sezione I. Con tale scelta, probabilmente, si è voluto evidenziare, anche graficamente, il dato normativo della costituzionalizzazione espressa della responsabilità diretta dei magistrati «per gli atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato» (comma 1) - così superando il diverso orientamento della Corte costituzionale, che ha finora giustificato la previ-

sione di una responsabilità più circoscritta in ragione delle peculiarità delle funzioni esercitate – e la specifica responsabilità civile «per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale», da disciplinare per legge (comma 2) ed estesa allo Stato (comma 3).

La responsabilità civile dei magistrati – peraltro già desumibile in via generale dall'art. 28 Cost. e per altri versi scaturente dal dettato dell'art. 24, comma 4, Cost., che prescrive al legislatore di adottare adeguati strumenti per la riparazione degli errori giudiziari – è attualmente disciplinata dalla l. 13 aprile 1988, n. 117, approvata in seguito al referendum abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. promosso dai radicali, tenutosi l'8 novembre 1987 e sfociato in una schiacciante affermazione dei "sì". Una legge che, come da molti riconosciuto, ha tradito la volontà popolare dando vita a una disciplina alquanto restrittiva e farraginoso che, a causa dei suoi limiti oggettivi e soggettivi accentuati dalle severe interpretazioni offerte dalla giurisprudenza, è risultata scarsamente incisiva – sono quattro i casi di responsabilità civile accertati in un arco temporale di tutto rispetto – e ha condotto persino a una condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, che ha ritenuto detta disciplina incompatibile con il diritto comunitario nella parte in cui non permette di dichiarare «la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado» e derivante «da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operata da tale organo giurisdizionale»¹.

Nato dal "caso Tortora" – il celebre conduttore televisivo arrestato nell'estate del 1983 con l'accusa di associazione per delinquere di stampo camorristico sulla base delle dichiarazioni rese da alcuni affiliati divenuti collaboratori di giustizia e assolto anni dopo, al termine di un lungo calvario giudiziario – il movimento d'opinione in favore di una più efficace disciplina in materia di responsabilità civile dei magistrati non ha insomma prodotto risultati apprezzabili e oggi, a oltre vent'anni di distanza, ci si trova a fare i conti anche con la necessità di conformarsi alle indicazioni degli organi dell'Unione europea. La Commissione europea nel febbraio e nell'ottobre 2009 ha infatti sollecitato l'Italia ad adeguarsi alla summenzionata pronuncia della Corte di giustizia e, a fronte del reiterato silenzio del nostro Paese, nel marzo 2010 ha aperto una procedura d'infrazione destinata a concludersi entro maggio di quest'anno. Occorre pertanto evitare l'iniqua disparità di trattamento conseguente a una normativa che non dovesse equiparare, sotto questo profilo, la "violazione manifesta" del diritto comunitario commessa in sede interpretativa a quella del diritto interno, e agire di conseguenza.

Si tratta in ogni caso di un terreno accidentato. Se è indubbio che la responsabilità civile non può costituire una spada di Damocle incombente su ciascun magistrato, la cui serenità di giudizio potrebbe essere minata da un meccanismo risarcitorio particolarmente appetibile agitato ad arte quale strumento di pressione da parte dell'interessato, inducendo i giudici a decisioni ispirate alla prudenza e al conformismo in una logica di "autodifesa", è pure vero che un serio ed

¹ C. giust. CE (Grande Sezione), sent. 13 giugno 2006, proc. C-173/03, T. M. S.p.A. c. Repubblica italiana, *Foro it.*, 2006, IV, 417 ss.

efficiente congegno di verifica dei comportamenti *contra legem* e la conseguente sanzione delle (non frequenti) situazioni indice di scarsa professionalità gioverebbero proprio alla credibilità complessiva della magistratura², oggi fortemente delegittimata a vari livelli e da molti additata come "casta".

D'altronde non vi può essere potere senza responsabilità - come ormai pacificamente riconosciuto dal costituzionalismo contemporaneo³ - e l'esercizio della funzione giudiziaria non può essere considerato espressione di un "potere nullo", risultando irrealistica e superata la concezione ottocentesca del giudice semplice *bouche de la loi*, incentrata sull'idea liberale di una sua pretesa "neutralità" cui ricollegare l'irresponsabilità dei magistrati quale conseguenza necessaria della loro indipendenza. Anche la Corte costituzionale, chiamata a esprimersi sul punto, ha del resto precisato che le garanzie di autonomia e indipendenza tracciate in Costituzione «non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione»⁴.

Sempre al tema della responsabilità - questa volta disciplinare - si riconnette un'altra modifica, di carattere ordinamentale, volta a dar vita a un organo *ad hoc*, la Corte di disciplina della magistratura giudicante e requi-

rente (art. 105-*bis* Cost.), articolata in due sezioni, la cui composizione riecheggia quella della componente non elettiva dei nascenti Consigli superiori divisi. La sua denominazione evoca quella della Suprema Corte disciplinare, istituita dalla legge Orlando all'inizio del secolo scorso (l. 24 luglio 1908, n. 438), ma l'innovazione non sembra in grado di superare i limiti insiti nella "giurisdizione domestica" dell'attuale Sezione disciplinare del CSM.

Il falso tabù delle carriere separate e l'obbligatorietà temperata dell'azione penale

Il punto nodale del disegno di legge è però certamente costituito dalla separazione delle carriere, con la correlativa istituzione di due CSM "gemelli", e dal temperamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, innovazioni facenti parte di un disegno complessivo che intende ridefinire la figura del pubblico ministero. A esso è riconducibile anche la proposta di modifica dell'art. 109 Cost., che elide il riferimento alla disponibilità "diretta" della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria rinviando alla legge ordinaria per le modalità con cui il giudice e il pubblico ministero ne possono disporre, senza nulla dire tuttavia sulla questione - evidenziata fin dai tempi dell'Assemblea costituente - del-

² In questa direzione Biavati, *L'organizzazione della giustizia civile*, Biavati - Guarneri - Orlandi - Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 192 ss.

³ V., di recente, Zanon, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, Biavati - Guarneri - Orlandi - Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, cit., 82.

⁴ C. cost., sent. 5 novembre 1996, n. 385, *Giur. cost.*, 1996, 3542 ss.

V. pure C. cost., sent. 14 marzo 1968, n. 2, *ivi*, 1968, 288 ss., che sottolinea come l'autonomia e l'indipendenza della magistratura non la rendono *legibus soluta* né la collocano al di fuori dell'organizzazione statale; C. cost., sent. 19 gennaio 1989, n. 18, *ivi*, 1989, 62 ss., secondo cui la posizione *super partes* del magistrato non ne può impedire il controllo sul corretto esercizio delle funzioni attribuite.

l'eventuale creazione di un corpo specializzato di polizia giudiziaria autonomo e distinto dalle strutture delle varie forze dell'ordine.

La nuova versione dell'art. 104 Cost. rinuncia a caratterizzare strutturalmente l'intera magistratura come "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere", riservando tale connotato ai soli giudici e trasferendolo nell'art. 101, comma 2, Cost., con la significativa cancellazione dell'aggettivo "altro", comunemente ritenuto un contrappeso alla scelta del sostantivo "ordine", fatta in ossequio alla tradizione ma certo meno incisivo di "potere"⁵. E dopo aver ribadito che «i magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri» (art. 104, comma 1, Cost.), sancisce la separazione delle rispettive carriere, rinviando alla legge ordinaria il compito tutt'altro che marginale e ininfluenza di regolarne le modalità (comma 2): ridotto a "ufficio", il pubblico ministero vede assicurata la propria autonomia e indipendenza dall'ordinamento giudiziario, che conserva altresì l'usuale compito di organizzare l'ufficio requirente (comma 3).

Qui entra in gioco anche un'altra forma di responsabilità, quella politica. Le garanzie d'indipendenza, tradizionalmente, si ricollegano all'esigenza di tutelare l'imparzialità degli organi giudicanti che debbono poter decidere liberamente, *sine spe ac metu*. La scelta delle carriere unificate ha invece note e inequivocabili ragioni storiche riconducibili al diffuso atteggiamento di diffidenza nei confronti del potere esecutivo, maturato a seguito della crisi dello Stato liberale e ingigantitosi durante il periodo del-

la dittatura fascista, che indusse i Padri costituenti a recidere ogni forma di controllo esercitabile dal Governo (e più in generale dalla politica) nei confronti della magistratura, in particolar modo di quella requirente.

Muovendo dalla concezione prima ricordata del giudice inteso quale mero esecutore della legge, condivisa da giuristi-costituenti di differente estrazione ed estesa al tema della collocazione istituzionale dell'organo dell'accusa, nonostante le perplessità di taluni «di fronte alla prospettiva di sottrarre *completamente* il pubblico ministero alle direttive del ministro della Giustizia»⁶, si ritenne di poter fornire una soluzione adeguata a detto problema costituzionalizzando il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ritenuto strumento indispensabile - unitamente all'inamovibilità - per evitare qualsiasi interferenza politica sull'attività requirente e conseguenza necessaria del principio di legalità.

L'adesione a una concezione meramente esecutoria dell'attività del pubblico ministero, e quindi l'avallo di una sua pretesa "neutralità", peraltro, impedì di approfondire la questione delle concrete *chances* di attuazione del principio di obbligatorietà e non consentì un'adeguata riflessione sulla necessità di prevedere una responsabilità "politica" dell'organo dell'accusa quale contrappeso alla sua riconosciuta indipendenza. La Carta costituzionale ha finito così per non prendere nettamente posizione, dando vita a un ibrido costituito dal riconoscimento *expressis verbis* dell'indipendenza ester-

⁵ Si veda Panizza, sub *art. 104 Cost.*, Bifulco - Celotto - Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2008, che evidenzia il dato di continuità con lo Statuto Albertino.

⁶ Guarneri, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, Biavati - Guarneri - Orlandi - Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, cit., 44.

na, specie rispetto al potere esecutivo, cui si accompagna la conservazione di un criterio di reclutamento tipico di un'organizzazione burocratica e gerarchizzata, sottraendo *de facto* i magistrati del pubblico ministero a ogni forma di controllo sull'attività svolta che potrebbe, invece, venire da un'investitura dal basso (è quello che accade, ad es., negli Stati Uniti). Con la paradossale conseguenza che il «pubblico ministero, chiamato ad attività, di fatto, non prive di determinazioni discrezionali e tali, comunque, da influire su delicate scelte di politica criminale, god(e) di un'indipendenza non adeguatamente bilanciata da responsabilità politica», a dispetto della sua «fisiologica parzialità»⁷.

Sulla base di tale consapevolezza, e tenuto conto che sono mutati sia il codice di rito - di impostazione (pur se moderatamente) accusatoria - che la stessa Carta costituzionale, con il recepimento del paradigma del «processo di parti», e della correlativa «parità delle armi», quale archetipo del «processo giusto», si dovrebbero trarre serenamente le dovute conseguenze per riconsiderare un falso tabù (la separazione delle carriere) e per rimettere in discussione un principio di difficile attuazione (l'obbligatorietà dell'azione penale).

Le formule normative, del resto, «sono spesso aspirazioni a un dover essere frequentemente smentito nelle prassi quotidiane», magari «non per trascuratezza o cat-

tiva condotta di chi vi si dovrebbe conformare, ma per la concreta impossibilità» di farlo, e un'attività di per sé refrattaria a ogni pianificazione normativa qual è quella prodromica all'esercizio dell'azione penale implica rischi potenziali di arbitrio, per la determinante prevalenza di una dimensione soggettiva che il principio di obbligatorietà non può efficacemente arginare, essendo il pubblico ministero libero di dettare «i tempi, l'intensità di impegno, i mezzi e, sovente, l'estensione tematica» delle indagini⁸.

La proposta di modifica dell'art. 112 Cost. impone all'ufficio dell'accusa di esercitare l'azione penale «secondo i criteri stabiliti dalla legge», temperando così il principio di obbligatorietà e rinviando a criteri di priorità individuati dal Parlamento. Si tratta di un'opzione in sé condivisibile, che si colloca peraltro sulla scia di iniziative adottate in passato dagli addetti ai lavori - a partire dalla cd. «circolare Zagrebelsky» del 16 novembre 1990, che riteneva non contrastante con il principio di obbligatorietà la prospettazione di criteri di priorità - e appare idonea a fornire una maggiore omogeneità di trattamento a livello nazionale rispetto alle scelte territoriali effettuate dal Procuratore della Repubblica (e, naturalmente, a quelle individuali del singolo sostituto), ritenute perfettamente legittime e in linea con il principio di obbligatorietà dal CSM in base alla realistica constatazione

⁷ Orlandi, *L'organizzazione della giustizia penale*, Biavati - Guarneri - Orlandi - Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, cit., 231.

⁸ Orlandi, *L'organizzazione della giustizia penale*, Biavati - Guarneri - Orlandi - Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, cit., 232 e 230.

Anche D'Elia, sub art. 112 Cost., Bifulco - Celotto - Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, III, cit., 2127, riconosce che «il carico di lavoro e le strutture insufficienti o, comunque, inadeguate, impongono al Pubblico Ministero di selezionare, secondo criteri inevitabilmente personali e, dunque, arbitrari, le *notitiae criminis* da trattare e quelle da relegare nel limbo della prescrizione ovvero dell'archiviazione per pseudo-infondatezza».

che la domanda di giustizia penale è solitamente superiore alla capacità di assorbimento da parte degli uffici giudiziari. A tale mutamento di prospettiva si ricollega l'obbligo del Ministro della Giustizia di riferire «annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine», che si intende introdurre con l'art. 110, comma 2, Cost.

Diretta conseguenza delle carriere separate è la scissione del CSM in due Consigli della magistratura, giudicante (art. 104-bis Cost.) e requirente (art. 104-ter Cost.), entrambi presieduti dal Presidente della Repubblica e simmetrici nella loro composizione.

Le novità più significative riguardano il mutamento dei rapporti di forza tra laici e togati (equiparati nella loro componente elettiva), la previsione – all'evidente fine di combattere il fenomeno delle correnti – del sorteggio degli eleggibili, il divieto di adottare atti di indirizzo politico – allo scopo di interdire il ruolo di “terza Camera” assunto nel corso degli anni dall'organo di autogoverno – e la sottrazione dei poteri disciplinari devoluti, come detto, a un'apposita Corte di disciplina.

Sempre sotto il profilo ordinamentale viene pericolosamente infranta la garanzia dell'inamovibilità, da sempre baluardo dell'indipendenza della magistratura, con l'attribuzione ai Consigli superiori del potere, in presenza di eccezionali esigenze «attinenti all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia», di «destinare i magistrati ad altre sedi» (art. 107, comma 1, Cost.). Si prospetta, inoltre, un ricorso più ampio alla magistratura onoraria, grazie all'abrogazione del limite costituzionale che attribuisce ai magistrati così reclutati l'eserci-

zio delle sole funzioni proprie dei giudici singoli (art. 106, comma 2, Cost.).

L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e il diritto al doppio grado di giudizio di merito

Di portata spiccatamente processuale è l'interpolazione dell'art. 111 Cost., volta all'inserimento di un ulteriore comma che intende costituzionalizzare il diritto al doppio grado di giudizio di merito – salva diversa disposizione legislativa «in relazione alla natura del reato, delle pene e della decisione» (comma 8) – per le sentenze di condanna e ripristinare la (tendenziale) inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, già introdotta dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, e poi bocciata dalla Consulta.

In via generale va detto che si tratta di un ambito pertinente alle scelte del legislatore ordinario più che al terreno costituzionale. Nello specifico, poi, se è vero che in un processo di stampo accusatorio la decisione di primo grado, pronunciata con ampie garanzie e nel contraddittorio delle parti, dovrebbe essere tendenzialmente inappellabile, è altresì innegabile che la “parità delle armi” – costituzionalizzata nello stesso articolo che si intende modificare – implica l'attribuzione di pari opportunità ad accusa e difesa. Ne consegue che l'inappellabilità potrebbe essere sì introdotta, ma solo a condizione di reciprocità, privando così anche l'imputato della possibilità di appellare la sentenza di condanna (come avviene normalmente nel sistema nordamericano, dove *direct appeals* e *collateral attacks* sono limitati e per lo più legati a errori procedurali e a questioni di diritto). In tal modo, però, si verrebbe a creare un contrasto insanabile con previsioni con-

tenute nelle Carte internazionali ratificate dall'Italia: dall'art. 2 del protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*Diritto a un doppio grado di giurisdizione in materia penale*) all'art. 14 § 5 del Patto internazionale

sui diritti civili e politici, che attribuisce a ogni individuo condannato per un reato il diritto a vedere riesaminati l'accertamento della sua colpevolezza e la relativa condanna «da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge».

Novità legislative interne / *National Legislative News*

ADA FAMIGLIETTI

SCENARI

La l. 13 agosto 2010, n. 136, recante il piano straordinario contro le mafie, rappresenta il punto di approdo di un complesso percorso normativo, intrapreso dal Consiglio dei ministri con l'istituzione dell'Agenzia per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, mediante il d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito dalla l. 31 marzo 2010, n. 50.

Due le deleghe da attuare entro un anno dall'entrata in vigore del piano straordinario: l'emanazione di un codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (art. 1); l'approvazione di nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia (art. 2).

Nell'ambito di un multiforme intervento, le norme della l. n. 136 del 2010 che interessano specificamente la materia processuale penale sono quelle relative alla complessiva revisione delle attività sotto copertura, con il riconoscimento di uno "statuto speciale" del personale di polizia giudiziaria e dei collaboratori privati in esse impegnati. L'obiettivo del legislatore è ambizioso e complesso: ampliare l'ambito di applicabilità delle operazioni sotto copertura, con la costruzione di una disciplina unitaria, che abroga o modifica le preesistenti norme in materia.

Si prevede, in particolare, l'ampliamento della causa di non punibilità di cui all'art. 9, comma 1, l. 16 marzo 2006, n. 146 «ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale

il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001» - riconosciuta agli ufficiali di polizia giudiziaria che commettono illeciti penali nel corso delle operazioni sotto copertura - alle indagini per i reati di estorsione (art. 629 c.p.), usura (art. 644 c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche nelle ipotesi non aggravate, attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, reati in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 («Testo unico in materia di sostanze stupefacenti»). In tale ultimo caso, vi è il coinvolgimento della Direzione centrale per i servizi antidroga, che può anche direttamente disporre le operazioni sottocopertura.

L'intervento normativo opera, inoltre, sul versante soggettivo con l'estensione della speciale causa di non punibilità per le attività sotto copertura anche alle interposte persone, delle quali possono avvalersi gli ufficiali di polizia giudiziaria e i loro ausiliari. Si tratta di un'importante innovazione: in passato, infatti, la giurisprudenza aveva ritenuto tali cause di non punibilità inapplicabili ai privati collaboratori della polizia giudiziaria (Cass., sez. VI, 11 aprile 1994, n. 6425, *CED Cass.*, 198517).

Viene, poi, ampliata la fattispecie di reato di rivelazione o divulgazione indebita dei nomi del personale di polizia giudiziaria impegnato in operazioni sotto copertura, anche oltre i limiti temporali precedentemente san-

citi in relazione allo svolgimento delle suddette attività di polizia.

Sotto il profilo strettamente operativo, invece, è stato previsto che delle operazioni debba essere data preventiva comunicazione all'autorità giudiziaria competente per le indagini, indicando il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile, nonché degli eventuali ausiliari e interposte persone impiegati nelle operazioni, se necessario o se richiesto dal pubblico ministero e, per le attività antidroga, anche dalla Direzione centrale per i servizi antidroga. In ogni caso, il pubblico ministero deve essere informato senza ritardo, nel corso dell'operazione, delle modalità e dei soggetti che vi partecipano, nonché dei risultati della stessa.

Inoltre, è consentita la ritardata od omessa esecuzione di atti di propria competenza da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e delle autorità doganali, limitatamente alle sole ipotesi di cui agli artt. 73 e 74 d.p.r. n. 309 del 1990, quando sia necessario per acquisire rilevanti elementi probatori ovvero per l'individuazione o la cattura dei responsabili. In ogni caso, deve essere dato immediato avviso, anche oralmente, al pubblico ministero, con la trasmissione di motivato rapporto entro le successive quarantotto ore. Qualora si svolgano attività antidroga, tale immediato avviso deve pervenire anche alla Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento in ambito internazionale. La disciplina in esame contiene limitate innovazioni procedurali, trattandosi del semplice recepimento, nella normativa generale, di quanto già contenuto nell'art. 98 d.p.r. n. 309 del 1990 in materia di sostanze stupefacenti.

In relazione, poi, al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, sempre al fine di acquisire rilevanti elementi probatori, ovvero per l'individuazione o la cattura dei re-

sponsabili, il pubblico ministero può richiedere che sia autorizzata la disposizione di beni, denaro o altra utilità per l'esecuzione di operazioni controllate per il pagamento del riscatto, indicandone le modalità; in ordine a tali richieste, è necessaria l'autorizzazione giurisdizionale con decreto motivato. Anche rispetto a tale ultima previsione, il legislatore non introduce nessuna novità, limitandosi a ricondurre nell'orbita delle operazioni sotto copertura e, dunque, nel testo della l. n. 146 del 2006, quanto già precedentemente disposto dall'art. 7 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 «*Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia*», nelle cui norme resta concentrata tutta la disciplina processuale in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione.

Le comunicazioni e i provvedimenti adottati dal pubblico ministero sono trasmessi senza ritardo al procuratore generale presso la corte d'appello e, limitatamente ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., al procuratore nazionale antimafia. A tal proposito, la legge in commento modifica proprio quest'ultima norma, inserendo il reato di «Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti», disciplinato dall'art. 260 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 «*Norme in materia ambientale*», nell'elenco dei procedimenti per i quali le funzioni di pubblico ministero sono attribuite all'ufficio presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente e la cui trattazione rientra nelle funzioni della Direzione distrettuale antimafia.

Più significative, da un punto di vista contenutistico, le modifiche concernenti il codice di procedura penale (con l'inserimento di un comma 2-bis all'art. 497) e le relative disposizioni di attuazione (artt. 115 e 147-bis), il cui obiettivo è garantire, in ogni stato e grado del procedimento, l'anonimato dei soggetti

coinvolti in attività sotto copertura.

La disciplina novellata stabilisce, infatti, che nelle annotazioni di polizia eseguite durante le indagini preliminari possa essere menzionata solo l'identità fittizia degli ufficiali o agenti impegnati in tali attività (art. 115, comma 1-*bis*, norme att. c.p.p.); che, tali soggetti, nonché i loro ausiliari o interposte persone, nel corso dell'esame dibattimentale e in qualsiasi deposizione effettuata in ogni stato e grado del procedimento, indichino le sole generalità di copertura (art. 497, comma 2-*bis*, c.p.p.); che l'esame dibattimentale si svolga con le cautele idonee alla tutela e alla riservatezza della persona esaminata, onde evitare la visibilità del volto, ovvero con lo strumento della videoconferenza. Degna di nota, a tal fine, la modifica della rubrica dell'art. 147-*bis* norme att. c.p.p., intitolata «Esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso», e del comma 3, lett. a), del suddetto articolo, che amplia l'ambito di operatività del mezzo della videoconferenza, disposta obbligatoriamente nei confronti di tutti i soggetti ammessi al piano provvisorio di protezione o a speciali misure di protezione, indipendentemente dal reato per cui si procede. Ne consegue che oggi non è più richiesto che si tratti di procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. o di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4, c.p.p.

Si tratta del riconoscimento di uno statuto testimoniale "speciale" degli operatori impegnati in attività sotto copertura, che deroga al metodo ordinario di formazione della prova nel contraddittorio fra le parti. Tali deroghe sono fornite, *in primis*, dalla possibilità di indicare sia nelle annotazioni di polizia effettuate nel corso delle indagini, sia durante l'esame testimoniale, le sole generalità fittizie; in subordine, dal filtro rappresentato dalla mancata visibilità del volto e, da ulti-

mo, dallo strumento della videoconferenza, che, pur non rappresentando una deroga al principio di oralità e pubblicità del dibattimento, comporta un inevitabile sacrificio in termini difensivi, con lo svolgimento di esami a distanza di soggetti, la cui vera identità e il cui volto restano ignoti.

La risultante delle innovazioni normative effettuate dalla legge in commento è l'ingresso nella normativa processuale penale dell'istituto della c.d. "testimonianza anonima", già oggetto della raccomandazione R (97) 13, adottata il 10 settembre 1997 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, relativa all'intimidazione dei testimoni e ai diritti della difesa, che opera una netta separazione fra le categorie dei testimoni e collaboratori di giustizia.

Appare evidente, a tal fine, come non sia semplice realizzare un equo temperamento tra i valori fondamentali, e in parte contrapposti, della tutela della riservatezza del testimone e del contraddittorio tra le parti, in punto di valutazione dell'attendibilità del teste anonimo. Alla difesa dell'imputato, infatti, sarà precluso effettuare domande per valutare la credibilità intrinseca del testimone o per minarne l'attendibilità. Specularmente il giudice non potrà porre a fondamento di una sentenza di condanna le sole dichiarazioni rese da un soggetto, la cui identità è ignota (per tutte, Corte e.d.u., 23 aprile 1997, *Req. n. 21363/93 V.M. e altri c. Paesi Bassi*).

Sarà interessante analizzare le prime applicazioni giurisprudenziali della disciplina in commento, che risentiranno certamente della copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, il cui orientamento maggioritario richiede un bilanciamento fra gli interessi della difesa e i diritti del testimone (*ex multis*, Corte e.d.u., 28 febbraio 2006, *Req. n. 51277/99, K. c. Rep. Ceca*).

Tra le ulteriori modifiche introdotte dal piano straordinario contro le mafie, si segnala

la previsione di specifici protocolli d'intesa tra Ministro dell'interno, Ministro della giustizia e Procuratore nazionale antimafia, aventi a oggetto la costituzione di coordinamenti interforze provinciali presso le Direzioni distrettuali antimafia e la definizione delle procedure e delle modalità operative per favorire lo scambio informativo e razionalizzare l'azione investigativa per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale.

Infine, l'art. 14 della legge in commento modifica il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, in mate-

ria di collaboratori e testimoni di giustizia, intervenendo sui ricorsi giurisdizionali avverso i provvedimenti della Commissione centrale di modifica o revoca delle speciali misure di protezione dei collaboratori di giustizia, e in materia di somme corrisposte a titolo di mancato guadagno a favore dei testimoni di giustizia. Si interviene, da ultimo, sulla composizione del Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata, in particolare inserendo nel medesimo organismo il direttore della Direzione Investigativa Antimafia.

Novità sovranazionali / *Supranational News*

ELENA ZANETTI

Nel corso della 1.100^a riunione dei Rappresentanti diplomatici permanenti, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha adottato – lo scorso 2 dicembre 2010 – una *Risoluzione concernente l'esecuzione delle sentenze della Corte europea in tema di eccessiva durata dei processi in Italia* (Interim Resolution CM/Res DH (2010) 224).

Si tratta, in ordine di tempo, solo dell'ultima di una nutrita serie di prese di posizione del Consiglio – in parallelo alle pronunce della Corte, delle quali, com'è noto, il Comitato, ai sensi dell'art. 46, § 2 Cedu, sorveglia l'esecuzione – sulla "lentezza" della giustizia italiana, "sorvegliata speciale" di Strasburgo sin dai primi anni 80 e, a più riprese, riesaminata in occasione di riforme (cfr., per esempio, le precedenti Risoluzioni: Res DH (1992) 26; Res DH (1994) 26; Res. DH (1995) 82).

Il costante afflusso di segnalazioni provenienti dalla Corte europea relative a violazioni accertate della "durata ragionevole" del processo da parte del nostro Paese, ha, anzi, indotto, in anni più recenti, il Comitato dei ministri a monitorare la situazione italiana, nell'attesa che l'auspicata adozione di riforme efficaci non determini una stabile inversione di tendenza (Interim Resolution Res. DH (2000) 135). In questa prospettiva, il Comitato – sin dal marzo 2009 – aveva richiamato le autorità italiane ad attivarsi su più fronti, attraverso una strategia coordinata che prevedesse, tra l'altro, l'adozione urgente di misure *ad hoc* per smaltire l'arretrato

in ambito civile e penale e lo stanziamento delle risorse necessarie a garantire l'attuazione delle riforme, invitandole – nel contempo – a definire una tempistica dei risultati a medio-termine, al fine di valutare l'andamento delle riforme e a predisporre un metodo di analisi di quei risultati, in vista di possibili aggiustamenti (Interim Resolution CM/Res DH (2009) 42).

Il nuovo intervento del Comitato è ora sollecitato dagli oltre 2.000 – per la precisione 2.183 quelli finiti sotto osservazione – casi riguardanti l'Italia di cui è stata investita la Corte europea per violazione della "durata ragionevole" del processo (*ex art. 6, § 1 Cedu*).

Fa da sfondo al reiterato monito rivolto al nostro Paese la constatazione che i "tempi lunghi" nell'amministrazione della giustizia rappresentino un serio *vulnus* per l'autorevolezza del diritto, traducendosi in una sostanziale negazione dei diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In tal senso, il Comitato – richiamando la precedente Risoluzione Res DH (2009) 42 – rammenta di avere già sollecitato le autorità italiane a intervenire anche sulla l. 24 marzo 2001, n. 89 «*Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile*» (meglio nota come *Legge Pinto*, introdotta nel nostro ordinamento al fine di riconoscere un'"equa riparazione" in caso di violazione del "termine ragionevole" del processo), semplificando le relative procedure ed estendendone l'ambito di applicazione,

con l'intento di eliminare i ritardi accumulati nei pagamenti degli indennizzi concessi a titolo di riparazione.

Profilo tutt'altro che marginale quello della lentezza nelle procedure di riparazione, se soltanto si considera che – come si evince dalla Risoluzione – oltre 500 ricorsi comunicati dalla Corte europea al governo italiano concernono proprio questa specifica violazione (cfr., per esempio, la sentenza Corte e.d.u., Sez. II, 31 marzo 2009, *Req.* 22644/03, *S. c. Italia*).

A fronte della situazione delineata, il Comitato non manca poi di dolersi della scarsa collaborazione prestata dal nostro Paese, che non solo ha fatto mancare un flusso costante di informazioni sulle questioni in esame, impedendone così una esauriente verifica, ma ha anche trasmesso con ritardo le statistiche relative al 2009, non consentendo di valutarle durante la riunione stessa.

Dal vaglio dei dati disponibili – riferiti al 2008 – emergono, per altro, indicazioni di segno diverso: a una significativa riduzione della durata media dei giudizi civili, in primo e in secondo grado, così come di quelli di competenza dei giudici di pace, fa riscontro un leggero incremento nella durata di quelli penali e un aumento dei processi amministrativi pendenti.

Riaffermata quindi, l'importanza di una efficace strategia a medio e a lungo termine per porre rimedio alle carenze di carattere strutturale, il Comitato esorta le autorità italiane, ai livelli più elevati, ad attivarsi con forza per risolvere il problema della eccessiva lunghezza dei processi, adottando tutte le opportune misure tecniche e finanziarie.

A tal fine, le nostre autorità sono sollecitate a intraprendere un'azione interdisciplinare che coinvolga i principali soggetti interessati, coordinati al più alto livello politico, allo scopo di mettere a punto, con urgenza, una strategia efficace da sottoporre al Comi-

tato, unitamente a statistiche e a dati aggiornati.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è espressa, a breve distanza, anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, durante i lavori della sessione invernale, svoltasi dal 24 al 28 gennaio 2011. In tale occasione – il 26 gennaio – l'Assemblea ha, infatti, adottato una Risoluzione – n. 1787 (2011) – e una Raccomandazione – n. 1955 (2011) – entrambe dedicate all'esecuzione delle sentenze della Corte europea.

Nella Risoluzione, in particolare, vengono indicati i nove Paesi – facenti parte del Consiglio d'Europa – che presentano le maggiori carenze sistematiche, all'origine di ripetute violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (§ 3). Al riguardo, l'Assemblea rilevando con grande preoccupazione come il perdurare di tali gravi lacune strutturali leda la nozione stessa di "Stato di diritto", intende fare tutto il possibile, di concerto con i Parlamenti nazionali, per assistere gli Stati parte della Convenzione e il Comitato dei ministri al fine di eliminare le situazioni di non conformità alle decisioni della Corte europea.

Nell'elenco, oltre a Bulgaria, Grecia, Moldavia, Polonia, Romania, Russia, Turchia e Ucraina è inserita anche l'Italia, proprio a causa della "durata eccessiva" dei processi, oltre che per la politica di mancato rispetto di misure provvisorie indicate dalla Corte in un certo numero di casi riguardanti stranieri (§ 7.3). Quanto agli interventi necessari per rimediare a una situazione definita addirittura «*endemic*» (§ 5.1), nonostante svariati interventi del Comitato dei ministri, la Risoluzione sollecita la messa in opera di misure appropriate da parte delle autorità italiane (§ 10.3).

In prospettiva generale, l'Assemblea esorta, quindi, i Parlamenti nazionali che ancora non abbiano provveduto in tal senso a vara-

re meccanismi e procedure specifiche per assicurare un effettivo controllo parlamentare sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea (§ 10.1). Invita, altresì, gli Stati membri a creare meccanismi interni efficaci, sulla scorta di quanto auspicato dalla Raccomandazione CM/Rec (2008) 2 del Comitato dei ministri, per garantire una rapida esecuzione delle pronunce della Corte, affidando a un apposito organo, al più alto livello politico, l'intera responsabilità del coordinamento di tutti gli aspetti della procedura interna di esecuzione (§ 10.2).

A tal proposito, l'Assemblea si riserva il diritto di adottare le misure appropriate nei confronti dello Stato che continui a rifiutarsi di ottemperare agli interventi richiesti da una sentenza della Corte o il cui Parlamento ometta di attivarsi in tal senso nei confronti del governo (§ 10.5). Essendo, per altro, necessità imperative per gli Stati parte della Convenzione accelerare l'esecuzione delle sentenze della Corte europea e uniformarsi a esse pienamente, a fronte della gravità dei problemi rilevati in numerosi Paesi, l'Assemblea decide - in conclusione - di continuare a interessarsi della questione, ritenendola prioritaria (§ 10.6).

Dal canto suo, la Raccomandazione - richiamandosi alla Risoluzione n. 1787 (2011) - sollecita il Comitato dei ministri ad attivarsi, con ogni mezzo disponibile, per rafforzare il suo ruolo di garante dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea.

* * *

Con la *Risoluzione del 20 gennaio 2011* (P7_TA-PROV(2011)0027) il Parlamento europeo è tornato a occuparsi dell'extradizione dal Brasile di Cesare Battisti.

Il complesso caso era già stato, in precedenza, oggetto di una Risoluzione, in data 5 febbraio 2009, di poco successiva al conferi-

mento a Battisti, da parte del governo brasiliano, dello *status* di rifugiato politico, di fatto ostativo al suo rientro in Italia (in *G.U.U.E.*, 18 marzo 2010, C 67 E). In quell'atto, il Parlamento, rilevando come tale decisione potesse essere intesa alla stregua di «una manifestazione di sfiducia» nei confronti dell'Unione, auspicava che le autorità giudiziarie brasiliane chiamate, di lì a poco, a esprimersi sulla questione, applicassero i «principi comuni che il Brasile e l'Unione europea condividono» (§ 2). Va, inoltre, ricordato come nella Raccomandazione rivolta al Consiglio, in data 12 marzo 2009, tra i punti qualificanti del partenariato strategico Unione europea-Brasile, fosse espressamente menzionato anche il reciproco riconoscimento delle sentenze definitive (in *G.U.U.E.*, 12 marzo 2009, C 87 E).

L'odierna pronuncia - approvata, su una proposta di risoluzione comune, con 83 voti favorevoli, 1 voto contrario e 2 astenuti - trae spunto dai più recenti sviluppi della vicenda, seguiti all'inatteso diniego opposto il 31 dicembre 2010 dal presidente brasiliano - allora in scadenza di mandato - all'accoglimento della richiesta italiana, pur dopo il parere favorevole all'extradizione espresso, il 18 novembre 2009, dal Tribunale Supremo brasiliano, che aveva autorizzato la consegna del detenuto al nostro Paese.

Nell'articolata premessa, la Risoluzione dà ampio risalto all'eccellente stato del partenariato tra Unione europea e Brasile, «basato sulla reciproca fiducia e sul rispetto della democrazia» - e delle reciproche relazioni - improntate «su principi condivisi come il rispetto dei diritti umani e lo Stato di diritto». Del pari, si constata come i mutui rapporti di cooperazione nel settore dell'extradizione si svolgano «nel pieno rispetto delle garanzie previste dai rispettivi ordinamenti giuridici» in applicazione del Trattato del 1989 (sottoscritto a Roma, il 17 ottobre 1989; ratificato dall'Italia con l. 23 aprile 1991, n. 144, in

G.U., 10 maggio 1991, n. 108, e in vigore dal 1 agosto 1993).

I successivi *consideranda* (C - K) rievocano i passaggi salienti della vicenda - dalle due condanne all'ergastolo riportate da Battisti nel nostro Paese; alla sua latitanza, dapprima in Francia; all'arresto in Brasile, avvenuto nel marzo 2007 - per dare, infine, conto dell'attuale situazione di stallo in cui essa versa per effetto del "corto circuito" derivato dalle ricordate contrastanti decisioni assunte, rispettivamente in sede politica e in sede giudiziaria. Da ultimo, il 6 gennaio 2011, il Presidente del Tribunale Supremo brasiliano, respingendo una richiesta di scarcerazione avanzata dalla difesa di Battisti, ha, di fatto «riaperto ufficialmente il caso», in seguito al ricorso proposto dal governo italiano. A quanto consta, la questione sarà nuovamente esaminata dal Tribunale stesso alla ripresa dei lavori, dopo la sospensione estiva.

Tanto premesso, la Risoluzione indica il «rispetto della legalità e dell'indipendenza del potere giudiziario» - ivi compreso un «trat-

tamento equo» delle persone condannate - quale uno dei valori fondanti riconosciuti da entrambi gli Stati interessati (§ 1). Costatazione questa ulteriormente suffragata dalla presa d'atto che il partenariato tra Unione Europea e Brasile risulta ispirato al comune rispetto per la legalità e i diritti fondamentali, tra i quali «il diritto alla difesa e il diritto ad un processo giusto ed equo» (§ 2).

Alla luce di tali considerazioni, il Palamento esprime, quindi, fiducia che le competenti autorità brasiliane esercitino il diritto/dovere di esaminare la nuova richiesta formulata dal nostro governo in vista del riesame della decisione sull'extradizione, vagliando «le modalità per garantire che il trattato bilaterale di estradizione sia correttamente interpretato» (§ 3). A tal fine, il Servizio europeo per l'Azione esterna è invitato ad avviare un «dialogo politico» con il Brasile e a impegnarsi per assicurare che le «decisioni adottate siano pienamente conformi ai principi basilari dell'Unione», così da favorire le buone relazioni con gli Stati membri (§ 4).

De jure condendo

MARILENA COLAMUSSI

Nella riunione del 10 marzo 2011, il Consiglio dei ministri – al fine di completare il sistema dei principi idonei a garantire la celebrazione di un processo “giusto” – ha approvato il d.d.l. cost. di «Riforma della Giustizia», su proposta del Ministro guardasigilli Alfano.

In estrema sintesi, è possibile delineare in cinque punti cardine i tratti essenziali di questo progetto di riforma che si concentra prevalentemente sul potere giudiziario, modificandone radicalmente la struttura organica, le modalità di esercizio, il sistema di controllo. Il d.d.l. governativo prevede infatti: 1) la netta divisione delle carriere giudicante e requirente; 2) la corrispondente istituzione di un doppio, separato e autonomo organismo di autogoverno; 3) l'istituzione della Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente; 4) il ridimensionamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale; 5) l'introduzione nella Carta costituzionale della responsabilità civile per i magistrati.

Il nuovo assetto che si intende conferire all'esercizio del potere giurisdizionale emerge già dai correttivi che l'art. 2 d.d.l. cost. apporta alle rubriche che figurano nel Titolo IV della Parte seconda della Costituzione. *In primis*, per sottolineare il generale intento di incidere radicalmente sul sistema, l'attuale intitolazione «La magistratura» è sostituita con «La Giustizia». Al tempo stesso, per evidenziare la separazione degli organi della magistratura giudicate e requirente, dunque la scissione all'interno dell'ordinamento giu-

diziario, la Sezione I del medesimo Titolo viene rubricata non più «Ordinamento giurisdizionale», bensì «Gli organi». Meno incisiva, invece, l'ultima modifica apportata alla rubrica della Sezione II che da «Norme sulla giurisdizione» diventerebbe, in termini più sintetici, «La giurisdizione».

Sul terreno dei contenuti, il primo punto caratterizzante la riforma della giustizia emerge all'art. 5 del d.d.l., che riformula completamente l'art. 104 Cost., prevedendo anzitutto che «i magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri». La riforma contempla la netta separazione, oltre che dei ruoli, anche delle carriere giudicante e requirente, delegando il legislatore a garantire tale principio attraverso una disciplina *ad hoc*, che dovrebbe riguardare la formazione, il reclutamento e la progressione professionale. L'obiettivo è chiaramente quello di garantire, da una parte, la terzietà del giudice nell'esercizio delle proprie funzioni, seriamente compromessa dalla comune appartenenza al medesimo ordine dell'organo dell'accusa; dall'altra, salvaguardare, al tempo stesso, la parità delle armi tra accusa e difesa, quale valore cardine del sistema accusatorio. Resta ferma l'autonomia e l'indipendenza dell'ufficio del pubblico ministero, organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario.

Strettamente connessa con la separazione degli ordini giudicante e requirente è la riformulazione dell'art. 101, comma 2, Cost., nel quale viene integrata la parte iniziale con l'aggiunta del principio di autonomia e indi-

pendenza della magistratura giudicante rispetto agli altri poteri dello Stato. Tale versione non rappresenta una novità assoluta e costituisce piuttosto la trasposizione del principio attualmente riferito a tutta la magistratura, ai sensi dell'art. 104, comma 1, Cost., a sua volta modificato come appena illustrato. Resta inalterata la parte finale della norma, dove si prevede che i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 3 d.d.l. cost.).

Parimenti, per armonizzare il sistema, ben si comprende la conseguente modifica apportata dall'art. 4 d.d.l. cost. all'art. 102, comma 1, Cost., nella parte in cui elimina il riferimento unitario all'esercizio della «funzione giurisdizionale», assegnata indistintamente ai «magistrati», per riconoscere tale attribuzione esclusivamente ai «giudici ordinari», la cui istituzione e disciplina resta affidata alle norme sull'ordinamento giudiziario. Si segnala, inoltre, la non casuale cancellazione, dalla parte iniziale dell'art. 102 Cost., del richiamo alla «funzione» giurisdizionale, per lasciare spazio esclusivamente alla «giurisdizione» e rimarcare così la scelta di superare il principio della separazione delle funzioni, per affermare quello della separazione dei ruoli e delle carriere.

Il secondo punto intorno al quale ruota il d.d.l. governativo riguarda l'istituzione di un doppio organo di autogoverno rispettivamente afferente alla magistratura giudicante e a quella requirente che, in entrambi i casi, resterebbe presieduto dal Presidente della Repubblica, così come si evince dalla modifica apportata dall'art. 1 d.d.l. cost. all'art. 87, comma 10, Cost.

L'istituzione e la composizione del Consiglio superiore della magistratura giudicante e di quella requirente sono disciplinate, in termini paralleli, dagli artt. 6 e 7 d.d.l. cost., che introducono rispettivamente gli artt. 104-*bis* e 104-*ter* Cost. Per quanto concerne, in particolare, la composizione del Consiglio

superiore della magistratura giudicante, ne fa parte di diritto il primo presidente della Corte di cassazione, in continuità con quanto è attualmente previsto dall'art. 104, comma 3, Cost. Una novità si ravvisa nella percentuale, ridotta alla metà rispetto agli attuali due terzi, dei membri eletti «da tutti i giudici ordinari tra gli appartenenti alla medesima categoria previo sorteggio degli eleggibili» (art. 6 d.d.l. cost. che introduce l'art. 104-*bis*, comma 3, Cost.). L'altra metà dei componenti è eletta «dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio» (*ibidem*); questi soggetti attualmente rappresentano solo un terzo dei membri dell'organo di autogoverno della magistratura. Restano immutati i requisiti richiesti ai consiglieri laici, secondo il vigente art. 104, comma 4, Cost., così come si mantiene inalterata la regolamentazione riguardante la nomina del vice presidente del Consiglio superiore della magistratura giudicante, il quale va eletto dallo stesso Consiglio fra i componenti designati dal Parlamento (art. 104-*bis*, comma 4, Cost. corrispondente all'attuale art. 104, comma 5, Cost.). Fermo restando che i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, viene affermata per la prima volta un'assoluta non rieleggibilità, finora circoscritta al mandato immediatamente successivo (art. 104-*bis*, comma 5, Cost., solo in parte conforme al vigente art. 104, comma 6, Cost.). Risulta altresì ampliato il novero delle ipotesi di incompatibilità con la carica di membro del Consiglio superiore della magistratura giudicante e, rispettivamente, requirente, che riguarda gli iscritti negli albi professionali, i membri del Parlamento o di un Consiglio regionale, cui si aggiungono i consiglieri provinciali o comunali (art. 104-*bis*, comma 6, Cost. nella prima parte identico all'attuale art. 104, comma 7, Cost.).

Le stesse regole riguardano la composizione del Consiglio superiore della magistratura requirente, con due uniche differenze: la prima relativa al membro che vi prende parte di diritto, individuato nella persona del procuratore generale presso la Corte di cassazione; la seconda concernente i membri, che vengono «eletti per metà da tutti i pubblici ministeri tra gli appartenenti alla medesima categoria previo sorteggio degli eleggibili» (art. 7 d.d.l. cost. che introduce l'art. 104-ter, comma 3, Cost.).

Il progetto di riforma prevede anche una parziale riformulazione dell'attuale art. 105 Cost., anzitutto con riferimento alle funzioni svolte dal doppio organo di autogoverno della magistratura, che vengono distinte tra Consiglio superiore della magistratura giudicante e requirente, in base alle norme dell'ordinamento giudiziario. Sul piano dei contenuti, le competenze restano inalterate per quel che concerne «le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti e le promozioni nei riguardi dei giudici ordinari e dei pubblici ministeri» (art. 8 d.d.l. cost.), mentre scompare, rispetto all'attuale art. 105 Cost., la menzione dei «provvedimenti disciplinari». Quest'ultima modifica si giustifica con la scelta di istituire un nuovo organismo al quale è attribuita la competenza esclusiva sui procedimenti disciplinari riguardanti tutti i magistrati.

Rappresenta una novità assoluta l'introduzione dell'art. 105, comma 2, Cost., a opera dell'art. 8 d.d.l. cost., che in termini perentori vieta ai Consigli superiori di «adottare atti di indirizzo politico ... [ed] esercitare funzioni diverse da quelle previste nella Costituzione». La norma rivela l'esigenza di inibire espressamente ai magistrati l'esercizio di una funzione che – per definizione – non appartiene al potere giudiziario: l'obiettivo appare chiaramente quello di evitare qualsiasi ingerenza e quindi possibile conflitto, che può derivare da un abuso di potere.

Per completezza, si segnala che, in prospettiva di una netta scissione dell'organo di autogoverno della magistratura, il disegno di riforma prevede che siano i Consigli superiori della magistratura giudicante e requirente ad assumere le decisioni riguardanti gli ordini di servizio o i trasferimenti dei magistrati appartenenti alle rispettive categorie. Fermo restando il principio d'inamovibilità dei magistrati, si precisa, inoltre, che il loro trasferimento è ammesso solo per esigenze eccezionali, riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, demandando al legislatore l'individuazione dei casi tassativi (art. 11 d.d.l. cost. che modifica l'attuale art. 107 Cost.).

Terzo punto essenziale del d.d.l. governativo è l'istituzione della Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente, quale unico organo, autonomo e indipendente, deputato a giudicare sui procedimenti disciplinari relativi ai magistrati (art. 9 d.d.l. cost., che introduce l'art. 105-bis Cost.). Detta Corte si compone di due separate sezioni, una per i giudici e un'altra per i pubblici ministeri, i cui componenti vengono eletti per metà dal Parlamento in seduta comune e per l'altra metà dai rispettivi ordini di appartenenza dei magistrati. I membri della Corte di disciplina eletti dal Parlamento sono selezionati tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati con quindici anni di esperienza professionale, mentre quelli eletti dai magistrati sono scelti, previo sorteggio degli eleggibili, dalle rispettive categorie. Sia il presidente della Corte di disciplina sia i vice presidenti di ciascuna sezione vengono eletti tra i componenti designati dal Parlamento. Il mandato dura quattro anni e i membri di detta Corte non sono rieleggibili. È prevista, inoltre, per i membri della Corte di disciplina, finché sono in carica, l'incompatibilità con l'iscrizione ad albi professionali e la titolarità di pubblici uffici. Quanto alle

regole da applicare al procedimento disciplinare si rinvia ai principi del giusto processo, precisando, peraltro, che i provvedimenti adottati dalla stessa Corte sono suscettibili di ricorso in Cassazione per motivi di legittimità.

Quarto punto cardine del progetto di riforma della giustizia è la riformulazione dell'art 112 Cost. a opera dell'art. 15 d.d.l. cost., attribuendo all'«ufficio» del pubblico ministero l'obbligo di esercitare l'azione penale «secondo i criteri stabiliti dalla legge». Si tratta di un vero e proprio ridimensionamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che denota l'acquisita consapevolezza dell'impossibilità oggettiva di garantire l'effettività di tale principio nella realtà applicativa, come pure l'esigenza di far fronte all'attuale cosiddetto processo di «personalizzazione delle funzioni» del pubblico ministero. Paradossalmente, finora si è assistito a una costante violazione non solo del suddetto principio, praticamente impossibile da osservare, ma anche dei valori dell'uguaglianza sostanziale e dell'imparzialità nell'esercizio del potere giurisdizionale, a supporto dei quali esso opera. La scelta manifestata dal legislatore della riforma è quella di conservare l'obbligatorietà dell'azione penale, così da salvaguardare anche il principio di legalità, e al contempo demandare al Parlamento la definizione dei criteri di priorità riguardanti i fatti penalmente rilevanti da perseguire, così che gli uffici delle procure vengano indirizzati da scelte comunemente accolte e concordate, scongiurando politiche criminali di natura inevitabilmente discrezionale, oltre che potenzialmente differenziate nell'ambito del territorio nazionale. Si aggiunga che tale orientamento favorirebbe anche il controllo democratico e l'adeguamento dello Stato italiano alle scelte di politica criminale a livello europeo, attualmente impedito dal principio della «obbligatorietà

dell'azione penale» che rimette esclusivamente agli uffici del pubblico ministero ogni decisione in materia di iniziativa penale.

Strettamente collegata a tale prospettiva di riforma è la scelta di ampliare il potere di vigilanza e di verifica da parte del Ministro della Giustizia, al quale – lasciando immutate le competenze dei Consigli superiori della magistratura giudicante e requirente – viene espressamente attribuita una «funzione ispettiva», che si aggiunge a quelle sinora previste in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Il dovere di verifica in capo al Ministro della giustizia prende forma, invece, in un inedito obbligo di riferire annualmente alle Camere «sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine» (art. 13 d.d.l. cost. che amplia l'attuale art. 110 Cost.). È evidente il coordinamento tra il Parlamento (chiamato a stabilire le priorità nell'esercizio dell'azione penale), l'ufficio della procura (tenuto ad osservare dette priorità, in quanto unico organo titolare dell'azione penale) e il Ministro della giustizia (obbligato a verificare che le scelte del Parlamento siano state seguite, e quindi, con la responsabilità di riferire alle Camere sull'andamento dell'intero sistema giustizia). Lo schema adottato sembra rispondere all'esigenza di garantire la divisione dei ruoli, l'equilibrio dei poteri in gioco, il controllo democratico delle politiche criminali.

In tema di organizzazione del «sistema giustizia», e coerentemente con la scelta della separazione dei ruoli e delle carriere giudicanti e requirente, il disegno di riforma attribuisce espressamente al giudice e al pubblico ministero il potere di disporre della polizia giudiziaria: per rimarcare la natura funzionale di tale dipendenza, viene cancellato l'avverbio «direttamente» che al momento qualifica le modalità del potere dispositivo, rimettendo al legislatore la definizione di

queste ultime (art. 12 d.d.l., che modifica l'attuale art. 109 Cost.).

L'ultimo punto caratterizzante il disegno di riforma costituzionale attiene alla «Responsabilità dei magistrati», alla quale è intitolata la «Sezione II-bis», inserita nel Titolo IV della Parte seconda della Costituzione. Per la prima volta viene qui introdotto il principio in base al quale i magistrati rispondono direttamente per gli «atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato» (art. 16 d.d.l. cost.). In particolare, nel d.d.l. vengono delineati i termini della responsabilità civile dei magistrati «per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale» (*ibidem*), delegando il legislatore a costruire una disciplina *ad hoc*. Da ultimo, si precisa che la responsabilità civile dei magistrati si estende, in termini sussidiari, allo Stato.

Se quello finora descritto appare un d.d.l. costituzionale sicuramente ardito, ma guidato comunque da una coerenza interna nelle scelte di principio e uniformità nei settori di intervento, è difficile collocare nel medesimo schema logico un altro tema sul quale pure

la riforma intende incidere: la disciplina delle impugnazioni delle sentenze penali. Ai sensi dell'art. 14 d.d.l. cost. si ampliano le regole del giusto processo, introducendo nell'art. 111 Cost. il principio in base al quale l'appello è sempre ammesso avverso le sentenze di condanna, salvo eccezioni previste dalla legge «in relazione alla natura del reato, delle pene e della decisione», mentre l'appello è inibito contro le sentenze di proscioglimento, a eccezione dei casi previsti dalla legge. Si tratta, ancora una volta, di una regola di diritto processuale penale che assurge a rango costituzionale per superare qualsiasi vizio di illegittimità, già sperimentato in passato (cfr. art. 1 l. 20 febbraio 2006, n. 46 «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*», successivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo da C. cost., sent. 6 febbraio 2007, n. 26).

Per concludere, si precisa che i principi contenuti nel d.d.l. governativo in esame non sono applicabili ai procedimenti penali pendenti quando la normativa entrerà in vigore (art. 17 d.d.l. cost.).

Corti europee / European Courts

ALESSIO SCARCELLA

Prima di analizzare le più recenti decisioni della Corte e.d.u. che presentano i riflessi processuali significativi, merita in via preliminare di essere segnalato il contributo giurisprudenziale offerto dalla Suprema Corte di cassazione, costituito dalla utile Rassegna annuale degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo (anno 2010), già pubblicata sull'aggiornamento *on-line* degli Scenari.

La Rassegna, come di consueto, dà atto delle numerose decisioni intervenute nell'anno trascorso e che hanno interessato sia il nostro Paese che gli altri Stati condotti al giudizio della Corte di Strasburgo.

Non essendo questa la sede per l'illustrazione dei casi oggetto della Rassegna, nel rimandare a una più attenta lettura della stessa per gli approfondimenti del caso, è sufficiente segnalare le sole decisioni che hanno interessato l'Italia per violazioni attinenti, in via riflessa, alla legge processuale. Si tratta, nella maggioranza dei casi, di presunte violazioni all'art. 6 (diritto a un processo equo in tempi ragionevoli), sia per quanto concerne la violazione del § 1 (1) Corte e.d.u., 30 marzo 2010, *Req. n. 25000/07, M. c. Italia*, riguardante il ruolo della parte offesa in caso di patteggiamento in sede di udienza preliminare; 2) Corte e.d.u., 5 gennaio 2010, *Req. n. 4514/07, B. e altri c. Italia*, e 3) Corte e.d.u., 2 febbraio 2010, *Req. n. 30506/07, L. c. Italia*, entrambe in tema di pubblicità dell'udienza nel procedimento di applicazione delle misure di prevenzione; 4) Corte e.d.u., 12 gennaio

2010, *Req. n. 24421/03, M. c. Italia*, e 5) Corte e.d.u., 16 febbraio 2010, *Req. n. 16436/02, B. c. Italia*, ambedue riguardanti ricorsi promossi davanti alle autorità giudiziarie avverso i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 41-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354 «*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*»; 6) Corte e.d.u., 23 marzo 2010, *Req. n. 36586/08, S. c. Italia*, riguardante un caso di irragionevole ritardo nell'avvio del procedimento penale per crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale; 7) Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *Req. n. 231/07, O. c. Italia*, di particolare interesse, in quanto ha dichiarato la violazione del diritto a un equo processo sotto il profilo del diritto di esaminare o far esaminare in contraddittorio il testimone a carico dell'imputato concernente, in una fattispecie nella quale le dichiarazioni testimoniali erano state rese nel corso delle indagini preliminari ma con impossibilità di ripeterle in dibattimento per irreperibilità del teste, cui però era seguita condanna fondata sulla base delle dichiarazioni dell'unico testimone a carico dell'imputato), sia per quanto concerne la violazione del § 3 (1) Corte e.d.u., 23 marzo 2010, *Req. n. 36586/08, S. c. Italia*, riguardante l'impossibilità di provare la propria innocenza a causa del passaggio del tempo in un procedimento penale per crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale; 2) Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *Req. n. 38532/02, U. c. Italia*, relativa invece all'impossibilità di in-

terrogare un testimone a carico sentito per rogatoria internazionale).

Ulteriori decisioni, poi, hanno interessato la presunta violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare, con particolare riferimento a un caso di controllo sulla corrispondenza dei detenuti in regime di applicazione dell'art. 41-bis: Corte e.d.u., 19 gennaio 2010, *Req.* n. 24950/06, *M. c. Italia*), dell'art. 14 (divieto di discriminazione, in relazione ad un caso particolare nel quale l'amnistia era stata ritenuta applicabile ai soli cittadini: Corte e.d.u., 23 marzo 2010, *Req.* n. 36586/08, *S. c. Italia*) e dell'art. 2 del Protocollo addizionale n. 4 (libertà di circolazione, in particolare in un caso di ritardo nell'adozione e nell'esecuzione della decisione di revoca della libertà vigilata: Corte e.d.u., 20 aprile 2010, *Req.* n. 19675/06, *V. c. Italia*).

Passando a esaminare le decisioni emesse nell'ultimo bimestre, merita anzitutto segnalazione la sentenza datata 27 gennaio 2011, *Req.* n. 42224/02, *K. c. Russia*.

Il caso si presenta doppiamente interessante (e fornito di potenziale rilievo per l'ordinamento italiano) con riferimento al canone di terzietà del giudice e al principio di oralità.

Il ricorrente K. aveva denunciato anzitutto la violazione del canone di cui all'art. 6 § 1: egli sarebbe stato giudicato da un Tribunale non imparziale a cagione dell'assenza del magistrato dell'accusa durante tutto il processo di prime cure.

La Corte ha ritenuto che il tribunale russo, nel consentire l'assenza del pubblico ministero, non ha garantito la natura *adversary* del procedimento e ha provocato un'inevitabile confusione nei ruoli dell'accusatore e del giudice, foss'anche solo nell'apparenza esterna della situazione.

Il ricorrente aveva, altresì, denunciato la

violazione dell'art. 6 § 3, per essere stato condannato sulla base di dichiarazioni raccolte durante le indagini preliminari e non reiterate dinanzi al giudice a causa delle difficoltà riscontrate nell'ottenere la presenza di testimoni residenti all'estero o comunque non agevolmente reperibili.

La Corte ha ritenuto inaccettabile la tesi del governo russo secondo cui gli sforzi in termini di tempo, volti a garantire la presenza dei testimoni in udienza, sarebbero stati in aperto contrasto con il principio di ragionevole durata del processo e, in particolare, con l'interesse a una celere soluzione dei processi penali; ha, poi, ribadito come sia compito precipuo dello Stato provvedere a un'organizzazione del proprio sistema giudiziario che consenta ai suoi tribunali di conformarsi alle prescrizioni della Convenzione.

Sul punto, richiamando la giurisprudenza della Corte e.d.u., è sufficiente ricordare come secondo la Corte di Strasburgo sia di fondamentale importanza in una società democratica che i tribunali ispirino fiducia nel pubblico e, soprattutto, nell'imputato, per quanto riguarda il procedimento penale (Corte e.d.u., 26 febbraio 1993, *Req.* n. 13396/87, *P. c. Italia*).

L'articolo 6 impone a un tribunale di essere imparziale: al fine di stabilire se un giudice può essere considerato "imparziale", due aspetti devono essere presi in considerazione: in primo luogo, un tribunale deve essere imparziale "soggettivamente", cioè, nessun componente del tribunale dovrebbe avere un pregiudizio personale o manifestare parzialità. L'imparzialità personale è presunta a meno che vi siano prove del contrario (Corte e.d.u., 23 giugno 1981, *Req.* n. 7299/75 e 7496/76, *L.C., V.L. e D.M. c. Belgio*). In secondo luogo, un tribunale deve essere imparziale dal punto di vista "oggettivo", vale a dire deve offrire garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio a questo riguardo.

Sotto l'aspetto oggettivo, occorre stabilire se, al di là dei comportamenti personali dei giudici, ci sono fatti dimostrabili idonei a sollevare dubbi sulla loro imparzialità: anche le apparenze possono essere di una certa importanza. Nel decidere se in un dato caso c'è un motivo legittimo per temere che vi sia una situazione di imparzialità, è certo importante il punto di vista di coloro che sostengono che non vi sia imparzialità; ciò che rileva, tuttavia, è accertare se tale timore di imparzialità può essere considerato oggettivamente giustificato (v., ad esempio: Corte e.d.u., 15 dicembre 2005, *Req. n. 73797/01, K. c. Cipro*).

Nel risolvere il caso in esame, peraltro, la Corte fa coerente applicazione dei principi affermati nella recente sentenza Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *Req. n. 64962/01, O. c. Russia*, in cui si evidenziava come in relazione all'articolo 6 § 1 e nel contesto dell'articolo 5 § 3 della Convenzione, [la Corte] avesse ritenuto come in effetti i dubbi sull'imparzialità possano essere obiettivamente fondati quando vi è una certa confusione tra le funzioni di pubblico ministero e giudice (v., per quanto riguarda l'articolo 6 § 1, *mutatis mutandis*, Corte e.d.u., 10 ottobre 2000, *Req. n. 42095/98, D. v. Lituania*, e, per quanto riguarda l'articolo 5 § 3, Corte e.d.u., 26 novembre 1992, *Req. n. 13867/88, B. c. Italia*; Corte e.d.u., 23 ottobre 1990, *Req. n. 12794/87, H. c. Svizzera* e Corte e.d.u., 28 ottobre 1998, *Req. n. 24760/94, A. e altri c. Bulgaria*). Alle stesse conclusioni è pervenuta a norma dell'articolo 6 § 1 nel caso *K. c. Cipro*, relativo a una fattispecie di oltraggio alla corte, in cui la decisione di esercitare l'azione penale e di svolgere un processo sommario risultava assunta dagli stessi giudici che, nel precedente processo, erano stati destinatari delle espressioni oltraggiose (Corte e.d.u., 15 dicembre 2005, *Req. n. 73797/01, K. c. Cipro*).

Nel caso in esame, in particolare, la Corte

di Strasburgo ha ritenuto, per quanto qui di interesse, che vi fosse stata la violazione dell'art. 6 § 1, sotto il profilo del diritto ad essere giudicato da un giudice imparziale, stante l'assenza del pubblico ministero nel giudizio di rinvio conseguente a revisione. Il caso, nella sua soluzione, presenta profili di similitudine ad altro, analogo, in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 6 § 1 a causa della mancanza del pubblico ministero nel corso dell'intero processo. In quel caso, osservò come il tribunale avesse cambiato le prove poste a fondamento della condanna del ricorrente. In particolare, il giudice di merito aveva assunto d'ufficio nuove prove a carico ed eliminato alcune che erano state presentate dal procuratore della Repubblica. La conclusione della Corte, in quel caso, era stata che, nell'esaminare il caso con siffatte modalità e nel condannare il ricorrente, il tribunale aveva prodotto confusione tra i ruoli inquirente e giudicante, rendendo quindi legittimi i dubbi circa la sua imparzialità (Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *Req. n. 64962/01, O. c. Russia*).

In materia di estradizione, rileva Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2011, *Req. n. 12343/10, D. c. Ucraina*.

Con il caso *D. c. Ucraina*, la Corte è tornata a ribadire canoni oramai piuttosto stabili nella sua giurisprudenza in materia di estradizione. Nella sentenza si legge che, laddove l'estradando abbia allegato il pericolo di subire torture o trattamenti disumani nel Paese di destinazione, al fine di valutare se risulti dimostrata l'esistenza di un rischio effettivo - e dunque di una violazione dell'art. 3 della Convenzione - occorre esaminare tanto la situazione generale nel Paese richiedente, quanto eventuali circostanze che riguardino la persona dell'estradando. Posta questa ge-

nerale premessa, nella fattispecie concreta la Corte ha verificato che, pur risultando provato che relazioni provenienti da fonti autonome come Amnesty International avevano manifestato persistenti preoccupazioni riguardo alla situazione dei diritti umani nel Paese richiedente (il Kazakistan), la situazione non risultava essere, però, tanto grave da esigere un divieto assoluto di estradizione verso quello Stato. Pertanto, la Corte, rivedendo le conclusioni accolte in relazione a precedenti casi di estradizione verso il Kazakistan (Corte e.d.u., 19 novembre 2009, *Req. n. 41015/04, K. c. Ucraina* e Corte e.d.u., 18 febbraio 2010, *Req. n. 54131/08, B. e altri c. Ucraina*), ha affermato che la situazione relativa alla tutela dei diritti umani in questo Paese non era tale da inibire *in toto* l'extradizione verso lo stesso. D'altra parte, il ricorrente D. ha allegato la sussistenza di un rischio individuale di maltrattamenti, senza fornire alcun elemento di prova idoneo a corroborare quella che è rimasta una mera affermazione. Donde, a parere della Corte, l'inesistenza di potenziali violazioni dell'art. 3 della Convenzione in caso di consegna del ricorrente al Kazakistan.

La decisione appare interessante nella prospettiva del giurista italiano, laddove si rifletta come ne emerga chiara la possibilità di impedire l'extradizione di un individuo a patto che si ottemperi a un preciso onere probatorio, consistente nella dimostrazione dell'esistenza di un rischio di maltrattamenti nel paese di destinazione; d'altra parte, prove di tal genere sono, per ovvi motivi, per lo più situate su territorio straniero, ovvero nel Paese richiedente e dunque ottenibili solo tramite rogatoria internazionale.

In sintesi, la sentenza D. c. Ucraina induce a riflettere, da un lato, sull'effettività del diritto di difesa e, in particolare, del diritto alla prova nel contesto del nostrano procedimento di estradizione, ma anche sui consistenti

limiti imposti a quei medesimi diritti dall'impossibilità, per la parte privata, di accedere allo strumento della rogatoria internazionale (v., per alcuni significativi precedenti giurisprudenziali: Corte e.d.u., 20 maggio 2010, *Req. n. 3990/06, K. c. Ucraina*; Corte e.d.u., 18 febbraio 2010, *Req. n. 51243/08, P. c. Ucraina*; 10 dicembre 2009, *Req. n. 43707/07, K. c. Ucraina*; 19 novembre 2009, *Req. n. 41015/04, K. c. Ucraina*; 23 ottobre 2008, *Req. n. 2440/07, S. c. Ucraina*; 7 giugno 2007, *Req. n. 38411/02, G. c. Russia*; 12 aprile 2005, *Req. n. 36378/02, S. e altri c. Georgia e Russia*; 11 maggio 2004, *Req. n. 49491/99, B. c. Russia*).

Interessanti e significative, infine, anche due decisioni emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a breve distanza l'una dall'altra.

Si tratta di due decisioni con cui la Corte ha avuto modo di affrontare nuovamente (e in modo approfondito, soprattutto nella prima, anche cronologicamente successiva), lo scottante tema dell'obbligo statale di garantire il diritto alla vita, di cui all'art. 2 Cedu, anche tramite indagini pronte ed efficaci nell'ipotesi di morte apparentemente derivante da reato: 1) Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 marzo 2011, *Req. n. 21454/04, M. c. Ucraina*; 2) Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2011, *Req. n. 33114/03, G. c. Bulgaria*.

Nella seconda, cronologicamente antecedente, il ricorso era stato proposto da tre cittadini bulgari, residenti in Bulgaria, rispettivamente la vedova e i figli di Y.G., trovato morto il 28 febbraio 1994 in un campo vicino al suo villaggio. Invocando l'articolo 2 (diritto alla vita), sostenevano che l'inchiesta penale sull'omicidio del loro prossimo congiunto non era stata sufficientemente efficace. La Corte ha riscontrato che vi era stata la violazione dell'articolo 2 (mancanza di un effetti-

vo accertamento), condannando lo stato bulgaro a versare la somma di € 12.000,00 ai ricorrenti.

Nella prima, invece, la ricorrente lamentava che le indagini per la morte di suo figlio erano state incomplete e il relativo processo eccessivamente lungo.

La Corte e.d.u. ha effettivamente condannato lo stato ucraino a risarcire alla donna i danni morali derivati dall'inefficienza degli inquirenti, un difetto che, secondo i giudici di Strasburgo, ha proiettato i suoi effetti negativi anche sulla fase giurisdizionale: è risultato provato, in effetti, che l'organo giudicante aveva dovuto disporre dapprima un supplemento di indagini, a cagione dei vuoti riscontrati nella prima fase investigativa, e aveva dovuto altresì ordinare una seconda perizia in dibattimento sulle cause della morte.

Per quanto, segnatamente, concerne la doglianza ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, la Corte ha ribadito che quando un individuo muore in conseguenza dell'uso della forza, le autorità nazionali, in base all'art. 2 della Convenzione, devono dar luogo a indagini ufficiali efficaci il cui *scopo essenziale (...) è quello di garantire l'effettiva attuazione delle leggi nazionali che proteggono il diritto alla vita* (Corte e.d.u., 19 febbraio 1998, *K. c. Turchia*, § 86, *Reports of Judgments and Decisions 1998-I*).

In particolare, secondo la Corte e.d.u., in capo allo Stato sussiste un *obbligo di mezzi* dal momento che deve adottare tutte le misure ragionevoli per assicurare le prove relative all'accaduto. Tale obbligo, tuttavia, non sarà adempiuto se la protezione offerta dal diritto interno esiste solo in teoria e se le autorità non operano immediatamente. Infatti, ad avviso dei giudici, una pronta risposta da parte delle autorità inquirenti può generalmente essere considerata essenziale per garantire la

fiducia dei consociati nello Stato di diritto e nel prevenire ogni forma di collusione o di tolleranza degli atti illeciti (Corte e.d.u., 8 novembre 2005, *Req. n. 34056/02, G. c. Ucraina*).

La Corte ha altresì evidenziato di aver ravvisato la violazione dell'art. 2 in presenza di ritardi eccessivi e nel caso di omessa diligenza da parte delle autorità nella conduzione del procedimento, indipendentemente dal loro risultato finale (Corte e.d.u., 9 aprile 2009, *Req. n. 71463/01, Š. c. Slovenia*; Corte e.d.u., 8 dicembre 2009, *Req. n. 22465/03, Š. e altri c. Romania*; Corte e.d.u., 28 luglio 2009, *Req. n. 30754/04, D. e altri c. Slovacchia*; Corte e.d.u., 20 ottobre 2009, *Req. n. 2712/02, A. e altri c. Romania*; Corte e.d.u., 24 marzo 2009, *Req. n. 11818/02, M. c. Polonia*).

Nell'applicare tali principi al caso in esame, la Corte, dopo aver osservato che il procedimento era durato circa tredici anni, ha rilevato la violazione dell'art. 2 per non essere state le indagini condotte diligentemente: le autorità, infatti, non avevano svolto attività sufficienti a individuare l'autore del reato che aveva vissuto in clandestinità per circa sei anni e sono stati registrati vari ritardi e rinvii nel procedimento giudiziario contro di lui.

È appena il caso di osservare come la sentenza *M. c. Ucraina* conferisca nuova e bruciante attualità al problema nostrano della completezza delle indagini: a onta del preciso e risalente *dictum* della Corte costituzionale (sentenza 9 maggio 2001, n. 115), è ben noto, infatti, che un numero statisticamente significativo di processi giunge a dibattimento sulla scorta di indagini decisamente lacunose, per non dire inesistenti, con conseguente violazione del principio di completezza dell'investigazione.

Corte costituzionale

ROSA MARIA GERACI

La Corte costituzionale (ordinanza 25 marzo 2011, n. 104) dichiara ammissibile, *ex art. 37*, l. 11 marzo 1953, n. 87 («*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*»), il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto dal Senato della Repubblica nei confronti del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli e del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Napoli.

Con ricorso depositato il 21 dicembre 2010, il Senato della Repubblica solleva un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti dei predetti organi giudiziari, chiedendo ai giudici della Consulta di dichiarare che non spettava ai citati procuratori «*esperire indagini a carico dell'on. Mario Clemente Mastella, ministro all'epoca dei fatti contestati, omettendo di trasmettere, ai sensi dell'art. 6 della legge costituzionale n. 1 del 1989 «Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione*», gli atti al Collegio per i reati ministeriali di cui al successivo art. 7», né, tantomeno, competeva al suddetto g.u.p. rigettare con l'ordinanza del 20 ottobre 2010 l'eccezione di incompetenza funzionale del Tribunale di Napoli a giudicare il guardasigilli, ritenendo i reati contestati, per quanto temporalmente riferibili al periodo in cui questi ricopriva l'incarico governativo, «*in nulla [...] collegabili all'eser-*

cizio di quelle funzioni», disponendo, quindi, di «*procedere oltre*» con il rito ordinario.

Secondo il ricorrente, in tal modo sarebbero state menomate le prerogative attribuite al Senato dall'art. 96 Cost., norma che, pur dopo la riforma del 1989, postula comunque l'esigenza di «*coinvolgere in ogni caso la Camera competente, ove sia avviato un procedimento penale a carico di un ministro*», pretendendo, altresì, la trasmissione degli atti, *ex art. 6, l. n. 1 del 1989*, al tribunale dei ministri, «*unico organo giudiziario legittimato a indagare sulla notizia di reato addebitata al Ministro*», qualificandone la natura, ministeriale o comune.

Ciò che, invece, nel caso di specie non è avvenuto: «*il Senato, ignaro della pendenza del procedimento, sarebbe stato "posto nella condizione inammissibile di dovere ricercare altrimenti le informazioni necessarie all'esercizio dei suoi poteri di prerogativa"*, dapprima attivando il Ministro della Giustizia *pro tempore* [...] affinché acquisisse ogni elemento conoscitivo utile; in seguito, [...], richiedendo la trasmissione degli atti direttamente al presidente del Tribunale di Napoli».

Di qui la menomazione, determinata dalla condotta omissiva degli organi giudiziari predetti, della sfera di attribuzioni direttamente conferite al Senato della Repubblica dalla Costituzione e dalla l. cost. n. 1 del 1989, con conseguente integrazione del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Tale conflitto è reputato ammissibile, *ex art. 37, l. n. 87 del 1953*, dalla Corte costitu-

zionale, la quale tuttavia precisa che «in questa fase del giudizio», ai sensi dei commi 3 e 4 della disposizione citata, essa «è chiamata a delibare senza contraddittorio in ordine all'ammissibilità del conflitto di attribuzione, sotto il profilo della sussistenza della "materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza", restando impregiudicata ogni ulteriore e diversa valutazione, anche in punto di ammissibilità».

In particolare, quanto alla sussistenza dei requisiti soggettivi, la Corte osserva che «il Senato della Repubblica è legittimato a sollevare conflitto, al fine di difendere le attribuzioni che gli spettano ai sensi dell'art. 96 Cost. (C. cost., sent. 24 luglio 2009, n. 241 e C. cost., sent. 23 novembre 1994, n. 403; C. cost., ord. 11 giugno 2010, n. 211; C. cost., ord. 22 gennaio 2008, n. 8; C. Cost., ord. 2 giugno 1994, n. 217)»; che la legittimazione a resistere va riconosciuta «al Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Napoli, in quanto organo competente a dichiarare definitivamente, nel procedimento di cui è investito, la volontà del potere cui appartiene, in ragione dell'esercizio di funzioni giurisdizionali svolte in posizione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita (da ultimo, C. cost., ord. 11 giugno 2010, n. 211)»; che «parimenti, sono legittimati a resistere nel conflitto i procuratori della Repubblica presso i Tribunali di Santa Maria Capua Vetere e di Napoli, in quanto direttamente investiti delle funzioni previste dall'art. 112 Cost. e dunque gravati dall'obbligo non solo di esercitare l'azione penale, ma anche di svolgere le attività di indagine a questa finalizzate (C. cost., ord. 23 giugno 2008, n. 276; C. cost., ord. 24 febbraio 2006, n. 73; C. cost., ord. 25 ottobre 2005, n. 404)».

In ordine, invece, alla sussistenza dei presupposti oggettivi, la Consulta afferma che «il ricorso è indirizzato a garanzia di una sfera di attribuzioni costituzionali, desumibi-

li, secondo la prospettazione del Senato della Repubblica, dall'art. 96 Cost. e dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1».

* * *

La Corte costituzionale (sentenza 11 marzo 2011, n. 80) dichiara inammissibile la questione di legittimità dell'art. 4, l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter, l. 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera), nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento davanti al tribunale e alla corte d'appello in materia di applicazione di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica; dichiara altresì non fondata la questione di legittimità delle medesime disposizioni laddove non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica.

Con ordinanza del 12 novembre 2009, la seconda sezione penale della Corte di cassazione solleva, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., questione di legittimità costituzionale delle disposizioni *de quibus*: richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6, par. 1 Cedu (sentenza 13 novembre 2007, *B. e R. c. Italia*; sentenza 8 luglio 2008, *P. e altri c. Italia*), i giudici di legittimità osservano come la pubblicità delle procedure giudiziarie assolve alla specifica funzione di «tutela[re] le persone soggette a una giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico», costituendo «uno dei mezzi idonei per preservare la fiducia nei giudici, concorrendo all'attuazione dell'equo processo». Possono ammettersi talora deroghe al principio in esame in ragione delle peculiari-

tà della causa, ma non può giustificarsi che «una procedura si svolg[a] a porte chiuse in virtù di una norma generale e assoluta, senza che la persona soggetta a giurisdizione abbia la possibilità di sollecitare una pubblica udienza»: ciò che, appunto, avviene nel caso del procedimento di applicazione delle misure di prevenzione, che non può dunque ritenersi conforme alla disposizione sovranazionale menzionata.

La Corte costituzionale, nel decidere le questioni sottoposte al suo vaglio, scinde le doglianze presentate.

Quanto al difetto di pubblicità delle udienze di prevenzione nei gradi di merito, dichiara la questione «inammissibile per sopravvenuta mancanza di oggetto», essendo il denunciato vizio già stato rimosso dall'ordinamento con la declaratoria di illegittimità costituzionale n. 93 del 2010.

Quanto, invece, alla preclusione dello svolgimento in forma pubblica del procedimento di prevenzione innanzi alla Corte di cassazione - questione non esaminata dalla sentenza *testé* citata - la stessa viene reputata non fondata: il principio affermato dalle decisioni della Corte di Strasburgo richiamate dal ricorrente è da intendersi, infatti, come riferito in via esclusiva ai giudizi nei gradi di merito, risultando «la mancata menzione del giudizio di legittimità [...] particolarmente significativa [...] nel senso di assumere una valenza *ad escludendum*».

Non solo; la propugnata «soluzione limitativa [...] riflette [...] il generale orientamento della Corte europea», secondo cui «i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione»: «La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo

svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza [...] si apprezza, difatti, [...], in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

Conseguentemente - conclude la Corte - appare «sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla Cedu», l'avvenuta introduzione del principio di pubblicità nelle udienze di prevenzione nei gradi di merito in virtù della ricordata sentenza C. cost., 12 marzo 2010, n. 93, «senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione».

Al di là delle statuizioni sulle specifiche questioni oggetto di censura, la decisione in esame si segnala per affermazioni assai significative in tema di rango delle disposizioni Cedu nella gerarchia delle fonti del diritto.

Nel sollevare la questione di costituzionalità alla luce del parametro costituzionale citato, la Corte di cassazione pone l'accento sull'indirizzo interpretativo inaugurato dalla Consulta con le «sentenze gemelle» 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349 del, ribadendo come «le norme della Cedu, nella interpretazione offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone al legislatore il rispetto degli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale»: conseguentemente, «spetta al giudice comune interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti in cui ciò sia consentito dal dato testuale»; qualora ciò non sia possibile - come avviene nel caso considerato - non resta che «prendere atto dell'in-

compatibilità delle norme censurate con l'art. 117, primo comma, Cost.», investendo della relativa questione di legittimità il Giudice delle leggi.

Tali considerazioni sono riprese e superate dal ricorrente nel giudizio *a quo*, costituitosi nel giudizio di legittimità costituzionale, il quale evidenzia il rilevante elemento di novità rappresentato dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, avvenuta il 1 dicembre del 2009.

Questo, infatti, avrebbe impresso un diverso assetto alla gerarchia delle fonti del diritto, rendendo «non più attuale la concezione delle “norme interposte”». La modifica dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea – che nel testo attualmente vigente, ai § 2 e 3, prevede che «l'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e che «i diritti fondamentali» garantiti da tale Convenzione «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» – avrebbe determinato la riconduzione delle disposizioni della Cedu «all'interno delle fonti dell'Unione», di cui sarebbero divenute parte integrante; con la conseguenza che «il giudice comune sarebbe tenuto [...] a disapplicare qualsiasi norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla Cedu, in base al principio, fondato sull'art. 11 Cost., secondo cui “le norme di diritto comunitario sono direttamente operanti nell'ordinamento interno”», senza dover attivare il sindacato di costituzionalità.

Nel disattendere la tesi prospettata dalla parte privata, la Consulta svolge delle considerazioni particolarmente rilevanti, che sembrano limitare la valenza della declaratoria stessa allo stato attuale delle cose, restando invece impregiudicata una eventuale diversa soluzione futura.

I Giudici costituzionali osservano, infatti, che «nessun argomento» a favore della tesi

del ricorrente «può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta»: «la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata». Né un argomento in senso contrario può essere ricavato dalla modifica apportata al § 3 del medesimo art. 6: la sostituzione della locuzione «rispetta» di cui al precedente testo con l'espressione «fanno parte», non è tale da intaccare la validità delle conclusioni antecedentemente raggiunte; «già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia – che la statuizione in esame è volta a recepire – era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla Cedu e dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, facessero “parte integrante” dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto»; di conseguenza, resta quindi «tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale».

In conclusione, dunque, si deve «escludere che, in una fattispecie quale quella del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con l'art. 6, paragrafo 1, della Cedu», restando, al contrario, pienamente attuali i principi al riguardo affermati dalla Corte a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e reiteratamente ribaditi anche con pronunce successive all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenze C. cost., 5 gennaio 2011, n. 1; C. cost., 4 giugno 2010, n. 196; C. cost., 28 maggio 2010,

n. 187; C. cost., 15 aprile 2010, n. 138; C. cost., 12 marzo 2010, n. 93).

Si tratta di affermazioni impegnative che, nel momento stesso in cui rinviano quanto all'identificazione degli effetti del rinnovato art. 6, § 2 del Trattato, alle «specifiche modalità con cui l'adesione stessa» dell'Unione europea alla Cedu «verrà realizzata», non escludono la possibilità di una futura diversa soluzione quanto al rango della Convenzione nella gerarchia delle fonti del diritto, con le relative conseguenze in punto di atteggiamento del giudice nazionale in caso di contrasto della normativa domestica con quella sovranazionale: mera legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità *ex art. 117, comma 1, Cost.* (aderendo alla concezione delle cd. "norme interposte"), ovvero potestà di "disapplicazione" della disciplina interna non conforme (propendendo per la tesi della "comunitarizzazione").

In ogni caso, la decisione della Corte costituzionale costituisce allo stato una smentita di quell'indirizzo ermeneutico favorevole a questa seconda esegesi già emerso nell'ambito della giurisprudenza amministrativa: il Consiglio di Stato (sez. IV, sent. 19 gennaio 2010, n. 1220, *Guida dir.*, 2010, 14, 88 ss., con nota di Colavitti - Pagotto, *La diretta applicazione del Trattato di Lisbona garantisce la tutela effettiva del ricorrente*), si era già espresso nel senso che i principi della Cedu fossero ormai «divenuti direttamente applicabili nel siste-

ma nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona»; sulla stessa linea interpretativa, si era collocato anche il T.A.R. del Lazio (sez. II *bis*, 18 maggio 2010, n. 11984, www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui la gerarchia delle fonti delineata dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 «appare destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore [...] del Trattato di Lisbona»: «l'adesione dell'Unione alla Cedu, con la modifica dell'art. 6 del Trattato» comporta, infatti, il «riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla Cedu come principi interni al diritto dell'Unione», con «immediate conseguenze di assoluto rilievo» poiché «le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno».

Sezioni Unite

ALESSANDRO DIDDI

Due le questioni affrontate dalle Sezioni Unite con sentenza 1° marzo 2011, n. 7391.

La prima concerne la sussistenza dell'interesse di cui all'art. 598 c.p.p., nel caso in cui, nelle more dell'impugnazione, la misura cautelare per qualunque motivo abbia perso efficacia. Come noto, infatti, secondo la giurisprudenza dello stesso organo, l'interesse dell'indagato a una pronuncia sul merito del ricorso attinente alla legittimità della custodia cautelare, nel caso in cui la stessa non sia più in atto, sussiste solo in quanto la pronuncia inoppugnabile di annullamento possa costituire titolo idoneo a fondare la futura domanda dell'indagato di riparazione per ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.). Proprio in forza di tale collegamento tra interesse e domanda risarcitoria, la permanenza del requisito di ammissibilità dell'impugnazione è subordinata al fatto che con il ricorso siano state dedotte l'insussistenza delle condizioni di applicazione genetica o speciali delle misure (artt. 273 e 280 c.p.p.), con esclusione, dunque, delle esigenze cautelari (così, Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 7; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795).

La sentenza annotata, pur non discostandosi da tale principio, ne limita la portata osservando come l'interesse dell'indagato alla decisione sulla impugnazione al fine di preconstituirsì il titolo in funzione di una futura richiesta di un'equa riparazione per l'ingiusta detenzione, non possa essere presunto sempre e comunque, dovendo esso essere

oggetto di una specifica e motivata deduzione, idonea a evidenziare in termini concreti il pregiudizio che deriverebbe dalla omissione della pronuncia medesima.

Come tale specifico onere di deduzione si debba realizzare in concreto non è ben chiaro dalla motivazione, soprattutto se si tiene conto che, in genere, essendo la misura ancora in atto al momento della presentazione dell'impugnazione, l'interesse è sussistente e che, dunque, nessun particolare onere di motivazione è richiesto nella predisposizione dell'atto di impugnazione. Probabilmente, per adempiere a quanto richiesto dall'art. 598 c.p.p., portando alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte, occorre una successiva dichiarazione con la quale si espliciti la volontà di attivare il meccanismo riparatorio. In pratica, poiché, secondo la sentenza annotata, la domanda di riparazione è atto riservato personalmente alla parte, tale onere potrà essere soddisfatto con una dichiarazione, scritta e proveniente dal ricorrente, dell'intenzione della futura presentazione della domanda riparatoria. Per quanto la conclusione rassegnata dalla corte possa sembrare in linea di massima coerente con il sistema, l'utilità pratica di tale onere, che in sostanza si risolve in un mero adempimento burocratico del tutto non impegnativo, è tuttavia assai poco percettibile.

Di assai maggior pregnanza la seconda questione risolta che concerne il problema se

il pubblico ministero, in seguito all'annullamento da parte del tribunale della libertà di un provvedimento applicativo della custodia cautelare e nelle more del ricorso promosso avverso la ordinanza di scarcerazione, possa richiedere la reiterazione del titolo nei confronti dello stesso soggetto e per i medesimi fatti sulla base, ovviamente, di nuovi elementi.

Il quesito si fonda sul fatto che, sebbene Cass., sez. II, 16 dicembre 2004, n. 6798, avesse affermato che «In pendenza del ricorso per cassazione avverso l'annullamento della prima ordinanza di custodia cautelare in carcere, non sussiste alcuna preclusione per il pubblico ministero di richiedere e per il giudice per le indagini preliminari di emettere nuova misura cautelare, giacché vi è una preclusione endoprocessuale ad adottare una nuova misura solo in presenza di un giudicato cautelare, da rilevare in sede di riesame» e che tale decisione fosse stata seguita da altre (cfr. *ex multis*, Cass., sez. VI, 8 maggio 2008 n. 24129), tale orientamento sarebbe in contrasto con quanto statuito, in precedenza, dalla stessa Corte. In particolare, con la sentenza 31 marzo 2004, n. 18339, le stesse Sezioni Unite avevano statuito che «qualora il pubblico ministero, mentre sia pendente l'appello avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di una misura cautelare personale, richieda nuovamente la misura nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, allegando elementi probatori "nuovi", preesistenti e sopravvenuti, è preclusa al giudice per le indagini preliminari, in pendenza del procedimento *de quo*, la potestà di decidere in merito alla medesima domanda cautelare» (nello stesso senso Cass., sez. I, 13 dicembre 2005, n. 47212 secondo la quale «qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza

reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, adduca elementi probatori nuovi, già posti a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al giudice per le indagini preliminari *ex art.* 291 c.p.p., è preclusa al giudice di appello ogni decisione e l'appello proposto dal pubblico ministero deve essere dichiarato inammissibile sulla base del principio di alternatività tra le iniziative esperibili dalla parte pubblica in merito alla domanda cautelare in presenza degli elementi probatori nuovi»).

Sebbene la sentenza 31 marzo 2004, n. 18339 avesse affermato il principio in relazione a una ipotesi differente da quella oggetto di esame da parte della decisione annotata (pendenza di appello avverso ordinanza di rigetto della richiesta di applicazione di misura cautelare), secondo il giudice rimettente esso avrebbe dovuto trovare ugualmente applicazione anche nel caso di specie in cui l'impugnazione cautelare sia quella del riesame e la questione del *novum* intervenga *medio tempore* durante la trattazione della fase rescissoria seguita a rinvio disposto dal giudice di legittimità. Tale conclusione, in particolare, sarebbe in linea con quanto affermato dalla corte in riferimento agli effetti preclusivi che si determinano nel caso di reiterazione dell'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto contro la stessa persona.

Va rammentato, a tale riguardo, che secondo Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, infatti, il *ne bis in idem* e l'effetto preclusivo che ne deriva non opererebbero solo quando sussista un provvedimento terminativo del procedimento divenuto irrevocabile, ma anche nel caso di litispendenza per il medesimo fatto contro la stessa persona, in quanto anche in simili casi si determina una consumazione della situazione giuridica di do-

vere di cui è investito l'organo titolare della relativa funzione. Orbene, l'integrazione del principio, elaborato dalla sentenza 31 marzo 2004, n. 18339, per cui *electa una via, recursus ad alteram non datur*, con quello, affermato dalla sentenza 28 giugno 2005, n. 34655, del *ne bis in idem*, secondo i giudici rimettenti, avrebbe dovuto condurre ad affermare che, sin tanto che il procedimento di impugnazione cautelare promosso dal pubblico ministero non si concluda, la nuova iniziativa cautelare adottata dal medesimo organo non potrebbe essere decisa in quanto preclusa, appunto, dalla pendenza dell'impugnazione.

Secondo la corte, tuttavia, le simmetrie tra i due richiamati principi non sarebbero state correttamente rispettate in quanto il *ne bis in idem*, nella materia cautelare, subisce un particolare adattamento. Sebbene, infatti, possa ritenersi immanente nell'ordinamento processualpenalistico, e dunque anche nei procedimenti *de libertate*, un generale principio di preclusione scaturente dalla consumazione del potere, nella materia cautelare esso è, non solo contingente, ma deve essere necessariamente ritenuto cedevole al mutare delle situazioni.

Come rammenta la decisione annotata, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (così, per limitarsi all'ultimo degli arresti, Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535), infatti, l'«*idem*» il cui «*bis*» viene precluso dal formarsi del c.d. giudicato cautelare, non è il medesimo di quello apprezzabile nel processo cognitivo, non esaurendosi esso nella mera identità del fatto. Esigenze di tutela della libertà personale, infatti, fanno sì che in materia cautelare la preclusione dipenda necessariamente anche dalle valutazioni in merito all'identità degli elementi posti (e valutati) a sostegno o

a confutazione della domanda e della loro rilevanza cautelare.

Orbene, secondo la sentenza annotata, le differenze esistenti tra processo cognitivo e procedimento cautelare in punto di ambito di estensione del giudicato, devono essere simmetricamente mantenute rispetto al *giudicando cautelare* e poiché quest'ultimo non impedisce la reiterazione di iniziative cautelari prima della irrevocabilità del provvedimento purché fondate sull'utilizzo dei *nova*, del pari non può determinare la consumazione del potere del pubblico ministero in materia cautelare.

Come la persona attinta da misura può reiterare anche più volte istanze di revoca anche in pendenza di procedimenti di impugnazione al fine di ottenere la costante verifica della corrispondenza delle valutazioni cautelari con la realtà processuale, così, per le stesse esigenze di adeguatezza, le finalità di tutela della collettività non devono incontrare ostacoli di tipo procedurali soprattutto allorché in concreto sfasature temporali tra il momento del maturato intento di utilizzare i *nova* e le preclusioni derivanti dallo sviluppo del procedimento impugnatorio, come per esempio nel caso in cui questo possa trovarsi nella fase che va dall'esaurimento del gravame di merito alla chiusura del successivo giudizio di legittimità, non consentano tale immediato utilizzo.

In conclusione, il pubblico ministero, deve restare libero di scegliere il "veicolo" attraverso il quale utilizzare i *nova* ai fini del perseguimento del suo obiettivo con un unico limite: fermo restando, infatti, la libertà nello stabilire se produrre gli elementi nuovi nel giudizio di impugnazione ovvero attraverso nuova richiesta di misura cautelare, una volta esercitata l'opzione per una delle due sedi egli, proprio in forza degli ef-

fetti preclusivi che si determinano attraverso la presentazione degli elementi nuovi in una delle diverse sedi possibili, non può più, per lo stesso utilizzo, fare ricorso al veicolo alternativo (Cass., sez. un., 1° marzo 2011, n. 7931).

Parzialmente illegittima la legge “speciale” sul legittimo impedimento

Corte costituzionale, sentenza 25 gennaio 2011, n. 23 - Pres. De Siervo; Rel. Cassese

È costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 3, della l. 7 aprile 2010, n. 51 nella parte in cui non prevede che il giudice valuti in concreto, a norma dell'art. 420-ter, comma 1, c.p.p., l'impedimento adottato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri a comparire in udienza; è, parimenti, costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 4, della legge citata, che obbliga il giudice a rinviare il processo ad udienza successiva alla cessazione dell'impedimento, non superiore a sei mesi, in base alla semplice attestazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri che l'impedimento è continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni indicate dalla legge.

[omissis]

4. - Al fine di decidere nel merito le questioni sollevate dai giudici a quibus, è necessario, preliminarmente, inquadrare il problema generale del legittimo impedimento del titolare di un organo costituzionale, alla luce dei principi al riguardo affermati da questa Corte.

4.1. - Sotto tale profilo assumono rilievo, innanzitutto, le pronunce con le quali è stata valutata la legittimità costituzionale di norme sulla sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato (sentenze n. 262 del 2009 e n. 24 del 2004). Questa Corte ha stabilito che una presunzione assoluta di legittimo impedimento del titolare di una carica governativa, quale meccanismo generale e automatico introdotto con legge ordinaria, è costituzionalmente illegittima, in quanto rivolta a tutelare lo stesso mediante una deroga al regime processuale comune e, quindi, a creare una prerogativa, in violazione degli artt. 3 e 138 Cost. Una simile presunzione, secondo il ragionamento sviluppato nella sentenza n. 262 del 2009, costituisce deroga e non applicazione delle regole generali sul processo, le quali, in particolare, consentono di differenziare “la posizione processuale del componente di un organo costituzionale solo per lo stretto necessario, senza alcun meccanismo automatico e generale”.

Devono poi essere considerate le pronunce sui conflitti di attribuzione proposti dalla Camera dei deputati nei confronti dell'autorità giudiziaria e riguardanti il mancato riconoscimento, da parte di quest'ultima, di legittimi impedimenti dell'imputato consistenti nella partecipazione ai lavori parlamentari (sentenze n. 451 del 2005, n. 284 del 2004, n. 263 del 2003, n. 225 del 2001). Questa Corte ha chiarito che la posizione dell'imputato parlamentare “non è assistita da speciali garanzie costituzionali” e nei suoi confronti trovano piena applicazione “le generali regole del processo” (sentenza n. 225 del 2001). Essa ha tuttavia anche affermato che, nell'applicazione di tali comuni regole processuali, il giudice deve esercitare il suo pote-

re di "apprezzamento degli impedimenti invocati" dall'imputato parlamentare, "tene[ndo] conto non solo delle esigenze delle attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri" (sentenza n. 225 del 2001), operando quindi un "ragionevole bilanciamento fra le due esigenze [...] della speditezza del processo e della integrità funzionale del Parlamento" (sentenza n. 263 del 2003), in particolare programmando "il calendario delle udienze in modo da evitare coincidenze con i giorni di riunione degli organi parlamentari" (sentenza n. 451 del 2005). Non vi può essere, dunque, applicazione di regole derogatorie, ma il diritto comune deve applicarsi secondo il principio di leale collaborazione fra i poteri dello Stato.

4.2. - Alla luce di tali principi, è rilevante, ai fini della verifica della legittimità costituzionale della disciplina censurata, stabilire se quest'ultima, a prescindere dal suo carattere temporaneo, rappresenti una deroga al regime processuale comune, che è in particolare quello previsto dall'art. 420-ter cod. proc. pen. Esso rappresenta il termine di riferimento per valutare se la normativa censurata, derogando alle ordinarie norme processuali, introduca, con legge ordinaria, una prerogativa la cui disciplina è riservata alla Costituzione, violando il principio della eguale sottoposizione dei cittadini alla giurisdizione e ponendosi, quindi, in contrasto con gli artt. 3 e 138 Cost. La disciplina oggetto di censura sarà dunque da ritenersi illegittima se, e nella misura in cui, alteri i tratti essenziali del regime processuale comune. In base ad esso, l'impedimento dedotto dall'imputato non può essere generico e il rinvio dell'udienza da parte del giudice non può essere automatico. Sotto il primo profilo, l'imputato ha l'onere di specificare l'impedimento, potendo egli addurre come tale un preciso e puntuale impegno e non già una parte della propria attività genericamente individuata o complessivamente considerata. Sotto il secondo profilo, il giudice deve valutare in concreto, ai fini del rinvio dell'udienza, lo specifico impedimento addotto.

5. - Per quanto le censure dei giudici a quibus si riferiscano alle disposizioni della legge n. 51 del 2010 considerate nel loro insieme, e sebbene tali disposizioni rispondano ad un comune motivo ispiratore, tuttavia la disciplina censurata non si presenta come unitaria sotto il profilo strutturale.

Essa, infatti, si articola in più componenti, ciascuna delle quali è suscettibile di ricevere una autonoma qualificazione dal punto di vista della coerenza con la disciplina processuale comune e, quindi, anche una diversa valutazione dal punto di vista della verifica di legittimità costituzionale. Questa deve essere condotta separatamente, in relazione alle disposizioni contenute nei tre distinti commi dell'art. 1 della legge n. 51 del 2010, cui si riferiscono le censure dei giudici rimettenti: il comma 1, che indica le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri costituenti legittimo impedimento; il comma 3, che disciplina il rinvio dell'udienza, da parte del giudice, quando ricorrono le ipotesi previste dai precedenti commi; il comma 4, che regola l'ipotesi di impedimento continuativo e attestato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

5.1. - L'art. 1, comma 1, della legge n. 51 del 2010 prevede quanto segue: "Per il Presidente del Consiglio dei Ministri costituisce legittimo impedimento, ai sensi dell'articolo 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 rego-

lamenti e in particolare dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, dagli articoli 2, 3 e 4 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303, e successive modificazioni, e dal regolamento interno del Consiglio dei Ministri, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 novembre 1993, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 268 del 15 novembre 1993, e successive modificazioni, delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di Governo”.

Per la parte in cui si riferiscono a tale disposizione, le questioni sollevate dai giudici a quibus non sono fondate, nei termini di seguito precisati.

Ad avviso dei rimettenti, la disciplina censurata, anziché identificare alcune ipotesi rigorosamente e tassativamente circoscritte di impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri, contemplerebbe una presunzione assoluta di legittimo impedimento riferita ad una serie ampia e indeterminata di funzioni, in definitiva coincidenti con l'intera attività del titolare della carica governativa.

Non vi è dubbio che, ove fosse in tal modo intesa, la disposizione in esame sarebbe illegittima, in quanto derogatoria rispetto al regime processuale comune e, quindi, in contrasto con gli artt. 3 e 138 Cost., per le ragioni indicate da questa Corte nella sentenza n. 262 del 2009. Tuttavia, una disposizione legislativa può essere dichiarata illegittima solo quando non sia possibile attribuire ad essa un significato compatibile con la Costituzione, cioè, nella fattispecie in esame, ove non sia possibile ricondurla nel solco della disciplina comune, interpretandola in conformità con l'istituto processuale generale di cui è espressione l'art. 420-ter cod. proc. pen.

Ciò è possibile in considerazione del fatto che l'art. 1, comma 1, della legge n. 51 del 2010 richiama espressamente l'art. 420-ter cod. proc. pen., nonché del fatto che, con la disposizione censurata, il legislatore sembra aver voluto introdurre – come risulta dai lavori preparatori – una “mera norma interpretativa dell'ambito di applicazione di un istituto processuale” (relazione in aula, Camera dei deputati, Assemblea, seduta del 25 gennaio 2010, e Senato della Repubblica, Assemblea, 347^a seduta pubblica antimeridiana, martedì 9 marzo 2010).

Come ha sostenuto la difesa dell'imputato, sia negli atti scritti, sia nel corso dell'udienza pubblica, la disposizione censurata “non comporta una presunzione assoluta di legittimo impedimento” e “non impone alcun automatismo”. Essa introduce un criterio volto ad orientare il giudice nell'applicazione dell'art. 420-ter cod. proc. pen., e segnatamente del comma 1 di tale disposizione, mediante l'individuazione, in astratto, delle categorie di attribuzioni governative a tal fine rilevanti. Il legislatore, peraltro, sembra aver recepito al riguardo, sviluppandolo, un orientamento della Corte di cassazione, secondo cui costituiscono legittimo impedimento, in base all'art. 420-ter cod. proc. pen., le attività del titolare di una carica governativa che siano “coesistenti alla funzione tipica del Governo” (sentenza della Corte di cassazione, sez. sesta penale, 9 febbraio 2004-9 marzo 2004, n. 10773). Questa espressione è ripresa dall'art. 1, comma 1, della legge n. 51 del 2010 e assurge ad elemento qualificativo di tutte le ipotesi di legittimo impedimento da tale disposizione previste, come è dimostrato dalla circostanza che le attività coesistenti alla funzione di governo sono poste a chiusura della formulazione normativa e che l'avverbio “comunque” introduce un collegamento fra il requisito della coesistenza e le attribuzioni governative previste da leggi e regolamenti (genericamente e specificamente indicate). Deve pertanto ritenersi che, in base a questo criterio posto dal legislatore, le categorie di attività qualificate, in astratto, come legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri sono solo quelle coesistenti alle funzioni

di Governo, che siano previste da leggi o regolamenti (e in particolare dalle fonti normative espressamente citate nella disposizione censurata), nonché quelle rispetto ad esse preparatorie (cioè specificamente preordinate) e consequenziali (cioè immediatamente successive e strettamente conseguenti).

Simile criterio legislativo è compatibile con i tratti essenziali del regime processuale comune. La disposizione censurata non consente al Presidente del Consiglio dei ministri di addurre come impedimento il generico dovere di esercitare le attribuzioni da essa previste, occorrendo sempre, secondo la logica dell'art. 420-ter cod. proc. pen., che l'imputato specifichi la natura dell'impedimento, adducendo un preciso e puntuale impegno riconducibile alle ipotesi indicate. Ciò naturalmente vale anche per le attività "preparatorie e consequenziali", a proposito delle quali deve ritenersi che l'onere di specificazione, sempre gravante sull'imputato, si riferisca sia all'impedimento principale (l'esercizio di attribuzione coesenziale), sia a quello accessorio (l'attività preparatoria o consequenziale). In altri termini, il Presidente del Consiglio dei ministri dovrà indicare un preciso e puntuale impegno, che abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto ad altro preciso e puntuale impegno, quest'ultimo riconducibile ad una attribuzione coesenziale alla funzione di governo prevista dall'ordinamento.

Né può ritenersi che il criterio posto dal legislatore sia irragionevole o sproporzionato, dal momento che esso è ancorato alla elaborazione giurisprudenziale e non copre l'intera attività del titolare della carica, ma solo le attribuzioni che possano essere qualificate in termini di coesenzialità rispetto alle funzioni di governo.

Tale criterio legislativo, infine, rispetto alla disciplina già ricavabile dall'art. 420-ter cod. proc. pen., ha un effetto di chiarificazione della portata dell'istituto processuale comune, nelle ipotesi in cui esso debba trovare applicazione in riferimento ad impedimenti consistenti nell'esercizio di funzioni di governo. In termini negativi, il giudice non riconoscerà come impedimenti legittimi, in applicazione del criterio legislativo, impegni politici non qualificati, cioè non riconducibili ad attribuzioni coesenziali alla funzione di governo, pur previste da leggi o regolamenti. In termini positivi, ove venga addotto un impedimento riconducibile a tale tipologia di attribuzioni, il giudice non potrà disconoscerne il rilievo in astratto, fermo restando il suo potere, non sottrattogli dalla disposizione in esame, di valutare in concreto lo specifico impedimento addotto.

Deve dunque concludersi che non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, per la parte in cui si riferiscono all'art. 1, comma 1, della legge n. 51 del 2010, in quanto tale disposizione venga interpretata in conformità con l'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen.

5.2. - L'art. 1, comma 3, della legge n. 51 del 2010 dispone: "Il giudice, su richiesta di parte, quando ricorrono le ipotesi di cui ai commi precedenti rinvia il processo ad altra udienza".

Per la parte in cui si riferiscono a tale disposizione, le questioni sollevate dai giudici a quibus sono fondate, nei termini di seguito precisati.

L'art. 1, comma 3, della legge censurata regola i poteri del giudice in ordine all'accertamento del legittimo impedimento, ai fini del conseguente rinvio dell'udienza, in relazione alla quale tale impedimento è dedotto. Occorre stabilire se la disciplina dettata da tale disposizione sia conforme alla corrispondente regolamentazione contenuta nell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., secondo la quale il giudice rinvia l'udienza quando "risulta che l'assenza

è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento". La norma censurata deve considerarsi legittima, in altri termini, a condizione che essa non sottragga al giudice, in relazione alle specifiche ipotesi di impedimento del titolare di funzioni di governo, i poteri di valutazione dell'impedimento addotto, che al giudice stesso sono riconosciuti in base al comune regime processuale.

L'Avvocatura generale dello Stato e la parte privata hanno sostenuto che la disciplina censurata non abbia privato il giudice del potere di valutazione dell'impedimento, previsto dall'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen. Il giudice conserverebbe sia il potere di valutare la prova della sussistenza in fatto dell'impedimento, sia quello di accertare che tale impedimento "rientri fra le ipotesi previste" dalle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 della legge censurata. Ulteriori poteri di controllo risulterebbero, invece, preclusi al giudice, indipendentemente dalla legge n. 51 del 2010. Sarebbe infatti il principio della separazione dei poteri ad impedire che il giudice possa "sindacare il merito dell'attività di governo", valutando "le ragioni politiche sottese all'esercizio" delle attività del Presidente del Consiglio dei ministri, carica cui sarebbe oltretutto da riconoscere una "nuova fisionomia" in quanto ricoperta da "persona che ha avuto direttamente la fiducia e l'investitura dal popolo". Tali affermazioni ricostruiscono correttamente gli effetti della disposizione di cui all'art. 1, comma 3, della legge n. 51 del 2010, ma non altrettanto correttamente colgono il significato e la portata dell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri e del principio della separazione dei poteri.

Va osservato che l'art. 1, comma 3, della legge n. 51 del 2010, subordina il rinvio dell'udienza, da parte del giudice, esclusivamente ad un duplice riscontro. Nel verificare che "ricor[r]ano le ipotesi di cui ai precedenti commi", il giudice dovrebbe infatti limitarsi ad accertare, da un lato, che l'impegno dedotto dall'imputato come impedimento sussista realmente in punto di fatto, e, dall'altro lato, che esso sia riconducibile ad attribuzioni coesenziali alle funzioni di governo previste da leggi o regolamenti (o abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto ad esse). Ma tali accertamenti non esauriscono lo spettro dei poteri di valutazione dell'impedimento, che sono esercitati dal giudice in base alla disciplina generale di cui all'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen. Secondo tale disciplina, infatti, spetta al giudice, ai fini del rinvio dell'udienza, valutare in concreto non solo la sussistenza in fatto dell'impedimento, ma anche il carattere assoluto e attuale dello stesso. Ciò implica in particolare, con riferimento alle ipotesi in esame, il potere del giudice di valutare, caso per caso, se lo specifico impegno addotto dal Presidente del Consiglio dei ministri, pur quando riconducibile in astratto ad attribuzioni coesenziali alle funzioni di governo ai sensi della legge censurata, 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. Tale potere di apprezzamento in concreto dell'impedimento, che è elemento essenziale della disciplina comune del legittimo impedimento, non è però previsto dalla disposizione censurata, né esso è ricavabile in via interpretativa, atteso che la norma in questione non richiama espressamente l'art. 420-ter cod. proc. pen. e detta una disciplina che, sul punto, sostituisce e non integra quella contenuta nella predetta norma del codice di rito. La mancanza di tale elemento, pertanto, attribuisce all'art. 1, comma 3, della legge n. 51 del 2010 un carattere derogatorio rispetto al diritto comune. Per i motivi già chiariti, ciò si traduce in un

vizio di costituzionalità di tale disposizione, che deve essere pertanto dichiarata illegittima nella parte in cui non prevede siffatto potere di valutazione in concreto dell'impedimento.

Né può ritenersi che l'esercizio di un simile potere, nelle ipotesi in cui l'impedimento consista nello svolgimento di funzioni di governo, sia di per sé lesivo delle prerogative del Presidente del Consiglio dei ministri, o si ponga in contrasto con il principio della separazione dei poteri. Va detto, innanzitutto, che la disciplina elettorale, in base alla quale i cittadini indicano il "capo della forza politica" o il "capo della coalizione", non modifica l'attribuzione al Presidente della Repubblica del potere di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri, operata dall'art. 92, secondo comma, Cost., né la posizione costituzionale di quest'ultimo. A prescindere da ciò, quando il giudice 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.

È vero, peraltro, che in simili ipotesi l'esercizio della funzione giurisdizionale ha una incidenza indiretta sull'attività del titolare della carica governativa, incidenza che è obbligo del giudice ridurre al minimo possibile, tenendo conto del dovere dell'imputato di assolvere le funzioni pubbliche assegnategli. Il principio della separazione dei poteri non è, dunque, violato dalla previsione del potere del giudice di valutare in concreto l'impedimento, ma, eventualmente, soltanto dal suo cattivo esercizio, che deve rispondere al canone della leale collaborazione. Quest'ultimo principio ha carattere bidirezionale, nel senso che esso riguarda anche il Presidente del Consiglio dei ministri, la programmazione dei cui impegni, in quanto essi si traducano in altrettante cause di legittimo impedimento, è suscettibile a sua volta di incidere sullo svolgimento della funzione giurisdizionale. Trova pertanto applicazione, anche nel caso del titolare di funzione governativa, quanto questa Corte ha affermato con riferimento al legittimo impedimento di membri del Parlamento, tanto più che, a differenza di questi ultimi, il Presidente del Consiglio dei ministri ha il potere di programmare una quota significativa degli impegni che possono costituire legittimo impedimento (sentenze n. 451 del 2005, n. 284 del 2004, n. 263 del 2003, n. 225 del 2001). La leale collaborazione deve esplicarsi mediante soluzioni procedimentali, ispirate al coordinamento dei rispettivi calendari. Per un verso, 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. 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.

Deve, dunque, concludersi che le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti, in quanto si riferiscono all'art. 1, comma 3, della legge n. 51 del 2010, sono fondate, nella parte in cui tale disposizione non prevede il potere del giudice di valutare in concreto, a norma dell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., l'impedimento addotto.

5.3. - L'art. 1, comma 4, della legge n. 51 del 2010 dispone: "Ove la Presidenza del Consiglio dei Ministri attesti che l'impedimento è continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni di cui alla presente legge, il giudice rinvia il processo a udienza successiva al periodo indicato, che non può essere superiore a sei mesi".

Per la parte in cui si riferiscono a tale disposizione, le questioni sollevate dai giudici a quibus sono fondate.

La norma in esame, a differenza di quelle di cui ai commi 1 e 2 del medesimo art. 1, non opera un diretto rinvio all'art. 420-ter cod. proc. pen. e introduce nell'ordinamento una peculiare figura di legittimo impedimento consistente nell'esercizio di funzioni di governo, connotata dalla continuità dell'impedimento stesso e dalla attestazione di esso da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri. Tali elementi rappresentano tuttavia una alterazione, e non già una integrazione o applicazione, della disciplina dell'istituto generale di cui all'art. 420-ter cod. proc. pen. Si tratta, pertanto, di una disposizione derogatoria del regime processuale comune, che introduce una prerogativa in favore del titolare della carica, in contrasto con gli artt. 3 e 138 Cost.

In primo luogo, l'art. 1, comma 4, della legge n. 51 del 2010, diversamente da quanto disposto dall'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., prevede che l'imputato possa dedurre, anziché un impedimento puntuale e riferito ad una specifica udienza, un impedimento continuativo riferito a tutte le udienze eventualmente programmate o programmabili entro un determinato intervallo di tempo, che non può essere superiore a sei mesi (ma la norma non vieta che alla scadenza possa essere rinnovato l'attestato di impedimento continuativo). In tal modo, la disposizione in esame esclude, almeno parzialmente, l'onere di specificazione dell'impedimento che, ai sensi dell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., grava sull'imputato. Essa consente infatti a quest'ultimo di dedurre come impedimento il generico dovere di svolgere funzioni di governo in un determinato periodo di tempo. Ciò rende impossibile la verifica del giudice circa la sussistenza e consistenza di uno specifico e preciso impedimento. Né può ritenersi che l'attestazione della Presidenza del Consiglio dei ministri debba specificare, giorno per giorno, tutti gli impegni che rendono assolutamente impossibile la presenza in udienza dell'imputato nel corso del periodo di tempo considerato. Una simile interpretazione della disposizione renderebbe inutile la previsione di una apposita figura di impedimento continuativo e, del resto, non è stata seguita, in sede applicativa, dalla Presidenza del Consiglio, le cui attestazioni, nelle fattispecie oggetto dei giudizi principali, hanno indicato succintamente e solo in via esemplificativa alcuni degli impegni del Presidente del Consiglio dei ministri compresi in un periodo di tempo considerato.

In secondo luogo, va osservato che il tenore testuale della disposizione in esame ricollega l'effetto del rinvio del processo, per la durata dell'impedimento continuativo, alla attestazione della Presidenza del Consiglio. È previsto, infatti, che il giudice rinvia il processo non già quando "risulti", ma "ove la Presidenza del Consiglio dei Ministri attesti" che l'impedimento è continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni di governo. In tal modo, il rinvio costituisce un effetto automatico dell'attestazione, venendo meno il filtro della valutazione del giudice e, più in generale, di una valutazione indipendente e imparziale, dal momento che l'attestazione risulta affidata ad una struttura organizzativa di cui si avvale, in ragione della propria carica, lo stesso soggetto che deduce l'impedimento in questione.

Per tutte queste ragioni, l'art. 1, comma 4, della legge n. 51 del 2010 produce effetti equivalenti a quelli di una temporanea sospensione del processo ricollegata al fatto della titolarità della carica, cioè di una prerogativa disposta in favore del titolare. Si tratta, pertanto, di una previsione normativa costituzionalmente illegittima.

[omissis]

ALESSIO SCARCELLA

Magistrato - Ufficio del Ruolo e del Massimario, Corte Suprema di Cassazione

L'instabile equilibrio del legittimo impedimento "governativo", tra leale collaborazione *bidirezionale* e libero sindacato del giudice

The unstable balance of legal government's obstacle to appear, between sincere "two-way" cooperation and free critical evaluation of the court

La Corte costituzionale, con l'attesa sentenza in commento, pone, almeno per il momento, la parola fine alla discussa questione della rilevanza del legittimo impedimento a comparire in udienza per quella "speciale" categoria di soggetti costituita dal Presidente del Consiglio dei ministri e dai Ministri dell'esecutivo, disciplinata dalla legge n. 51 del 2010. La soluzione offerta dalla Corte, in particolare, è articolata su un giudizio di parziale incostituzionalità della medesima ove limita il sindacato del giudice in ordine all'esistenza "concreta" dell'impedimento a comparire. La strada indicata dai Supremi giudici è fondata sul rispetto del principio della leale collaborazione tra le Istituzioni dello Stato, principio che rappresenta la stella polare chiamata ad orientare il comportamento di tutti coloro che sono investiti, sia per legittimazione popolare che per attribuzione normativa, di pubbliche funzioni. Purtroppo l'attuale clima conflittuale tra poteri dello Stato, rende davvero arduo il contemperamento tra le opposte esigenze (esercizio di funzioni politiche; esercizio di funzioni giurisdizionali) e non contribuisce a garantire il diritto ad ottenere un processo celere e giusto, ormai divenuto una corsa ad ostacoli, snaturato da innesti normativi sovente disorganici e distonici rispetto all'originario impianto accusatorio. A questo punto, s'impone, forse, quale unica strada percorribile per allentare detta tensione, la "restaurazione" della vecchia immunità parlamentare disciplinata dal previgente art. 68 Cost. Qualunque altra soluzione appare, infatti, allo stato, poco convincente.

The Corte costituzionale, with the forthcoming ruling under review, raises, at least for the time being, an end to the debated question of the relevance of such failure to appear in court for that "special" category of people constituted by the Prime Minister and Ministers from the Executive, be governed by

law n. 51, 2010. The solution offered by the Court, in particular, is of partial unconstitutionality of the Law, because it restricts the review by the court in order to exist "concrete" obstacle to appear. The road indicated by the Corte costituzionale is founded on the principle of loyal cooperation between the institutions of the State, a principle which is called the North Star to guide the behavior of all those who are employed, both for popular legitimacy that attribution rules, public functions. Unfortunately the current climate of tension between conflicting powers of the state, makes it really difficult the balance between the conflicting demands (exercise of political functions; appointment to judicial office) and does not contribute to guarantee the right to obtain an expeditious and fair process, which has become an obstacle course, distorted by regulatory grafts often uncoordinated and dystonic than the original accusatorial trial. At this point, perhaps, the only viable way to ease this tension, is the "restoration" of the old parliamentary immunity, governed under the former Article 68 Constitution. Any other solution is, in fact, at present, unconvincing.

Premessa

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 23 del 2011, con cui è stata dichiarata la parziale incostituzionalità di alcune disposizioni della l. 7 aprile 2010, n. 51¹, oltre ad avere riaperto il dibattito politico sullo scontro (divenuto ormai di sistema), tra politica e giustizia, offre lo spunto per alcune riflessioni "a cuore aperto" sulla disciplina in tema di legittimo impedimento a comparire.

Il tema, come dimostrato dall'eco mediatica che la sentenza della Consulta ha avuto all'indomani della sua decisione, è di scottante attualità in quanto pone all'interprete, in via generale, il delicato problema di contemperare, da un lato, la garanzia costituzionale del diritto di difesa dell'imputato (art. 24 Cost.) e dall'altro, il principio della ragionevole durata del processo, frutto della ormai ultradecennale modifica costituzionale introdotta all'art. 111 Cost. dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

Accanto a questo problema, generale in quanto riguardante indistintamente qualsiasi processo giunga all'attenzione dell'Autorità giudiziaria chiamata a effettuare il contem-

peramento, se ne pone un altro, oggetto della pronuncia costituzionale, relativo, invece, a quelle vicende processuali che vedono coinvolti soggetti chiamati a esercitare cariche pubbliche - segnatamente, e senza tanti giri di parole, l'attuale Capo dell'Esecutivo, considerato che le predette vicende hanno perlopiù interessato il Presidente del Consiglio in carica - i quali hanno, per così dire, il diritto-dovere di esercitarle, tenuto conto dell'alta funzione che le stesse rappresentano e dell'esigenza, imprescindibile e innegabile in qualsiasi stato di diritto che si eriga a moderna democrazia, di consentire ai titolari di dette cariche di Governo di svolgere con la dovuta serenità il loro mandato che, non dimentichiamolo, è il frutto di una legittimazione popolare.

Orbene, in questi casi, il giudice si trova non solo a dover risolvere il "generale" problema del contemperamento tra la garanzia costituzionale del diritto di difesa e il diritto-dovere del giudice di garantire la ragionevole durata del processo, ma anche, e soprattutto, a verificare se e in che limiti l'esercizio delle "prerogative" di un organo costituzionale come quello rappresentato dal Capo

¹ Recante «Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza», pubblicazione 9 aprile 2010, giorno successivo alla sua entrata in vigore (G.U. n. 81 dell'8 aprile 2010).

dell'Esecutivo possa sacrificare il principio della ragionevole durata del processo e, nello specifico, il corretto funzionamento della giurisdizione che di tale principio costituzionale è, nel contempo, potenziale vittima e scomodo garante.

Il quadro normativo di riferimento

La disciplina in tema di legittimo impedimento a comparire, com'è noto, rappresenta una delle conquiste del vigente codice di rito penale, essendo stato, per legge, riconosciuto all'imputato e al suo difensore il diritto di ottenere il rinvio del dibattimento in presenza di determinate condizioni, tassativamente indicate dalla legge, nelle quali non gli è possibile "assolutamente" di comparire davanti al giudice.

La relativa disciplina, contenuta nell'originario testo del codice di rito nell'art. 486 c.p.p., è attualmente contenuta, nell'art. 420-ter c.p.p., aggiunto dall'art. 19, l. 16 dicembre 1999, n. 479, meglio nota come "Legge Carotti" il cui contenuto è tuttavia analogo alla precedente norma abrogata. L'attuale disposizione, sotto la rubrica *Impedimento a comparire dell'imputato o del difensore*, fissa le regole in presenza delle quali il giudice, nell'esercizio del suo potere di sindacato valutativo, è legittimato a disporre il rinvio del processo in caso di assenza, anche probabile, dell'imputato o del suo difensore al dibattimento, sintetizzandole nella formula dell'assoluto impedimento dovuto a una delle ipotesi tassativa-

mente indicate: a) caso fortuito; b) forza maggiore; c) altro legittimo impedimento. Rileva, come detto, agli effetti del possibile rinvio – che può concernere anche le successive udienze –, anche un giudizio fondato sulla mera "probabilità" che l'assenza dell'imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire, ma in questo caso le ragioni impeditive sono solo quelle indicate alle precedenti lettere a) e b), con l'esclusione, dunque, dell'"altro legittimo impedimento".

Diversamente, la legittimità dell'impedimento difensivo è limitata (comma 5) alla sola ipotesi in cui «l'assenza stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire» e alla condizione, il cui onere probatorio incombe alla parte che intende avvalersene, della "pronta comunicazione" dell'impedimento².

Non è questa la sede per analizzare la copiosa giurisprudenza di legittimità formatasi a partire dal 1989 sul tema del legittimo impedimento. È, viceversa, importante soffermarsi sul tema oggetto del presente contributo, ossia di valutare come i precetti dettati dalla disposizione in esame, si coordinino con la disciplina "speciale" introdotta dal legislatore a salvaguardia dell'esercizio delle funzioni di organi istituzionali.

Com'è noto, un primo tentativo di normare questa peculiare situazione era stato, in un primo momento, operato con la l. 20 giugno 2003, n. 140³ e, successivamente, con la l. 23 luglio 2008, n. 124⁴, ambedue però naufragate sugli scogli dell'incostituzionalità dichiarata, rispettivamente, con le note sentenze n. 24

² Tale disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda uno dei medesimi ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito.

³ Recante «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato».

⁴ Recante «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato».

del 2004 e n. 262 del 2009, ciò in quanto, secondo la struttura normativa dell'allora disciplina del legittimo impedimento, lo stesso, una volta rappresentato, determinava «in via automatica» la sospensione del processo.

Ne era, quindi, seguita, anzitutto la presentazione di un disegno di legge costituzionale⁵ e, in via parzialmente anticipatoria degli effetti, il varo della l. 7 aprile 2010, n. 51, oggetto delle censure di costituzionalità.

L'impianto di questa legge, assai snello, è (era) finalizzato a disciplinare il legittimo impedimento a comparire in udienza, ai sensi dell'art. 420-ter c.p.p., del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 1, comma 1) e dei ministri (art. 1, comma 2), in qualità di imputati.

In particolare, in base all'art. 1, comma 3, di tale legge, il giudice, su richiesta di parte, era obbligato a rinviare il processo ad altra udienza in caso di ricorso delle ipotesi di impedimento a comparire individuate dal comma 1 (per il Presidente del Consiglio) e dal comma 2 (per i ministri) della medesima legge.

In base a tale disciplina, costituisce legittimo impedimento «il concomitante esercizio di una o più delle attribuzioni previste dalle leggi o dai regolamenti e in particolare dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 23 agosto 1988, n. 400⁶, e successive modificazioni, dagli articoli 2, 3 e 4 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 303⁷, e successive modificazioni, e

dal regolamento interno del Consiglio dei ministri, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 novembre 1993, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 268 del 15 novembre 1993, e successive modificazioni, delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di Governo».

Inoltre, l'art. 1, comma 4, della medesima legge, disponeva che «ove la Presidenza del Consiglio dei Ministri attesti che l'impedimento è continuativo e correlato allo svolgimento delle funzioni di cui alla presente legge, il giudice rinvia il processo a udienza successiva al periodo indicato, che non può essere superiore a sei mesi».

L'art. 1, comma 5, della l. n. 51 del 2010 chiarisce che «il corso della prescrizione rimane sospeso per l'intera durata del rinvio».

Tale disciplina si applica «anche ai processi penali in corso, in ogni fase, stato o grado, alla data di entrata in vigore della» medesima legge (art. 1, comma 6) e «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

⁵ Si tratta del disegno di legge costituzionale A.S. n. 2180, recante «Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle Alte cariche dello Stato».

⁶ La l. 23 agosto 1988, n. 400, recante «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della presidenza del Consiglio dei Ministri», individua, in particolare, all'art. 5 le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri, all'art. 6 quelle spettanti al Consiglio di gabinetto, comitati di ministri e comitati interministeriali e, infine, all'art. 12 quelle della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, presieduta dal Presidente del C.d.M.

⁷ Il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 303, recante «Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59», ne fissa all'art. 2 le finalità e le funzioni, all'art. 3 il ruolo e le attribuzioni spettanti al Presidente del C.d.M. al fine della partecipazione all'Unione europea e, infine, all'art. 4 il suo ruolo di coordinamento e di responsabilità esclusiva nei rapporti con il sistema delle autonomie.

Ministri e ai Ministri il sereno svolgimento delle funzioni loro attribuite dalla Costituzione e dalla legge» (art. 2).

È, quindi, evidente come la scelta del legislatore ordinario era stata quella di dettare una sorta di "legge-ponte", delimitata cronologicamente nella sua efficacia e applicabilità in attesa del futuro riordino complessivo, con legge costituzionale, della disciplina del legittimo impedimento, stante l'assenza della originaria copertura costituzionale che l'art. 68 Cost., nella sua primigenia formulazione, aveva garantito ai membri del Parlamento, poi venuta meno a seguito del "depotenziamento" delle prerogative immunitarie operato con l'art. 1 della l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3.

L'ottica del Giudice delle leggi

Prima di analizzare, nello specifico, le ragioni giuridiche che hanno condotto i giudici costituzionali a dichiarare la parziale illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della predetta "legge-ponte", è utile riassumere, seppure per sintesi, i fatti posti a fondamento della questione di costituzionalità.

Il Tribunale di Milano, con tre distinte ordinanze della sez. I penale, della sez. X penale e del giudice per le indagini preliminari, sollevava questione di legittimità costituzionale della l. n. 51 del 2010. In particolare, la sez. X ne censurava l'intero testo, il g.i.p. ne censurava il solo art. 1 e la sez. I soltanto i commi 1, 3 e 4 di tale articolo.

Tutte le ordinanze di rimessione sollevavano questione di legittimità costituzionale della predetta disciplina in quanto essa avrebbe introdotto, con legge ordinaria, una prerogativa in favore dei titolari di cariche

governative, in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con l'art. 138 Cost.; la sez. X, inoltre, censurava la l. n. 51 del 2010 anche in relazione all'art. 3 Cost., considerato autonomamente e sotto il profilo della ragionevolezza.

I giudici rimettenti ritenevano, in particolare, che la disciplina censurata individuasse con formule generiche e indeterminate le attività costituenti legittimo impedimento del titolare di una carica governativa, sottraendo così 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 poteva ottenere il rinvio mediante un "meccanismo di autocertificazione" di legittimo impedimento. Ciò costituiva, ad avviso dei rimettenti, una "presunzione assoluta di impedimento", collegata allo "status permanente" della titolarità della carica, o comunque una prerogativa o immunità del titolare, la quale, come ha stabilito la Corte costituzionale con la sentenza n. 262 del 2009, non può essere introdotta con legge ordinaria.

Così riassunti i termini della questione, può quindi passarsi ad analizzare i tratti salienti del *decisum* costituzionale, precisando sin d'ora come la Corte, pur dichiarando l'incostituzionalità parziale delle disposizioni sottoposte al proprio vaglio, afferma anche importanti principi "salvando" dalla scure costituzionale alcune delle disposizioni oggetto di censura.

Punto di partenza del ragionamento della Corte sono, da un lato, le pronunce con le quali è stata valutata la legittimità costituzionale di norme sulla sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato⁸ e, dall'altro, le pronunce sui conflitti di attribuzio-

⁸ C. cost., sent. 7 ottobre 2009, n. 262 e sent. 20 gennaio 2004, n. 24.

ne proposti dalla Camera dei deputati nei confronti dell'autorità giudiziaria e riguardanti il mancato riconoscimento, da parte di quest'ultima, di legittimi impedimenti dell'imputato consistenti nella partecipazione ai lavori parlamentari⁹.

Con riferimento alle prime, la Corte ha stabilito che una presunzione assoluta di legittimo impedimento del titolare di una carica governativa, quale meccanismo generale e automatico introdotto con legge ordinaria, è costituzionalmente illegittima, in quanto rivolta a tutelare lo stesso mediante una deroga al regime processuale comune e, quindi, a creare una prerogativa, in violazione degli artt. 3 e 138 Cost. Una simile presunzione, secondo il ragionamento sviluppato nella sentenza n. 262 del 2009, costituisce *deroga* e non applicazione delle regole generali sul processo, le quali, in particolare, consentono di differenziare «la posizione processuale del componente di un organo costituzionale solo per lo stretto necessario, senza alcun meccanismo automatico e generale».

Quanto alle seconde, invece, la Corte ha chiarito che la posizione dell'imputato parlamentare «non è assistita da speciali garanzie costituzionali» e nei suoi confronti trovano piena applicazione «le generali regole del processo» (sentenza n. 225 del 2001). Essa ha tuttavia anche affermato che, nell'applicazione di tali comuni regole processuali, il giudice deve esercitare il suo potere di «apprezzamento degli impedimenti invocati» dall'imputato parlamentare, «tene[ndo] conto non solo delle esigenze delle attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri» (sentenza n. 225 del 2001), operando quindi un «ragionevole bilanciamento fra le due esigenze [...] della speditezza del processo e

della integrità funzionale del Parlamento» (sentenza n. 263 del 2003), in particolare programmando «il calendario delle udienze in modo da evitare coincidenze con i giorni di riunione degli organi parlamentari» (sentenza n. 451 del 2005). Non vi può essere, dunque, applicazione di regole derogatorie, ma il diritto comune deve applicarsi secondo il principio di leale collaborazione fra i poteri dello Stato.

Premesso quanto sopra, seguendo il ragionamento dei giudici costituzionali, la disciplina oggetto di censura, avrebbe potuto essere considerata illegittima «se, e nella misura in cui, alteri i tratti essenziali del regime processuale comune», ciò che, in altri termini, significa che l'impedimento dedotto dall'imputato non può essere generico e il rinvio dell'udienza da parte del giudice non può essere automatico. Per tale ragione, sotto il primo profilo, l'imputato ha l'onere di specificare l'impedimento, potendo egli addurre come tale un preciso e puntuale impegno e non già una parte della propria attività genericamente individuata o complessivamente considerata; sotto il secondo profilo, poi, il giudice deve valutare in concreto, ai fini del rinvio dell'udienza, lo specifico impedimento addotto.

Passando a esaminare gli specifici profili di costituzionalità, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di costituzionalità sollevate dai giudici rimettenti quanto al comma 1 dell'art. 1.

Sul punto il pensiero della Corte è chiaro e ineccepibile, meritando ampia condivisione. In sintesi, il comma 1 della norma censurata, nell'individuare ciò che, per il Presidente del Consiglio dei Ministri, costituisce legittimo impedimento ai sensi dell'art. 420-ter c.p.p., non pone alcuna presunzione assoluta di le-

⁹ C. cost., sent. 15 dicembre 2005, n. 451; sent. 28 luglio 2004, n. 284; sent. 22 luglio 2003, n. 263 e sent. 6 luglio 2001, n. 225.

gittimità dell'impedimento né impone alcun automatismo nell'operatività della causa impeditiva. In effetti, l'art. 1, comma 1, introduce un criterio volto a orientare il giudice nell'applicazione dell'art. 420-ter c.p.p., e segnatamente del comma 1 di tale disposizione, mediante l'individuazione, in astratto, delle categorie di attribuzioni governative a tal fine rilevanti.

Né può dubitarsi dell'operazione di costruzione normativa della fattispecie processuale in esame, posto che la formula utilizzata dal legislatore rappresenta un espresso recepimento di un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di cassazione, secondo cui costituiscono legittimo impedimento, in base all'art. 420-ter c.p.p., le attività del titolare di una carica governativa che siano «coessenziali alla funzione tipica del Governo»¹⁰.

Sul punto, bene osserva la Corte come analoga espressione è ripresa dall'art. 1, comma 1, della l. n. 51 del 2010, elevandosi a elemento qualificativo di tutte le ipotesi di legittimo impedimento da tale disposizione previste «come è dimostrato dalla circostanza che le attività coessenziali alla funzione di governo sono poste a chiusura della formulazione normativa e che l'avverbio "comunque" introduce un collegamento fra il requisito della coessenzialità e le attribuzioni governative previste da leggi e regolamenti (genericamente e specificamente indicate)». Ne consegue, per la Corte che, in base a questo criterio posto dal legislatore, le categorie di attività qualificate, in astratto, come legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri sono solo quelle coessenziali alle funzioni di Governo, che siano previste da leggi o regolamenti (e in particolare dalle fonti normative espressamente citate nella

disposizione censurata), nonché quelle rispetto a esse preparatorie (cioè specificamente preordinate) e consequenziali (cioè immediatamente successive e strettamente conseguenti).

Si tratta, all'evidenza, di un criterio legislativo compatibile con i tratti essenziali del regime processuale comune, non consentendo la norma censurata al Presidente del Consiglio dei ministri di addurre come impedimento il generico dovere di esercitare le attribuzioni da essa previste, occorrendo sempre, secondo la logica dell'art. 420-ter c.p.p., che l'imputato specifichi la natura dell'impedimento, adducendo un preciso e puntuale impegno riconducibile alle ipotesi indicate: ciò naturalmente – prosegue la motivazione – vale anche per le attività «preparatorie e consequenziali», a proposito delle quali deve ritenersi che l'onere di specificazione, sempre gravante sull'imputato, si riferisca sia all'impedimento principale (l'esercizio di attribuzione coessenziale), sia a quello accessorio (l'attività preparatoria o consequenziale).

In altri termini, secondo la pronuncia interpretativa di rigetto adottata sul punto dalla Consulta, il Presidente del Consiglio dei ministri, per beneficiare della norma "speciale" sul legittimo impedimento, è tenuto a indicare «un preciso e puntuale impegno, che abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto ad altro preciso e puntuale impegno, quest'ultimo riconducibile a una attribuzione coessenziale alla funzione di governo prevista dall'ordinamento».

Senza alcun dubbio di maggiore rilievo si presentano, invece, le ulteriori due questioni affrontate dal giudice delle leggi, rispetto alle quali, infatti, muta l'angolo prospettico visuale della Corte, sì da ritenerle fondate.

¹⁰ Cass., sez. VI, 9 febbraio 2004, n. 10773, *CED Cass.*, 227989, *Dir. e giustizia*, 2004, 13, 18, con nota di Cerase, *Al deputato vim vi repellere licet*.

Anzitutto, con riferimento alla disposizione del comma 3, a tenore del quale «Il giudice, su richiesta di parte, quando ricorrono le ipotesi di cui ai commi precedenti, rinvia il processo ad altra udienza». La lettura della disposizione censurata subordinava il rinvio dell'udienza, da parte del giudice, esclusivamente a un duplice riscontro giudiziale: da un lato, verificare che l'impegno dedotto dall'imputato come impedimento sussista realmente in punto di fatto e, dall'altro, accertare se esso sia riconducibile ad attribuzioni coesenziali alle funzioni di governo previste da leggi o regolamenti (o abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto a esse).

La norma, come costruita, appariva in realtà monca in quanto limitativa del sindacato giurisdizionale. Come correttamente osservato dalla Corte, infatti, tali accertamenti non esauriscono il compito valutativo previsto dalla disciplina generale di cui all'art. 420-ter, c.p.p., spettando al giudice valutare in concreto anche il carattere assoluto e attuale dell'impedimento. Il che, tradotto, nel caso sottoposto al vaglio costituzionale, significa riservare al giudice il potere di valutare, caso per caso, se lo specifico impegno addotto dal Presidente del Consiglio dei ministri, pur quando riconducibile in astratto ad attribuzioni coesenziali alle funzioni di governo ai sensi della legge censurata, dia in concreto luogo a 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.

Si è, quindi, adottata una pronuncia additiva dovendosi considerare integrata la previsione originaria del comma 3 nel senso che al giudice spetti in ogni caso il potere di valutare in concreto, ai sensi dell'articolo 420-

ter, comma 1, del codice di procedura penale, l'impedimento addotto dall'imputato.

Ma v'è di più.

Nel valutare la limitazione al sindacato giurisdizionale sulla concretezza dell'impedimento, la Corte si spinge su un terreno "minato", riguardante in particolare i limiti al sindacato di merito che il giudice può esercitare sull'attività del potere esecutivo, a fronte dell'eccezione difensiva secondo la quale ciò non sarebbe consentito all'Autorità giudiziaria, pena l'invasione della sfera di competenza di altro potere dello Stato.

È proprio questo il passaggio maggiormente significativo della pronuncia, posto che è la soluzione di questo quesito la chiave di volta per risolvere il delicato tema del bilanciamento tra le prerogative dei due poteri in conflitto. Sul punto il pensiero della Corte è chiaro: è vero che in simili ipotesi l'esercizio della funzione giurisdizionale ha una incidenza indiretta sull'attività del titolare della carica governativa, ma è altrettanto vero che il principio della separazione dei poteri non può considerarsi violato dalla previsione del potere giudiziale di valutare in concreto l'impedimento, rilevando solo il suo cattivo esercizio.

La soluzione offerta dalla Corte sta tutta, dunque, nell'equilibrio con cui dev'essere condotta l'esegesi del principio della leale collaborazione che - come si legge nella motivazione - ha *carattere bidirezionale*: esso riguarda sia il giudice (il quale deve evitare il cattivo esercizio del potere di valutare in concreto l'impedimento prospettato) sia il Presidente del Consiglio dei ministri «la programmazione dei cui impegni, in quanto essi si traducano in altrettante cause di legittimo impedimento, è suscettibile a sua volta di incidere sullo svolgimento della funzione giurisdizionale». Da qui, quindi, l'esigenza di estendere anche al titolare di funzione governativa, quanto già la Consulta aveva avu-

to modo di affermare con riferimento al legittimo impedimento dei membri del Parlamento «tanto più che, a differenza di questi ultimi, il Presidente del Consiglio dei ministri ha il potere di programmare una quota significativa degli impegni che possono costituire legittimo impedimento»¹¹. Tradotto nella pratica, l'equilibrato contemperamento delle due posizioni, alla luce della leale collaborazione "bidirezionale", impone per la Corte il coordinamento dei rispettivi calendari: da un lato, il giudice dovrà tener conto del calendario degli impegni del Capo dell'Esecutivo costituenti legittimo impedimento a norma del comma 1; dall'altro, sarà quest'ultimo a dover programmare i suoi 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».

L'ulteriore profilo di incostituzionalità viene, poi, individuato dai giudici nella previsione del comma 4 dell'art. 1¹², norma dichiarata interamente incostituzionale sia perché introduceva un criterio distonico rispetto alla regola generale dell'art. 420-ter c.p.p. (continuatività dell'impedimento a fronte della unicità e specificità dello stesso, prevista dalla regola processuale comune), sia perché faceva dipendere dalla mera attestazione dell'impedimento resa dalla Presidenza del Consiglio dei ministri (struttura dipendente dallo stesso soggetto interessato a dedurlo) l'effetto automatico del rinvio dell'udienza: detta disposizione, a ben vedere, come ineccepibilmente affermato dai giudici costituzionali, finiva per produrre effetti equivalenti a quel-

li di una temporanea sospensione del processo ricollegata al fatto della titolarità della carica, cioè di una prerogativa disposta in favore del titolare, prestando sicuramente il fianco alla censura di costituzionalità sollevata.

Considerazioni conclusive

L'esito costituzionale della vicenda del legittimo impedimento induce a riflettere l'interprete sulla portata della complessa decisione dei giudici costituzionali, i cui effetti stanno già cominciando a manifestarsi in questi giorni, con la "ripresa" dei dibattimenti che, a vario titolo, riguardano i processi penali attualmente in corso nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri e che rischiano di compromettere ancora di più il già sottile equilibrio dei rapporti tra organi costituzionali dello Stato.

Non sfugge la facile strumentalizzazione che l'esito costituzionalmente "infausto" delle vicende riconnesse ai "lodi" che, nel corso degli anni, sono stati inesorabilmente bocciati dalle decisioni della Consulta può avere sulle sorti della già malandata giustizia. Del resto, la sua paventata riforma, presentata pochi giorni or sono dall'Esecutivo unitamente alla norma sull'estensione della responsabilità civile dei magistrati, a prescindere dal merito, hanno già sollevato un vespaio di polemiche da parte dei destinatari della medesima e dei sostenitori dell'opposizione politica all'attuale maggioranza parlamentare i quali hanno voluto intravedere, con la presentazione di tali "rivoluzionari" testi, il primo atto di belligeran-

¹¹ Il riferimento, nella motivazione, è alle già citate sentenze della C. cost., n. 451 del 2005, n. 284 del 2004, n. 263 del 2003 e n. 225 del 2001.

¹² Ove la Presidenza del Consiglio dei ministri attesti che l'impedimento è *continuativo* e correlato allo svolgimento delle funzioni di cui alla presente legge, il giudice *rinvia* il processo a udienza successiva al periodo indicato, che non può essere superiore a sei mesi.

za conseguente all'ennesima bocciatura di un testo legislativo ordinario proiettato a fornire un ombrello giudiziario per evitare lo svolgimento dei processi al Capo del Governo.

La questione, come è facile comprendere, non può essere più condotta solo sul piano del rispetto delle forme processuali né, tantomeno, affidata soltanto al principio della leale collaborazione, non importa se bidirezionale o meno. Il clima di questo periodo e l'aperto scontro che ne è seguito tra politica e giustizia non lasciano speranza soprattutto a chi, di questo clima, ne farebbe davvero a meno: il cittadino, nel cui nome la Giustizia è amministrata.

In questo vortice, ormai inarrestabile, di proclami, atti e reazioni, più o meno giustificate, degli attori di questa ultradecennale "telenovela", a rimetterci è proprio l'utente del sistema giustizia la cui unica aspirazione è quella di ottenere rapidamente e con certezza una risposta alla sua domanda. Non va, infatti, dimenticato che la giustizia è un servizio, e come ogni servizio dev'essere ge-

stata con criteri di efficienza ed economicità, evitando pericolose derive che conducono a inevitabili strumentalizzazioni e determinano il venir meno di quella fiducia nelle istituzioni (sia politiche che giudiziarie) che i cittadini devono sempre mantenere elevata in uno Stato democratico.

E allora, sembra del tutto logico ritenere che solo un intervento sulle vigenti disposizioni costituzionali (e, segnatamente, sull'art. 68 Cost.) potrebbe garantire e risolvere una volta per tutte il tema del rinvenimento del giusto equilibrio tra politica e giustizia. Qualsiasi soluzione alternativa, come quella di un recupero affidato al buon senso di tale equilibrio – come pure autorevolmente chiesto a gran voce e reiteratamente dal Capo dello Stato – o, all'estremo opposto, quella consistente nel riformare la giustizia con colpi di mano dagli effetti potenzialmente dirompenti e poco funzionali all'esigenza di speditezza processuale invocata dai cittadini e dagli operatori del diritto, non avrebbe l'effetto sperato, se non quello di avvelenare ancora più il clima politico già così alterato.

Anche nel caso di diffamazione è ammissibile il sequestro preventivo del sito internet

Corte di cassazione, Sezione V, sentenza 24 febbraio 2011, n. 7155 - Pres. Amato; Rel. Sabeone

Considerato che nessun ostacolo sussiste a ritenere la diffusione a mezzo internet di un articolo giornalistico come una modalità di manifestare al pubblico il proprio pensiero, è ammissibile il sequestro preventivo del supporto o dello strumento, sempre che sia giustificato da effettiva necessità e adeguate ragioni, le quali si traducono in una valutazione sulla possibile riconducibilità del fatto nell'area del penalmente rilevante e sulla presenza di esigenze impeditive tanto serie quanto è vasta l'area della tolleranza costituzionalmente imposta alla libertà di parola.

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Milano in funzione di Giudice del Riesame, con ordinanza del 25 giugno 2010, ha confermato il decreto del 13 maggio 2010 del GIP del Tribunale di Milano con il quale, nell'ambito del procedimento penale a carico di B, era stata applicata la misura cautelare reale del sequestro preventivo dell'articolo pubblicato sul sito "www.societàcivile.it/blog" intitolato "Basso Impero" limitatamente ad alcune espressioni ritenute lesive dell'onore e del decoro di R.
2. Avverso tale ordinanza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, a mezzo del proprio difensore, lamentando:
 - a) una motivazione illogica, incompleta e insufficiente sul punto della mancata equiparazione, ai fini dell'applicazione delle garanzie in tema di sequestro, tra pubblicazioni su carta stampata e pubblicazioni su siti internet;
 - b) una violazione di legge in merito alla presunta ma non definitivamente accertata diffamatorietà degli incisi oscurati.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e non merita accoglimento.
2. Giova premettere come nel presente giudizio non sia in discussione, come non lo era neppure nella precedente e immediata fase di merito, l'esistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora che sottostanno all'impugnato provvedimento cautelare (v. pagine 3-4 dell'ordinanza del Tribunale e il ricorso per la cassazione di tale ordinanza).

Oggetto del contendere è, da un lato (primo motivo del ricorso), la pretesa illogicità dell'impugnato provvedimento sul punto della ritenuta equiparazione alle pubblicazioni su supporto cartaceo delle pubblicazioni a mezzo rete internet ma senza la conseguenziale equiparazione anche delle garanzie giurisdizionali.

Inoltre, si contesta (secondo motivo del ricorso) la presunta ma non definitivamente accertata diffamatorietà delle frasi oggetto del provvedimento cautelare e, quindi, l'inesistenza delle condizioni di legge per operare, in via generale, il sequestro (articolo 1 del R.D.Lgs. 31 maggio 1946 n. 561, articoli 1 e 2 della legge 8 febbraio 1948 n. 47 e articolo 21, primo comma della Costituzione).

3. Quanto a tale ultimo motivo può evidenziarsi, per affermarsene immediatamente l'infondatezza, un duplice ordine di considerazioni: il primo, dato dalla mancata contestazione in sede d'impugnazione, circa la ritenuta esistenza, da parte del primo Giudice, del *fumus boni iuris*.

Il secondo, che la "definitivamente accertata diffamatorietà" delle frasi contenute nell'articolo pubblicato su internet non è un requisito previsto dalla normativa in tema di sequestro preventivo ma soltanto dall'articolo 1 del citato R.D.Lgs. 561/46, applicabile al solo sequestro probatorio.

Invero, il R.D.Lgs. n. 561 del 1946, all'articolo 1, primo comma, nel sancire che non si può procedere a sequestro dei giornali o di qualsiasi altra pubblicazione o stampato se non in virtù di una sentenza irrevocabile dell'autorità giudiziaria, si ricollega all'articolo 21 della Costituzione che tutela la libertà di stampa e con riferimento al sequestro pone una garanzia negativa, rafforzata da riserva di legge specifica (recitando: "si può procedere a sequestro soltanto con atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa lo autorizzi ovvero nel caso di stampa clandestina").

Il successivo secondo comma del suddetto articolo 1 costituisce, a sua volta, una deroga all'enunciato divieto e di conseguenza deve essere interpretato rigorosamente: in tale ottica questa Corte ha già avuto modo di segnalare che il sequestro ivi previsto non può che essere quello probatorio, sia per ragioni storiche (essendo stata la figura del sequestro preventivo introdotta solo con il codice di rito del 1988) sia, soprattutto, perché sarebbe contraria alla logica ed alle finalità tipiche dell'istituto, volto ad impedire l'aggravamento o il protrarsi delle conseguenze della ipotizzata condotta criminosa, la previsione di un sequestro preventivo limitato a tre sole copie (v. le sentenze 24 gennaio 2006 n. 15961, 7 dicembre 2007 n. 7319 e 12 giugno 2008 n. 30611 di questa stessa Sezione).

4. Quanto al primo motivo, occorre ancora prendere le mosse dall'articolo 21 della Norma Fondamentale (ma anche in ambito sovranazionale dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) che tutela l'esercizio dell'attività d'informazione, le notizie di cronaca, le manifestazioni di critica, le denunce civili con qualsiasi mezzo diffuse in quanto espressione di un chiaro diritto di libertà: quello della manifestazione del proprio pensiero.

Nessun ostacolo può, quindi, sussistere nel ritenere la diffusione di un articolo giornalistico a mezzo internet quale concreta manifestazione del proprio pensiero, che non può, quindi, trovare limitazioni se non nella corrispondente tutela di diritti di pari dignità costituzionale e

nel rispetto, altresì, delle norme di legge, di grado inferiore, con le quali il legislatore disciplina in concreto l'esercizio delle attività dianzi indicate.

Il sequestro preventivo, a sua volta, allorché cada su di un qualsiasi supporto destinato a comunicare fatti di cronaca ovvero espressioni di critica o ancora denunce su aspetti della vita civile di pubblico interesse non incide solamente sul diritto di proprietà del supporto o del mezzo di comunicazione ma su di un diritto di libertà che ha dignità pari a quello della libertà individuale.

Occorre, quindi, che la sua imposizione sia giustificata da effettiva necessità e da adeguate ragioni, il ché si traduce, in concreto, in una valutazione della possibile riconducibilità del fatto all'area del penalmente rilevante e delle esigenze impeditive tanto serie quanto è vasta l'area della tolleranza costituzionalmente imposta per la libertà di parola.

GIOIA SAMBUCCO

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

Il sequestro dei contenuti on-line: risposte giurisprudenziali e prospettive

The seizure of the content published on-line: jurisprudential responses and perspectives

La diffusione a mezzo internet di un articolo giornalistico costituisce una modalità di manifestare al pubblico il proprio pensiero. Sebbene la normativa di cui all'art. 1, comma 2, r.d.lg. n. 561 del 1946 consenta il sequestro probatorio, niente esclude - in assenza di previsioni espresse - il sequestro preventivo del supporto o dello strumento telematico, purché fondato su un'effettiva necessità e su ragioni di peso simmetrico alla libertà di esprimersi.

The circulation of a newspaper article on the internet is a mode of manifestation of one's thought to the public. Although the rules in art. 1, paragraph 2 of r.d.lg. n. 561 of 1946 permits the "seizure of evidence" - in the absence of expressed provisions - nothing precludes the "preventive seizure" of the media or the on-line tool, based on real needs and balanced reasons to freedom of expression.

Il panorama esistente

La *quaestio* oggetto di disamina - e, cioè, se è consentita e in quali limiti la misura reale preventiva di taluni strumenti tramite i quali si diffonde al pubblico il pensiero umano - non può essere ben compresa senza svolgere alcune considerazioni di carattere generale sulla libertà consacrata dall'art. 21 Cost.; più in particolare, comunque, la faccenda riguarda i contenuti inseriti sui siti internet e impone di capire se alle pubblicazioni telematiche deve applicarsi la disciplina sulla stampa - che limita il sequestro ma che prevede spe-

cialmente anche precisi obblighi - ovvero se devono applicarsi regole diverse in ragione delle differenze esistenti fra i due supporti della comunicazione.

Procedendo in linea di sintesi, è unanimemente condiviso il principio per cui la libertà di espressione costituisce un diritto costituzionale inalienabile in uno Stato effettivamente democratico; si può dire che il tasso di democraticità di un ordinamento è direttamente proporzionale al grado in cui la manifestazione del pensiero viene riconosciuta e attuata¹.

¹ In argomento Cimino, *Art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali*, *Dir. informaz. e informatica*, 2009, 4-5, 772. Secondo l'A. la presenza o assenza

Parimenti condivisibile l'assunto secondo cui la libertà di espressione svolge un ruolo di preminente centralità nell'ambito degli ordinamenti moderni, giacché costituisce la condizione per il corretto funzionamento di ogni altro istituto² e funge anche da presupposto di altre, numerose libertà costituzionali³.

L'ordinamento italiano tutela direttamente tale libertà attraverso l'art. 21 Cost., nel cui primo comma viene attribuito a ciascun individuo il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione.

Ne consegue che la garanzia *de qua* tutela in sé tanto la «manifestazione del pensiero» quanto la sua «diffusione» e costituisce la «pietra angolare» sulla quale si erige la realizzazione della personalità di ciascun individuo⁴.

Tuttavia il diritto di manifestare liberamente il pensiero e la libertà di diffusione (*rectius*: diffonderlo) che, in definitiva, consiste in un ulteriore «aspetto sostanziale della libertà di pensiero»⁵, pur essendo una primaria garanzia costituzionale non può essere considerata in modo avulso da altri fondamentali diritti, quali, a titolo esemplificativo, la riservatezza, l'onore e il decoro di ognuno, rispetto ai quali deve continuamente confrontarsi, talora, prevalendo, tal'altra, soccombendo.

In questi casi, dunque, occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti e accertare, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se è stato osservato o meno un giusto equilibrio tra tali interessi; non è pensabile costruire in modo aprioristico, una gerarchia all'interno di questi diritti, tutti, peraltro, *species* del più ampio *genus* delle libertà fondamentali dell'individuo.

La libertà di espressione, inoltre, deve necessariamente adattarsi al contesto in cui essa è manifestata, soggiacendo a eventuali vincoli sanciti per quello specifico ambiente sociale ed economico⁶.

Anche a livello europeo, l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosce e sancisce il principio della libertà di espressione, tuttavia non escludendo che possa essere assoggettata a restrizioni giustificate da ragioni di interesse pubblico ovvero generale, purché previste dalle legge.

A dir meglio, dalla disamina dei precedenti giurisprudenziali della Corte e.d.u gli Stati aderenti possono apportare restrizioni normative all'esercizio di tali libertà fondamentali, a condizione che le limitazioni rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito dalla norma, un intervento

del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, i suoi limiti legali e il suo fondamento teorico, rivelano la natura, più o meno, democratica della forma di governo vigente in una determinata società. V. anche la *Risoluzione sulla libertà di espressione del cittadino e la libertà di stampa e d'informazione* del 1993 adottata dal Parlamento europeo (Risoluzione A3-0282/93, G.U. n. C 20/113).

² Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, I, 464.

³ A titolo esemplificativo si segnalano i seguenti gruppi di disposizioni costituzionali: artt. 68 e 122; art. 15; artt. 17 e 18; artt. 39 e 49; artt. 8, 19, 20.

⁴ Al riguardo si segnala come la Corte costituzionale abbia avuto modo di precisare come «il nesso di indispensabile strumentalità della divulgazione rispetto alla manifestazione del pensiero esclude, sotto questo profilo, una distinzione che l'art. 21 in nessun modo consente». C. cost., sent., 16 giugno 1964, n. 48, *Giur. cost.*, 1964, 605.

⁵ In questi termini: Gorlero, *Libertà di stampa e ordine dei giornalisti*, *Giur. cost.*, 1969, 1512.

⁶ Cfr. Zencovich, *La libertà di espressione*, Bologna, 2004, 92.

sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati⁷. Nello specifico, è stata accertata la violazione dell'art. 10 Cedu quando le corti nazionali restringevano, limitavano o inibivano la divulgazione di dichiarazioni particolarmente critiche o aspre nei riguardi dell'operato di qualcuno, o di messaggi di natura politica, o di libri sulle attività dei servizi segreti⁸, o di ricerche non scientificamente del tutto provate⁹ o nella rivelazione di notizie attinenti alla vita intima o alla sfera riservata degli individui. Diversamente, non sono state apprezzate come violazioni dell'art. 10 Cedu la pubblicazione a mezzo stampa di dichiarazioni bellicose di terroristi¹⁰, di documenti diplomatici classificati come confidenziali¹¹, di materiale incitante all'odio etnico¹², di quello relativo a un'inchiesta parlamentare¹³, né la stampa di vignette denigratorie nei confronti della religione musulmana¹⁴.

Dal canto suo, l'art. 21 Cost. delinea la libertà di stampa come espressione del diritto di manifestare il pensiero; il secondo comma precisa come questa modalità di estrinsecare il pensiero non sia soggetta ad alcun tipo di autorizzazione né a censura. Inoltre è sempre il disposto costituzionale, istituendo al riguardo una duplice riserva di giurisdizione e di legge, a precisare come si possa procedere a sequestro «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressa-

mente lo autorizzi, ovvero nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili». Al riguardo è necessario segnalare la disciplina di cui al r.d.lg. del 31 maggio 1946 n. 561¹⁵, che all'art. 1, comma 1, pone un vero e proprio limite all'approvvigionamento giudiziario degli stampati giacché sancisce «se non in virtù di un sentenza irrevocabile di condanna».

Il disposto normativo consente il sequestro probatorio di soli tre esemplari dello stampato, a condizione che il contenuto di quest'ultimo importi una violazione della legge penale; tale norma, costituendo una deroga all'enunciato divieto, deve essere interpretata rigorosamente.

In definitiva, rispetto agli altri mezzi di manifestazione del pensiero, la stampa sembra godere di "guarentigie" che la rendono impermeabile all'applicazione di misure di tipo censorio a tutela della parte lesa.

La nozione di "prodotto editoriale"

Al giorno d'oggi, il concetto di stampa presenta significative evoluzioni indubbiamente connesse allo sviluppo della tecnologia informatica, in particolare, della rete internet, che ha amplificato in modo esponenziale le potenzialità individuali di esprimere il proprio pensiero e di diffonderlo.

⁷ Sul punto Sammarco, *Libertà di espressione, comunicazioni pubblicitarie e loro restrizioni nella giurisprudenza comunitaria*, *Dir. informaz. e informatica*, 2009, 3, 479.

⁸ Corte e.d.u., 26 novembre 1991, *Sunday Times v. The United Kingdom*, <http://www.coe.int>.

⁹ Corte e.d.u., 25 agosto 1998, *Hertel v. Switzerland*, <http://www.coe.int>.

¹⁰ Corte e.d.u., 23 gennaio 2007, *Falakaoglu, Saygili v. Turkey*, <http://www.coe.int>.

¹¹ Corte e.d.u., 10 dicembre 2007, *Stoll v. Switzerland*, <http://www.coe.int>.

¹² Corte e.d.u., 4 novembre 2008, *Balsyte, Lideikiene v. Lituania*, <http://www.coe.int>.

¹³ Corte e.d.u., 9 novembre 2006, *Leempoel e S.A. Ed. Cinerevue v. Belgium* <http://www.coe.int>.

¹⁴ Corte e.d.u., 13 settembre 2005 *I.A. v. Turkey*, <http://www.coe.int>.

¹⁵ Trattasi della normativa intitolata: *Norme sul sequestro dei giornali e delle altre pubblicazioni*.

Le particolari caratteristiche di internet rendono assai difficoltoso l'estensione delle norme giuridiche dettate per gli altri mezzi di comunicazione e, persino, l'apprestamento di una disciplina specifica. In ordine a tale ultimo profilo è opportuno segnalare come il legislatore ha, soltanto in astratto, dimostrato attenzione alla materia, presentando numerose proposte di legge succedutesi nel corso delle ultime legislature¹⁶; ma in concreto queste non sono mai state approvate, bloccate in una logica di veti incrociati, «transversale agli stessi schieramenti politici»¹⁷.

La difficoltà della possibile estensione delle norme che disciplinano la stampa in favore delle pubblicazioni a mezzo internet è *in primis* di ordine temporale, giacché le disposizioni *de quibus*, nonché quelle di rango costituzionale, sono state approvate in un periodo storico indubbiamente differente, con la conseguenza che il loro contenuto non è

agevolmente adattabile alle nuove sfide poste dalla tecnologia¹⁸.

L'ulteriore difficoltà è poi determinata dalla stessa nozione di stampa, così come definita dall'art. 1 della l. 8 febbraio 1948, n. 47¹⁹, imprescindibilmente correlata da un punto di vista ontologico alla sussistenza di un supporto cartaceo²⁰.

Ormai da un decennio anche la giurisprudenza si è dovuta misurare con tale problematica, ma le risposte fornite al riguardo sono diverse e spesso contraddittorie.

Talvolta è stato negata l'equivalenza tra le pubblicazioni *on-line* e quelle cartacee sulla base della differenza ontologica sopra ricordata tra la diffusione di copie a stampa, fisicamente distinte dall'originale, e quelle invece pubblicate su internet, il cui contenuto può essere liberamente accessibile, stampabile e modificabile dagli utenti²¹.

Nondimeno, altro orientamento²², ha inve-

¹⁶ Il riferimento è sia al d.d.l. n. 7292 (Anedda, Selva e altri), presentato il 13 settembre 2000 alla Camera, sia al d.d.l. n. 7422 (Siniscalchi ed altri) presentato il 9 novembre 2000. Per una disamina delle più recenti riforme in cantiere si rinvia a Minotti, *Sequestro senza protezione speciale per blog e chat contenenti frasi offensive*, *Guida dir.*, 2009, 14, 68.

¹⁷ In questi termini Pezzella, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, *Giur. di Merito*, 2010, 9, 2232.

¹⁸ In argomento v. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, *Dir. informaz. e informatica*, 1996, 831.

¹⁹ Trattasi della normativa intitolata: «Disposizioni sulla stampa». D'ora in avanti la l. n. 47 del 1948 sarà indicata "Legge sulla Stampa".

²⁰ Per completezza si precisa che la suddetta natura ontologica della stampa aveva dato luogo al medesimo problema interpretativo di assimilazione in punto di disciplina giuridica, anche con riferimento alla comunicazione di notizie per mezzo della radio e della televisione, tuttavia il problema fu definitivamente risolto con la l. n. 6 agosto 1990, n. 223 che in virtù dell'art. 10, comma 1, ha assimilato alla stampa l'attività trasmissiva e di diffusione delle notizie per mezzo di telegiornali e giornali radio, operata attraverso il mezzo radiotelevisivo, estendo a quest'ultima le disposizioni relative alla registrazione della stampa periodica.

²¹ Trib. Latina, 7 giugno 2001, *Giur. di Merito*, 2001, 1362, secondo cui: «non trova applicazione l'art. 1 del r.d.lg. n. 561 del 1946 che limita a tre copie il sequestro degli stampati disposto dal giudice penale, poiché si tratta di norma non richiamata dall'art. 1 l. n. 62 del 2001; atteso che anche ontologicamente non è possibile applicare detta disposizione ad internet, essendo illimitato il numero di copie di un sito riproducibili mediante la connessione ma essendo di norma unica la fonte di generazione dei dati, eliminata la quale viene meno la possibilità stessa di procurarsi il predetto materiale in linea, salva la possibilità di utilizzare le informazioni salvate su disco rigido». V. anche G.i.p. Aosta, 15 febbraio 2002, *Giur. di Merito*, 2003, 1476.

²² Trib. Salerno, 11 marzo 2001, *Giur. it.*, 2002, 85; Trib. Milano, 16 maggio 2002, *Giur. milanese*, 2003, 79. Quest'ultima pronuncia evidenzia come: «Alla luce della complessiva normativa in tema di pubblicazioni diffuse

ce equiparato la pubblicazione di un periodico a mezzo internet a una vera e propria pubblicazione cartacea sulla base della definizione di cui all'art. 1, l. 7 marzo 2001, n. 62, *Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche della legge 5 agosto 1981, n. 416*, prevedendo quindi, per la prima, i medesimi vincoli e le medesime garanzie della seconda.

L'emanazione della l. n. 62 del 2001, si prefiggeva quale obiettivo quello di ridisegnare un quadro normativo che facesse fronte in modo adeguato alla digitalizzazione delle comunicazioni e al fenomeno della c.d. «convergenza multimediale»²³, volendo disciplinare e favorire lo sviluppo dell'editoria e dell'informazione telematica, tentando così di dirimere la *querelle* relativa alla possibilità o meno di estendere alle comunicazioni telematiche la ancora vigente normativa sulla stampa²⁴.

Obiettivo quest'ultimo, affatto centrato dalla normativa *de qua* giacché lungi dal dirimere l'annosa questione della qualificazio-

ne giuridica applicabile alle testate telematiche, si è limitata a estendere il «regime delle provvidenze»²⁵ per l'editoria tradizionale anche all'ambito telematico.

La legge suddetta infatti ha esteso al “prodotto editoriale” le disposizioni previste dall'art. 2 della legge sulla stampa (rubricato «indicazioni obbligatorie sugli stampati») e anche l'ulteriore sottoposizione agli obblighi di registrazione previsti dall'art. 5 della legge medesima nel caso in cui si tratti di prodotto diffuso al pubblico con periodicità regolare e contraddistinto da una testata costituente elemento identificativo del prodotto.

Come autorevolmente rilevato²⁶, pur non essendo intervenuto il legislatore con la legge n. 62 del 2001 a emendare direttamente la definizione di “stampe e stampati”, introducendovi anche le pubblicazioni *on-line*, ha comunque equiparato alle “stampe e stampati” il “prodotto editoriale”²⁷, categoria quest'ultima che includerebbe le attività delle imprese editoriali (tanto *on-line*, quanto *off-*

sulla rete internet, risulta ormai acquisito all'ordinamento giuridico il principio della totale assimilazione della pubblicazione cartacea a quella diffusa in via elettronica, secondo quanto stabilito esplicitamente dall'art. 1, l. 7 marzo 2001 n. 62. Tale definizione incide e amplia quella contenuta nel r.d.lg. n. 561 del 1946, secondo cui non si può procedere al sequestro delle edizioni dei giornali, di pubblicazioni o stampati – contemplati nell'editto della stampa 26 marzo 1848 n. 695 – se non in virtù di una sentenza irrevocabile».

²³ In argomento v. ampiamente Cimino, *Art. 21, cit.*, 772.

²⁴ Per un'ampia trattazione dell'argomento cfr. Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, *Dir. inform. e informatica*, 1998, 12. Secondo l'A. il tentativo di estendere la disciplina vigente per la stampa anche ai documenti telematici si risolveva in una maldestra operazione di disciplina giuridica di realtà assai diverse e ben più complesse.

²⁵ Cfr. Bacchini, *Il sequestro di un forum on-line: l'applicazione della legge sulla stampa tutelerebbe la libertà di manifestazione del pensiero in Internet?*, *Dir. informaz. e informatica*, 2009, 3, 512.

²⁶ Cimino, *Obbligo di registrare la pubblicazione on-line quale testata giornalistica*, *Dir. ind.*, 2009, 267.

²⁷ Secondo l'art. 1 della l. n. 62 del 2001, il prodotto editoriale consiste ne «il prodotto realizzato su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici». La definizione di prodotto editoriale invece fornita dall'art. 1 della legge sulla stampa n. 47 del 1948 si incentrava su due criteri: uno prettamente ontologico attinente alla natura del mezzo di riproduzione utilizzato consistente ne «tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici»; l'altro in un criterio di tipo teleologico concernente le finalità della pubblicazione «in qualunque modo destinate alla pubblicazione». In argomento v. ampiamente Boggiano, *Nuovi spunti sulla stampa telematica alla luce della L. 7 marzo 2001, n. 62*, *Giur. it.*, 2002, 85.

line)²⁸ e assimilando tutte le varie sotto-specie di pubblicazioni oggi editabili quali, a titolo esemplificativo, la carta stampata, le riviste informatiche, quelle telematiche, *e-book* ecc.²⁹.

Si ritiene pertanto che, a oggi, internet possa costituire un veicolo editoriale a tutti gli effetti, nella accezione delineata dall'art. 1 l. n. 62 del 2001³⁰, in quanto realizzato su supporto destinato alla diffusione di informazioni con mezzo elettronico, attraverso l'immissione, nella rete mondiale, di una serie di informazioni.

In virtù della estensione dell'art. 2 l. n. 47 del 1948, tutti i prodotti editoriali sarebbero in tal modo equiparati, anche ai fini penali, alla disciplina riservata alla stampa e alle conseguenti maggiori garanzie a essa attribuite in virtù della importante funzione svolta in una società democratica dai mezzi di comunicazione di massa, dei quali «internet fa parte a pieno titolo»³¹.

Tirando le somme, l'estensione normativa della disciplina che regola la stampa ai prodotti digitali deve essere subordinata all'esistenza dei requisiti espressamente previsti dalla l. 62 del 2001: si deve cioè trattare di prodotto dotato di testata (titolo identificativo), di finalità informativa legata all'attualità e di periodicità regolare.

Ne consegue che non è possibile aprioristicamente ricondurre nell'ambito della categoria "prodotto editoriale" ogni *blog*, forum di discussione e più in generale, tutti i siti web. Insomma, dall'esistenza di nuovi mezzi di espressione del libero pensiero non deriva automaticamente che questi (*newsletter*, *blog*, *forum*, *newsgroup*, *mailing list*, *chat*, messaggi istantanei, e così via) possano, tutti in blocco, solo perché tali, essere inclusi nel concetto di stampa ai sensi di legge, giacché occorre una precisa analisi dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi³².

D'altra parte il sito *web* è una scatola: «per valutarne il contenuto - e quindi anche l'eventuale assimilabilità, nel bene e nel male, alla normativa sulla stampa - andrà analizzato di volta in volta cosa c'è dentro»³³.

Il sequestro preventivo in materia

Dalla qualificazione del materiale reperibile su internet come «prodotto editoriale» discendono delle conseguenze di notevole rilievo e precisamente l'obbligo (in alcuni casi specifici) della registrazione (presso il tribunale competente, o presso il Roc, a seconda che si tratti di privati o di imprenditori) e il beneficio del sistema di "guarentigie" sopra

²⁸ I prodotti "on-line" sono quelli fruibili per mezzo delle connessioni telematiche. Quelli invece "off-line" sono supporti digitalizzati autonomi (*compact disk*).

²⁹ Per un inquadramento sistematico della questione v. Cimino, *Art. 21*, cit., 774.

³⁰ Per la relativa definizione sia concesso il rinvio alla nota n. 25.

³¹ Spagnoletti, *Profili problematici del reato di diffamazione a mezzo internet*, *Giur. di Merito*, 2003, 1616.

³² La più recente giurisprudenza talora esclude "*newsletter*, *blog*, *forum*, *newsgroup*, *mailing list*, *chat*, messaggi istantanei" dal novero dei prodotti editoriali, tal'altra, giunge alla soluzione opposta. Nel 2006 il Tribunale di Aosta aveva affermato l'equiparabilità del *blogger* al direttore di un giornale: Trib. Aosta, 1° giugno 2006, n. 553, *Dir. e giustizia*, 2006, 31, 78. La Suprema Corte, in un altro caso, ha ritenuto che gli interventi dei partecipanti a un *forum* di discussione non possono rientrare nel concetto di stampa o di prodotto editoriale: cfr. Cass., sez. III, 10 marzo 2009, n. 10535, *Guida dir.*, 2009, 14, 66. Con altra pronuncia la Corte di cassazione ha precisato, invece, l'equiparazione dei siti internet alle pubblicazioni a stampa: cfr. Cass., sez. III, 27 settembre 2007, n. 39354, *Arch. n. proc. pen.*, 2008, 330.

³³ In questi termini, Pezzella, *Google Italia*, cit., 2232.

delineato che “proteggono” la stampa dal sequestro.

Le citate conseguenze, tuttavia, non si pongono in termini di assoluta interdipendenza: è infatti ipotizzabile il caso di materiale informativo digitale che, pur essendo sottoposto all'obbligo della registrazione, configurando così un'ipotesi di prodotto editoriale, non riesca a superare la soglia che lo colloca nel sistema di protezione riconosciuto alla stampa a tutela della libera manifestazione del pensiero³⁴. Pertanto, la disciplina dettata dall'art. 21, comma 3, Cost. in materia di sequestro di stampati, per tutte le ragioni sopra esaminate, non è automaticamente estensibile ai mezzi di diffusione del pensiero diversi dalla stampa³⁵, per i quali, però, operano comunque le garanzie previste dal comma 1 dello stesso art. 21 Cost., nonché dall'art. 10 Cedu.

È nell'ambito di tali considerazioni che deve essere ricondotta la vicenda processuale oggetto di disamina: nel caso di specie, la doglianza del ricorrente muove da una premessa giuridica non condivisibile, giacché pretende l'automatica estensione della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 21 Cost. e della normativa di cui al r.d.lg. n. 561 del 1946 per il solo fatto della ritenuta equiparabilità di un sito internet alla pubblicazione cartacea.

La Suprema Corte, sebbene non abbia preso alcuna posizione sulla suddetta equiparazione, ha precisato come la disposizione di cui all'art. 1 r.d.lg. n. 561 del 1946, che consente il sequestro di tre sole copie nell'ipotesi di «definitivamente accertata diffamatorietà», riguardi solo il sequestro probatorio e

non anche quello preventivo, con la conseguenza che il menzionato parametro normativo non è affatto vincolante per ritenere legittima o meno la misura cautelare reale.

La riferibilità della disposizione di cui all'art. 1, comma 2, r.d.lg. n. 561 del 1946 al solo sequestro probatorio è stata ritenuta sia alla luce di una semplice motivazione di tipo temporale (quello preventivo è stato introdotto nell'ordinamento solo successivamente), sia in virtù del tenore letterale della disposizione; qui infatti è espressamente chiarito come la misura del sequestro possa colpire soltanto tre copie: la limitazione a un così esiguo numero di esemplari è logicamente incompatibile con le peculiari finalità della misura cautelare di cui all'art. 321 c.p.p. (impedire l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze della condotta asseritamente diffamatoria)³⁶.

... e di un *blog*

Tale orientamento, tuttavia, impone la disamina di un aspetto che, pur avendo un rilevante interesse, è soltanto adombrato dalla motivazione della sentenza annotata: quello relativo alla applicabilità del sequestro preventivo a un *blog*.

In argomento, i giudici di legittimità hanno soltanto ritenuto che il sequestro preventivo di un qualsiasi supporto destinato a comunicare fatti di cronaca ovvero espressioni di critica (quindi anche di stampati, oltre che di siti *web*) risulti subordinato esclusivamente ai presupposti tipici delle disposizioni codicistiche quali, da un lato, la astratta riconducibilità del fatto all'area del penalmen-

³⁴ Chiarolla, *Riflessioni intorno al concetto di prodotto editoriale digitale*, *Foro it.*, 2010, II, 106.

³⁵ In argomento v. anche Minotti, *Sequestro senza protezione*, cit., 66.

³⁶ Cfr., pressoché analogamente, Cass., sez. V, 7 dicembre 2007, n. 7319, *Cass. pen.*, 2009, 1153; Cass., sez. V, 24 gennaio 2006, n. 15961, *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 51.

te rilevante e dall'altro, l'esigenza di impedire che il reato venga portato a ulteriori conseguenze³⁷.

Sotto tale profilo, la questione poteva costituire l'occasione per precisare alcuni aspetti al fine di circoscrivere i presupposti di ammissibilità del sequestro preventivo nel caso di contenuti pubblicati su internet, stante l'assenza di una precippua normativa di riferimento, al fine di evitare un uso *ad libitum* della misura cautelare.

Un importante nodo riguarda l'applicabilità del sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p. (misura tipicamente reale) anche nei confronti di un *blog* che si caratterizza per la sua essenza di bene immateriale. La natura reale della misura si evince anche dall'apposizione di un vincolo di indisponibilità alla *res*, con l'ulteriore effetto di sottrarre il bene a chiunque al fine di impedire gli effetti dannosi ovvero di rimuovere quelli già verificatisi³⁸. Sotto tale profilo, l'apprensione di un *blog* non pregiudica, in linea di principio, l'applicabilità del vincolo, non potendo negarsi che a questo, come in generale a un qualsiasi sito internet, è attribuibile anche una sua "fisicità", ovvero una dimensione concreta. La questione tra l'altro è già stata positivamente risolta in un caso³⁹, simile a quello qui esaminato, nel quale si dubitava che il provvedimento di sequestro disposto su di un sito internet rientrasse nella categoria tipica delle misure cautelari reali, mancando l'approvvigionamento di una *res*⁴⁰.

Non si trascuri, sotto un profilo distinto,

che il sequestro preventivo di un intero sito internet contenente un *blog* consiste in un ordine volto a impedire il collegamento a quel sito ovvero a quel *blog*, risolvendosi in una azione inibitoria atipica capace di alterare la natura e la funzione del sequestro preventivo.

L'intero "blocco" del *blog*, peraltro, è una misura, oltretutto inopportuna, essenzialmente *contra legem* poiché impedisce al *blogger* la possibilità di esprimersi eventualmente su temi diversi; conclusione quest'ultima, inappagante anche sotto il profilo della libertà di espressione disegnata dalla Carta costituzionale. Un giusto temperamento di opposti interessi di rilievo primario dovrebbe imporre di circoscrivere la misura cautelare reale alla sola parte espositiva ritenuta idonea ad aggravare gli effetti del reato; ciò presuppone che il giudicante proceda a una sorta di "operazione chirurgica" finalizzata a "colpire" e "trattare" il solo contenuto incriminato per impedirne la divulgazione e l'accesso.

Inoltre - come suggerisce anche la Corte - il bilanciamento tra gli interessi coinvolti richiede maggior rigore in punto di analisi probatoria dei presupposti che legittimano il sequestro preventivo, dovendosi enucleare con chiarezza un effettivo *periculum*, concreto e attuale⁴¹.

Valga peraltro la considerazione generale che intanto il sequestro preventivo può essere ritenuto legittimo - anche alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte europea - in quanto risponda a un «bisogno so-

³⁷ Per considerazioni analoghe v. anche Melzi D'Eril, *La cassazione reintroduce una misura cautelare esclusa con il passaggio dal fascismo alla libertà*, Guida dir., 2011, 13, 64.

³⁸ In argomento, Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, *passim*.

³⁹ V. Cass., sez. III, 29 settembre 2009, n. 4943, *Foro it.*, 2010, II, 136.

⁴⁰ La Suprema corte, ha però spazzato via ogni possibile incertezza al riguardo precisando come il sequestro preventivo, in quel caso, non risultava privo del carattere della realtà in relazione al vincolo che per effetto di esso era stato imposto all'*hardware*, necessario per il funzionamento del sito.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680, *Cass. pen.*, 1995, 1488.

ziale imperioso», il cui riconoscimento deve basarsi su di una valutazione della riconducibilità del fatto all'area del penalmente rilevante e di esigenze impeditive commisurate alla condotta lesiva⁴². Da ciò consegue che oggetto di valutazione – non eludibile – devono anche essere, da un lato, l'applicabilità al caso di specie della eventuale esimente del diritto di cronaca e di critica – che, ove ritenuta in astratto configurabile, escluderebbe l'intervento preventivo – e, dell'altro, il principio di proporzionalità della misura all'entità del fatto, al fine di evitare un'esasperata (*rectius*: indebita) compressione della libertà di manifestare il pensiero⁴³.

Questa interpretazione sembra trovare conferma anche nel provvedimento annotato, nella parte in cui si precisa che il sequestro deve essere «giustificato da una effettiva necessità e da adeguate ragioni»; tale monito – seppur timidamente espresso – impone al giudicante, non soltanto, di enucleare i presupposti di applicazione del sequestro, ma di dare anche conto delle concrete ragioni che lo rendono, in quel caso, assolutamente necessario; si tratta di tutelare un regime democratico, dove non è ammissibile un provvedimento che – sfuggendo a tali caratteristiche – si trasformi in una surrettizia censura alla stampa, appunto, vietata dalla Costituzione.

⁴² Cass., sez. V, 7 dicembre 2007, n. 7319, *Arch. n. proc. pen.*, 2008, 440.

⁴³ Sulla applicazione dei criteri delineati dall'art. 275 c.p.p. anche alle misure cautelari reali v. Cass., sez. V, 21 gennaio 2010, n. 8152, *CED Cass.*, 246103. *Contra*: Cass., sez. III, 20 gennaio 2003, n. 1421, *CED Cass.*, 223473.

Il decreto di sequestro individui “a monte” il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti

Corte di cassazione, Sezione V, sentenza 1° febbraio 2011, n. 1887 - Pres. e Rel. Rotella

Viola la legge il sequestro, pur probatorio, in assenza di previa individuazione degli oggetti da sequestrare e, nel provvedimento, occorre indicare e, perciò, valutare quali sono i corpi di reato o le cose pertinenti al reato; la cernita delle cose utili alla prova è dunque a monte del sequestro.

1. L'indagato L e la terza interessata C, entrambi avvocati, ricorrono ciascuno contro ordinanza del Tribunale di Trieste, che ha rigettato le loro (e di altro terzo interessato) richieste di riesame di atti di perquisizione, in particolare dello studio professionale in cui esercitano attività professionale di avvocato e di sequestro.

Il Tribunale rileva, per quanto concerne la perquisizione, che è stata operata nel rispetto delle regole del caso (esecuzione personale del Procuratore della Repubblica, in presenza del rappresentante del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati). Rileva il *fumus* ed afferma che il sequestro scaturito dalla perquisizione non è preventivo, ma probatorio di cose pertinenti a reato, che vanno ancora scriminate a fine di indagine (in particolare accertamenti su materiale informatico), potendo offrire elementi di prova.

Il ricorso di L deduce in sintesi violazione di legge, sia circa la perquisizione, che circa il sequestro, pur inteso probatorio, in assenza di previa individuazione degli oggetti da sequestrare, nonché per il mancato dissequestro delle cose appartenenti alla C.

[*omissis*]

2. [*omissis*]

Il ricorso personale di L è invece ammissibile e fondato ed ha effetti estensibili.

Travisa bensì che risultava presente nel caso di specie il Procuratore della Repubblica ed il rappresentante dell'Ordine e soprattutto che la modalità della perquisizione comunque è per sé irrilevante a fine di censura di legittimità del provvedimento di riesame, che ha mantenuto il sequestro probatorio (S.U. n. 5021/96, S., v. in part. CED, rv. 294643).

Ma rileva giustamente (cfr. S.U. n. 5876/04, P.C.F. in proc. B.) che il Tribunale non poteva rigettare la stessa richiesta, senza indicare e perciò valutare quali fossero i corpi di reato o le cose pertinenti al reato per finalità probatorie.

Difatti il Tribunale ha mantenuto indiscriminatamente il vincolo del sequestro di cose, per sé legittimamente detenute dall'indagato e dalla terza interessata, confondendo (così come il

ricorrente) la pertinenza con la ravvisabilità del reato (*fumus*) e le modalità di perquisizione per l'effetto di sequestro, che concerne solo le cose connesse alla notizia di reato per cui si procede, salvo che quelle rinvenute ne offrano una propria (si pensi ad armi e stupefacenti). La cernita delle cose utili alla prova è dunque a monte del sequestro di ciascuna per fine probatorio.

[*omissis*]

LAURA CAPRARO

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

Presupposti del sequestro probatorio e precisazione finalistica del *corpus delicti*

Probative seizure requirements, with regard to the specific case of the corpus delicti

Premesso che i concetti di *fumus*, pertinenza e finalità probatorie in materia di sequestro sono autonomi e non sovrapponibili, emerge la necessità di indicare nel relativo provvedimento qual è il corpo del reato e quali sono le cose a esso pertinenti, specificandone anche in relazione al primo – sulla scia del principio già espresso dalle Sezioni Unite – l'utilità per l'accertamento dei fatti.

It is necessary to specify what the fumus commissi delicti consists of, why the object to put under seizure is pertinent to the crime and why it is indispensable to fact finding. Choosing and determining exactly which things are useful for the finding of the facts is something that must be done before ordering seizure, even with regard to the corpus delicti's seizure.

Requisiti del sequestro probatorio

La sentenza annotata, nonostante il contenuto assai scarno, offre un contributo significativo per una esatta esegesi dell'art. 253 c.p.p. I giudici della Cassazione, infatti, annullano con rinvio l'ordinanza del trib. riesame di Trieste, che aveva rigettato la richiesta di riesame proposta dall'imputato e contro la quale quest'ultimo ha proposto ricorso, sulla base del principio secondo il quale nel provvedimento che disponga un sequestro è necessario dare conto di quale sia (o quali siano) il corpo del reato e quali le cose pertinenti al reato, per consentire di valutarne la utilità ai fini della prova («la cernita delle cose utili alla prova è a monte del sequestro di ciascuna per

fine probatorio»).

Il contenuto di maggior rilievo della pronuncia, pur nella laconicità dei passaggi argomentativi, è rappresentato dalla opportuna indicazione di metodo in essa contenuta: prendendo spunto dalla confusione concettuale operata dal tribunale del riesame e dal ricorrente, la Cassazione chiarisce che i contorni del *fumus* di reato, della pertinenza e di quello relativo alle esigenze probatorie sottese alla misura sono distinti e non intercambiabili.

Ciò sta a significare, prima di tutto da un punto di vista metodologico, che è necessario: fornire gli elementi che inducono a ritenere l'esistenza del *fumus* del reato per il quale si procede; in secondo luogo, indicare

in modo specifico i beni da porre sotto sequestro e, contestualmente, la connessione che tali beni presentano con i fatti¹; in ultima istanza, specificare le esigenze legate all'accertamento che giustificano l'adozione della misura.

Per quanto riguarda il *fumus*, è noto che si tratta di un requisito elaborato dalla giurisprudenza², la quale ha puntualizzato espressamente quanto era implicito nell'art. 253 c.p.p., e cioè che il sequestro concerne le sole cose connesse al reato per cui si procede (salvo che quelle rinvenute possiedano l'idoneità a costituire notizia di reato di per se stesse): il provvedimento di sequestro deve contenere l'indicazione degli elementi essenziali del fatto, nonché il riferimento alla norma penale implicata³. In definitiva il sequestro non deve essere disposto come mezzo di acquisizione della notizia di reato, ma soltanto quando l'organo giudiziario disponga di elementi tali da fare ritenere che sia stato commesso un reato⁴.

Proseguendo più a fondo nell'analisi dei

requisiti, il decreto di sequestro deve indicare in modo specifico quali siano le cose da sequestrare⁵, non essendo legittimo il provvedimento che abbia contenuto generico quanto all'oggetto. Mentre, infatti, la perquisizione si può riferire a cose non precisate *a priori*, purché circoscritte nel *genus*⁶, il sequestro presuppone la individuazione delle cose da sottoporre a vincolo, anche quando il provvedimento va eseguito al termine di una perquisizione⁷.

Affinché possano essere sottoposte a vincolo di indisponibilità, è necessario inoltre che le cose o i beni in questione possano essere ricondotti o alla categoria del "corpo del reato" ovvero a quella di "cosa pertinente al reato"⁸.

È noto che il comma 2 dell'art. 253 c.p.p. fornisce l'interpretazione autentica della formula "corpo del reato", disponendo che «sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo».

¹ Non è naturalmente richiesta la certezza della sussistenza del rapporto di pertinenza, ma è sufficiente anche «solo un *fumus* come fondamento del nesso tra le cose da sequestrare e il tipo di reato oggetto delle indagini». Così, Tranchina, *Sequestro*, Enc. giur., XXVIII, Roma, 1992, 2.

² Per esempio, Cass., sez. I, 25 giugno 1990, Riv. pen., 1991, 762; Cass., sez. I, 29 ottobre 1993, Cass. pen., 1995, 134; Cass., sez. V, 2 marzo 1995, Cass. pen., 1996, 892, con nota di Baccari, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*; Cantone, *Perquisizioni e sequestri: dalle tecniche investigative alle problematiche processuali*, Arch. n. proc. pen., 2001, 4.

³ Tranchina, *Sequestro*, cit., 5.

⁴ Triggiani, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, Spangher (diretto da), II, I, *Trattato di procedura penale*, 444.

⁵ Secondo Cass., sez. V, 3 dicembre 2002, Guida dir., 2003, 30, 84, qualora il decreto non indichi in modo specifico le cose da sequestrare, il sequestro deve considerarsi atto di iniziativa della polizia giudiziaria che lo esegue e sottostare alla convalida del pubblico ministero.

⁶ Cass., sez. V, 15 dicembre 1994, Cass. pen., 1996, 1539.

⁷ Secondo una diversa opinione, in quest'ultima ipotesi, in cui il sequestro venga disposto nell'ambito di una perquisizione, sarebbe sufficiente il generico riferimento del relativo decreto alla possibile apprensione coattiva di cose emerse durante l'attività di ricerca che siano rilevanti ai fini delle indagini. Così, Dominioni, *Le prove*, AA.VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008, 269.

⁸ La tassatività della previsione discende, come è comprensibile, dalla natura coercitiva dello strumento: Tranchina, *Sequestro*, cit., 2. Del medesimo tenore l'interpretazione ricavabile da un *obiter dictum* contenuto in C. cost., sent. 1° giugno 1998, n. 229.

Altrettanto noto è che non esiste alcuna definizione normativa del concetto di “cose pertinenti al reato”, essendo stata precisa intenzione del legislatore quella di affidarsi, per la determinazione di quel significato, alla interpretazione giurisprudenziale⁹.

La prassi ritiene comunemente¹⁰ che il corpo del reato sia quella cosa che abbia un rapporto *diretto* con il fatto-reato. In quest’ottica, pertinenti al reato sono tutte le cose che presentano con tale fatto un legame anche solo indiretto, ma eziologicamente caratterizzato.

Ora, è di evidenza quasi intuitiva che, per un bene diverso dal corpo del reato, il vincolo pertinenziale debba essere dimostrato. Nel caso in cui si tratti di corpo del reato, invece, vi è l’illusione che il giudizio volto a verificare l’esistenza del vincolo sia superfluo: essendovi la descrizione normativa dell’art. 253, comma 2, c.p.p., l’unico onere gravante sull’interprete sembrerebbe quello di operare una corretta “qualificazione”. Ma questa operazione di “qualificazione”, volta ad accertare che il bene destinato al sequestro sia la cosa sulla quale o mediante la quale il reato è stato commesso, oppure che essa ne costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo, è in realtà una verifica – certo semplificata perché “guidata” dal legislatore, ma comunque

pur sempre una verifica – sulla pertinenza del bene al reato. Tra cose pertinenti al reato e corpo del reato sembra corretto, dunque, individuare un rapporto di *genus a species*.

Ciò detto, la questione principale legata al concetto di pertinenza risiede nella individuazione della soglia a partire dalla quale una cosa può legittimamente essere definita “pertinente al reato”.

Se si volge lo sguardo al dato normativo bisogna ammettere che esso non è di alcun aiuto. Non è dato di trovare neppure un apiglio interpretativo per una formula «fisiologicamente indeterminata»¹¹ che non può in alcun modo essere ricondotta entro «schemi rigidi e prefissati»¹². Né d’altra parte potrebbe essere diversamente perché, considerato che «pertiene al reato ogni reperto utile “a convinzione o a discolpa”»¹³, tale legame può in effetti essere apprezzato solo nella singola vicenda esaminata, nell’ambito della quale si può valutare in concreto se la tal cosa e il tale bene si riferiscono in qualche modo al reato, nel senso che presentano con esso qualche collegamento, oppure no.

Collegamento che, poi, rileverà esclusivamente nei limiti in cui quella medesima cosa o quel bene possiedono una attitudine probatoria funzionale, in concreto, a un accrescimento conoscitivo: tale il terzo requisito

⁹ Relazione al Progetto Preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, G.U., 24 ottobre 1988, n. 250 (Suppl. ord. n. 2), 68. A ben vedere la scelta del legislatore è stata la sola sensata, se pensiamo che sarebbe stata comunque impresa irrealistica e in definitiva impossibile quella di fornire una definizione normativa di pertinenza. Nel senso della inopportunità di una puntuale definizione della nozione cfr. Selvaggi, sub art. 253 c.p.p., Chia-vario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 735.

¹⁰ Tra le tante, Cass., sez. I, 28 settembre 1993, *Mass. Cass. pen.*, 1994, II, 134; Trib. Milano, sez. XI, 20 luglio 2007, *Foro ambrosiano*, 2007, 3, 344.

¹¹ Gabrielli, *Il sequestro probatorio non supera il riesame: la copia dell’hard-disk ritorna al giornalista, sia pure con qualche “scorciatoia” argomentativa*, *Giur. di Merito*, 2007, 1110.

¹² Selvaggi, sub art. 253 c.p.p., cit., 736.

¹³ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 841. Nel senso della inopportunità di una puntuale definizione della nozione cfr. Selvaggi, sub art. 253 c.p.p., cit., 735; De Crescenzo, *Il sequestro penale e civile*, Torino, 1997, 12 (per il quale le cose pertinenti al reato sarebbero le «cose connesse o collegate o ricollegabili al fatto reato»).

indicato dall'art. 253, comma 1, c.p.p., nel quale è disposto che il corpo del reato e le cose pertinenti al reato di cui si disponga il sequestro debbono essere «necessarie per l'accertamento dei fatti».

Il problema di maggior rilievo posto dalla norma riguardo alla finalità probatoria consiste in ciò: non è chiaro se tale finalità debba essere riferita a entrambe le categorie del *corpus delicti* e dei *producta sceleris* ovvero soltanto a queste ultime.

L'utilità istruttoria come presupposto ineludibile

In ordine alla questione interpretativa da ultimo esposta la sentenza in commento si inserisce in un panorama caratterizzato da un radicato contrasto interpretativo, alimentato anche da alterni orientamenti espressi dalle medesime Sezioni Unite.

Secondo una certa interpretazione riduttiva accolta in giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore del codice¹⁴, la circostanza che l'aggettivo «necessarie» utilizzato dalla norma concordi grammaticalmente con la nozione di «cose pertinenti al reato», che immediatamente lo precede, dovrebbe indurre a ritenere che la finalità probatoria richiesta dalla norma debba emergere soltanto in relazione alle cose diverse dal corpo del reato. Quest'ultimo, al contrario, dovrebbe sempre essere sottoposto a sequestro, a prescindere da qualsiasi accertamento in merito alla concreta necessità in chiave probatoria.

Un primo intervento delle Sezioni Unite sulla questione ha inaugurato l'indirizzo secondo il quale la verifica della concreta sussistenza delle esigenze probatorie è necessaria sia si tratti di cose pertinenti al reato sia si intenda sottoporre a vincolo di indisponibilità il corpo del reato¹⁵.

A tale indirizzo è seguito un diverso orientamento, alla luce del quale l'esigenza probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa*: l'unico onere in sede di applicazione e di controllo di legittimità sarebbe rappresentato dalla verifica circa la esatta qualificazione giuridica del bene; quando sia accertata la relazione di immediatezza tra il bene e il reato ipotizzato, nei termini descritti dal comma 2 dell'art. 253 c.p.p., non sarebbe richiesta alcuna giustificazione in chiave di esigenze probatorie¹⁶.

La finalità probatoria sottesa al sequestro del corpo del reato consegue, alla luce della pronuncia da ultimo citata, in modo automatico dalla qualità delle cose costituenti corpo del reato, nel senso che per queste ultime la necessità istruttoria sarebbe, per così dire, immanente. In questo modo, l'obbligo di motivazione del provvedimento – che sussiste sia quando esso sia adottato dall'autorità giudiziaria (art. 253, comma 1, c.p.p.), sia quando sia stato eseguito dall'autorità giudiziaria e debba essere convalidato dal pubblico ministero (art. 355, comma 2, c.p.p.) – sarebbe rispettato sol che nella parte motiva del provvedimento fosse contenuto il giudizio di qualificazione del bene come “corpo del reato”.

¹⁴ Ad esempio, Cass., sez. III, 28 settembre 1990, *Cass. pen.*, 1991, 286.

¹⁵ Cass., sez. un., 18 giugno 1991, *Cass. pen.*, 1991, 921.

¹⁶ Cass., sez. un., 11 febbraio 1994 (*Cass. pen.*, 1994, 2056 ss.) che, nell'affermare che per le cose che costituiscono corpo del reato non è necessario offrire la dimostrazione della necessità del sequestro in funzione probatoria, mostra di confondere i due diversi presupposti della pertinenza e della finalità probatoria. La Corte sostiene infatti nella pronuncia in oggetto che è sufficiente che il bene sia stato correttamente “qualificato”, senza accorgersi che il momento della qualificazione attiene, come si è visto, al giudizio sulla pertinenza, con il quale si esaurisce, senza che si possa a esso addossare anche l'onere di dimostrare la necessità ai fini dell'accertamento.

A quest'ultimo indirizzo interpretativo, che aveva trovato largo sostegno nelle sezioni semplici della Suprema corte, nonché in un'altra pronuncia delle Sezioni Unite¹⁷, si è infine contrapposto un orientamento¹⁸ che è tornato ad accogliere la interpretazione originaria fornita dalle medesime Sezioni Unite: le ragioni che giustificano in concreto la necessità dell'acquisizione interinale del bene per l'accertamento dei fatti devono essere esplicitate anche quando il sequestro abbia a oggetto il corpo del reato.

Nell'accogliere il principio enunciato, i giudici di legittimità utilizzano essenzialmente tre ordini di argomenti. In primo luogo, si rimarca che il codice del 1988 ha distinto i vari tipi di sequestro (probatorio, conservativo e preventivo), proprio in base alle diverse funzioni a ognuno riconosciute, di modo che tale indicazione non potrebbe ritenersi rispettata se non fosse ritenuto operante l'obbligo di motivazione anche in ordine alla finalità probatoria assegnata al sequestro del corpo del reato. In secondo luogo, si ritiene che il dato normativo confermi che il corpo del reato non è per definizione sempre necessario per l'accertamento dei fatti. Infatti l'art. 262, comma 1, c.p.p. impone la restituzione delle cose sequestrate (e quindi anche del corpo del reato), quando «non è più necessario mantenere il sequestro a fini di prova». Infine, opportu-

namente si rileva lo scorretto ed equivoco ricorso a categorie affatto diverse operato dalla precedente giurisprudenza, che aveva affermato che la finalità probatoria del corpo del reato discende direttamente dalla qualità della cosa stessa, a nulla rilevando che in concreto essa fornisca o meno la prova del fatto reato. Ciò che rileva - avevano affermato i giudici di legittimità¹⁹ - è la "idoneità" sempre immanente del corpo del reato a essere fonte di prova. Ma giustamente, come puntualizzano le ultime Sezioni Unite, una cosa è l'attitudine rappresentativa astratta, altra cosa invece ciò che richiede il codice, che nel descrivere l'oggetto del sequestro, parla al comma 1 dell'art. 253 c.p.p. di cose che debbono essere «necessarie per l'accertamento dei fatti», evocando chiaramente una *concreta* finalizzazione probatoria²⁰.

Con la sentenza che si annota la Suprema corte conferma, facendovi rinvio espresso, il *dictum* contenuto in tale ultima pronuncia a sezioni unite²¹, secondo cui, come si è visto, l'obbligo di motivazione non è correttamente osservato quando non sia in essa contenuta, anche qualora si tratti di corpo del reato, la indicazione delle ragioni che giustificano l'adozione del sequestro in funzione probatoria. Così facendo, si pone anche un limite alla evanescente omnicomprensività²² del concetto di pertinenza: confermando che anche

¹⁷ Cass., sez. un., 11 novembre 1994, *Cass. pen.*, 1995, 535 ss.

¹⁸ Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 161 e *Cass. pen.*, 2004, 1913, con nota di Masari, *La necessità ai fini dell'accertamento come presupposto del sequestro del corpo del reato*. Su tale pronuncia, pure Aprile, *Per le sezioni unite della Cassazione il sequestro probatorio è legittimo solo se sono motivate le finalità di accertamento che lo giustificano*, *Nuovo dir.*, 2004, 304 ss. e Fumu, *Sequestro probatorio, l'esigenza cautelare non è mai in re ipsa. È ricorribile per cassazione il decreto immotivato*, *Dir. e giustizia*, 2004, 11, 22.

¹⁹ Cass., sez. un., 11 febbraio 1994, cit.

²⁰ Secondo Peroni, *In tema di sequestro penale di libretti bancari, titoli di Stato e conti correnti*, *Cass. pen.*, 1996, 272, il concetto di pertinenza ricostruito come rapporto tra cosa e oggetto del decidere evoca in definitiva, nell'area specifica in esame, «quel principio di pertinenza-rilevanza che l'art. 187 eleva a direttiva generale dell'intera disciplina probatoria».

²¹ Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, cit.

²² Non essendo determinato né normativamente, né dalla giurisprudenza quale debba essere l'intensità del nesso di pertinenza tra il bene e il reato affinché il primo possa essere gravato dal vincolo di indisponibilità, si ri-

nel caso di sequestro del corpo del reato debbano essere specificate le esigenze probatorie perseguite, si mostra di postulare l'esigenza di plurimi giudizi cronologicamente e giuridicamente distinti, i quali consentono, in via gradatamente progressiva, di circoscrivere l'area applicativa dell'istituto, di modo che se ne possa scongiurare «un uso anche spregiudicatamente dilatato»²³.

Carenze originarie e intervento “sante” del giudizio di riesame

Si è visto come, oltre che del *fumus* del reato, nel provvedimento che dispone il sequestro debbano ricevere autonoma attenzione e trattazione il vincolo di pertinenza tra la cosa sequestrata e il reato per cui si procede e la finalità probatoria della stessa, nel senso che deve risultare dal provvedimento che essa è necessaria per l'accertamento del fatto.

Dell'esistenza e del concreto atteggiarsi di tali elementi²⁴ deve esservi traccia nella motivazione del provvedimento, che, quando sottoposto a controllo in sede di riesame a norma del combinato disposto degli artt. 257, 324 e 309 c.p.p., può anche essere integrato se lacunoso, purché non risulti affetto

da mancanza assoluta di motivazione in ordine ai punti indicati.

Nel caso di radicale mancanza di motivazione, infatti, sia del decreto di sequestro che dell'ordinanza confermativa del riesame, la Corte di cassazione deve pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio di entrambi i provvedimenti²⁵. Ciò risulta imposto dalla considerazione che, soprattutto per quanto riguarda il presupposto della specifica esigenza probatoria funzionale all'accertamento dei fatti oggetto di procedimento, sarebbe inopportuno, quando non arbitrario, l'intervento del tribunale volto a indicare, di propria iniziativa, le finalità del sequestro. Tale “invasione di campo”, viceversa, non si registra, quando la motivazione non è mancante ma carente. In tal caso, infatti, il tribunale del riesame ben può integrare il decreto di sequestro.

La ribadita autonomia tra perquisizione e sequestro. Rilievi critici

Per quanto riguarda i rapporti tra perquisizione e sequestro, e in particolare gli effetti prodotti da una perquisizione illegittima sul conseguente provvedimento di sequestro, la Cassazione, non rilevando nel caso di specie alcuna irregolarità in ordine alle modalità di

schia secondo alcuni di finire per ritenere pertinente qualunque cosa ritenuta utile per accertare l'illecito. Così, Gabrielli, *Il sequestro probatorio*, cit.

²³ Tranchina, *Sequestro*, cit., 1, con specifico riferimento alla situazione denunciata sotto la vigenza del codice abrogato, in cui il rischio denunciato, non essendo previsto alcun riferimento alla finalità dell'istituto, era ancora maggiore.

²⁴ L'accertamento della sussistenza del *fumus commissi delicti* deve essere operato sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati in punto di fatto per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma che vanno valutati così come esposti, per verificare se essi consentono di assumere l'ipotesi formulata in quella tipica (Cass., sez. un., 29 gennaio 1997, n. 23, *Arch. n. proc. pen.*, 1997, 198).

²⁵ Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, cit.

²⁶ La perquisizione nel caso in oggetto è stata condotta negli studi professionali dell'indagato e di terzo interessato, entrambi avvocati. Come è noto, l'art. 103, comma 7, c.p.p. prevede che i risultati delle perquisizioni negli uffici del difensore siano inutilizzabili (salvo che costituiscano corpo del reato) quando l'attività perquirente sia stata posta in essere in violazione delle garanzie di libertà che devono essere riconosciute al difensore.

svolgimento dell'attività perquirente²⁶, e rigettando dunque il relativo motivo dedotto, coglie l'occasione per rammentare che – come hanno stabilito le Sezioni Unite²⁷ – una eventuale illegittimità della perquisizione effettuata non avrebbe comunque prodotto alcuna conseguenza sul successivo sequestro.

L'indirizzo, volto a sostenere l'impermeabilità del sequestro conseguito a una perquisizione illegittima, ed espresso nel noto brocardo *male captum bene retentum*²⁸, si basa sulla pretesa autonomia tra il primo e il secondo istituto. In particolare, l'argomento centrale deriverebbe dalla considerazione che, qualora i beni siano oggettivamente sequestrabili ai sensi dell'art. 253, comma 1, c.p.p., perché riconducibili alle categorie del *corpus delicti* o dei *producta sceleris*, nessuna conseguenza potrebbe determinare in capo a tale provvedimento una eventuale illegittimità dell'attività di perquisizione posta in essere. Nessun divieto della specie cui l'art. 191 c.p.p. fa riferimento è infatti rilevabile nel tessuto codicistico per tale particolare ipotesi²⁹.

Secondo un diverso orientamento³⁰, la perquisizione, lungi dal configurarsi quale mero antecedente cronologico del sequestro, ne costituisce invece il presupposto giuridico, essendo peraltro pacifico, sotto il profilo applicativo, che il reperimento del corpo e delle cose pertinenti al reato difficilmente non con-

segue a una attività di perquisizione volta appositamente a ricercare proprio cose o beni che rivestano tale qualità. Su questa linea di pensiero si inserisce la decisione delle Sezioni Unite³¹ intervenuta a sanare il contratto esposto, alla quale fa rinvio la sentenza annotata.

Dalla affermazione di un necessario nesso di strumentalità tra perquisizione e sequestro, tale che entrambi i mezzi di ricerca della prova farebbero parte di un unico e complesso procedimento di acquisizione, le Sezioni Unite non traggono, tuttavia, quelle che dovrebbero essere le logiche e coerenti conseguenze. Non affermano, infatti – come invece dovrebbero in base alle premesse accolte – che i vizi che affliggano l'atto presupposto si trasmettono al risultato ottenuto generando una "inutilizzabilità derivata"³².

Al contrario si limitano ad affermare che «allorquando la perquisizione sia effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e non nei "casi" e nei modi stabiliti dalla legge, come prescritto dall'art. 13 Cost. si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è compatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino (...). Ne consegue che, non potendo essere qualificato come inutilizzabile un mezzo di ricerca della prova, ma solo la prova stessa, la perquisizione è nulla e il sequestro eseguito all'esito della stessa

²⁷ Cass., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, *Cass. pen.*, 1996, 3268, con osservazioni critiche di Vessicchelli.

²⁸ Il fondamento di tale principio è stato – a esclusione di isolate pur se autorevolissime posizioni (Cordero, *Procedura penale*, cit., 616 ss.) – per lo più messo in discussione dalla dottrina, che considera innegabile lo stretto rapporto funzionale sussistente tra i due mezzi di ricerca della prova. Così, Riccio, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, 184; Grifantini, *Inutilizzabilità*, *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 242.

²⁹ In quest'ottica il potere di sequestro non dipende in alcun modo dalle modalità attraverso le quali le cose sono state rinvenute.

³⁰ Cass., sez. V, 13 marzo 1992, *Cass. pen.*, 1993, 393; Cass., sez. III, 8 marzo 1995, *Cass. pen.*, 1996, 1916; in dottrina, tra gli altri, Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il conseguente sequestro*, *Cass. pen.*, 1996, 1545.

³¹ Cass., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, cit.

³² Montagna, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1127.

non è utilizzabile come prova nel processo, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, c.p.p., nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti».

Conclusione incongruente e argomentazione capziosa, avendo il sequestro di cui all'art. 253 c.p.p. sempre a oggetto il corpo del reato e le cose a esso pertinenti.

Per tali motivi si ritiene ancora attuale l'auspicio, formulato *de jure condendo*, di indicazioni normative più chiare e puntuali³³.

³³ Gambini, *Perquisizioni, sequestri, esclusione probatoria: interpretazioni attuali e prospettive de jure condendo*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 1289 ss.

Inammissibile la parte civile nel processo alle società

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 22 gennaio 2011, n. 2251 - Pres. Di Virginio; Rel. Fidelbo

Nel processo a carico dell'ente, così come disciplinato nel d.lgs. 231/2001, non è ammissibile la costituzione della parte civile. Se l'illecito amministrativo ascrivibile all'ente non coincide con il reato, ma costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende, deve escludersi che possa farsi un'applicazione degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., che invece contengono un espresso ed esclusivo riferimento al "reato" in senso tecnico. L'ostacolo maggiore all'applicazione diretta dell'art. 185 c.p. nella disciplina del processo ex d.lgs. 231/2001 – non importa se attraverso una interpretazione estensiva o analogica – è costituito dagli stessi limiti ermeneutici ed applicativi della norma citata, che si riferisce esclusivamente ai danni cagionati dal reato, nozione quest'ultima che non può coprire anche l'illecito dell'ente, così come delineato nel citato d.lgs. 231/2001. Allo stesso modo, anche l'art. 74 c.p.p. non può trovare applicazione attraverso la clausola di chiusura contenuta nell'art. 34 d.lgs. 231/2001, in quanto esso consente la costituzione della parte civile in funzione del ristoro dei danni previsti dall'art. 185 c.p., espressamente richiamato, cioè dei danni derivanti dal reato.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Il G.u.p. del Tribunale di Milano nell'ambito di un complesso procedimento in cui risultavano imputate numerose persone e società in ordine a reati di associazione per delinquere, corruzione, appropriazione indebita, oltre che per illeciti amministrativi ex d.lgs. 231 del 2001, ha applicato la sentenza di "patteggiamento" in epigrafe indicata nei confronti, tra l'altro, di (A) (mesi 9, giorni 15 di reclusione ed € 178,00 di multa, pena sospesa, con la condanna al pagamento delle spese e onorari in favore della parte civile costituita, Agenzia delle Entrate), (B) (mesi 9, giorni 15 di reclusione ed € 200,00 di multa, pena sospesa, con la condanna al pagamento delle spese e onorari in favore della parte civile costituita, Agenzia delle Entrate), (C) (anni 1 di reclusione, pena sospesa, con la condanna al pagamento delle spese e onorari in favore della parte civile costituita, Agenzia delle Entrate), (X) s.p.a. (sanzione pecuniaria di € 28.000,00, con la confisca della somma di € 92.744,63), (Y) s.r.l. (sanzione pecuniaria di € 42.000,00 e divieto di pubblicizzare beni o servizi per un anno, oltre la confisca della somma di € 325.000,00 e la condanna al pagamento delle spese e onorari in favore delle parti civili costituite, (U) s.p.a., (V) s.p.a. e (W) s.p.a.).

2. ...omissis...

3. ...omissis...

4. ...omissis...

5. Con il ricorso proposto dalla società (Y), tramite il difensore di fiducia, si lamenta l'errore contenuto nel dispositivo della sentenza impugnata là dove indica la somma da confiscare in € 325.000,00 ricomprendendovi anche la sanzione pecuniaria di € 42.000,00, già indicata nello stesso dispositivo. In questo modo non sarebbe stato correttamente ratificato l'accordo delle parti.

Con un secondo motivo la società ricorrente chiede l'annullamento della sentenza nella parte in cui ha pronunciato la condanna alle spese e onorari in favore delle parti civili costituite. Si assume, infatti, che nel processo nei confronti degli enti di cui al d.lgs. 231/2001 non è prevista la possibilità di costituzione di parte civile.

6. Nella sua requisitoria scritta il procuratore generale ha chiesto dichiararsi inammissibili i ricorsi di (A), di (B) e di (C), nonché quello presentato nell'interesse della società (X).

Per quanto riguarda il ricorso della (Y), il procuratore generale ha ritenuto infondato il motivo con cui la società censura la sentenza per avere ritenuto ammissibile la costituzione delle parti civili, mentre ha chiesto che sia accolta l'istanza di correzione del dispositivo della sentenza in relazione alla somma oggetto di confisca.

7. ...omissis...

MOTIVO DELLA DECISIONE

8. ...omissis...

9. ...omissis...

11. Il ricorso presentato nell'interesse della società (Y) è fondato.

11.1. ...omissis...

11.2. Va accolto anche il motivo con cui si censura la sentenza per aver condannato, ai sensi dell'art. 444 comma 2 seconda parte c.p.p., la società ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore delle parti civili costituite, (U) s.p.a., (V) s.p.a. e (W) s.p.a., deducendo la violazione degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. sul presupposto che la costituzione delle parti civili non è ammessa nel processo a carico degli enti.

La questione sull'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo in cui si accerta la responsabilità amministrativa della persona giuridica ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 deve essere esaminata in termini generali, non condividendosi le argomentazioni utilizzate dal procuratore generale, secondo cui la costituzione della parte civile (riv231) sarebbe ammissibile solo nel rito speciale del patteggiamento. Non si comprende, infatti, per quali ragioni la possibilità di costituirsi come parte civile sarebbe preclusa nel procedimento ordinario, ma

ammessa unicamente nel procedimento speciale del c.d. patteggiamento, sulla base di un argomento formale costituito dal richiamo contenuto nell'art. 63 d.lgs. cit. al titolo II del libro VI del codice di procedura penale. Una simile differenziazione di disciplina non trova alcuna ragionevole giustificazione.

11.2.1. Il problema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti ha dato luogo a interpretazioni contrastanti sia nella dottrina, che nella giurisprudenza di merito.

In alcuni casi l'esclusione della parte civile è stata giustificata con riferimento alla natura formalmente amministrativa della responsabilità prevista nel d.lgs. n. 231/2001, mentre quanti propendono per la natura sostanzialmente penale di questo tipo di responsabilità da reato sono favorevoli a riconoscere tale possibilità in capo alla parte civile. In altri termini, il dibattito sulla questione in oggetto ha finito per investire il tema della natura della responsabilità degli enti, tema quanto mai incerto, su cui la giurisprudenza, almeno quella di legittimità, non si è ancora pronunciata in termini definitivi, mentre la dottrina si è divisa, proponendo una molteplicità di interpretazioni, che vanno dal riconoscimento della natura di vera e propria responsabilità penale, alla negazione di essa, per affermare che si tratti di una responsabilità amministrativa, fino a ritenere che ci si trovi dinanzi ad una sorta di *tertium genus* di responsabilità, diversa dalle tradizionali categorie della responsabilità penale e amministrativa, ma comunque riconducibile ad un modello *latu sensu* criminale, in cui vengono coniugati elementi del sistema penale e amministrativo, nel tentativo di "contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia".

Sebbene questa Corte si sia pronunciata, per *incidens*, sulla natura della responsabilità, ritenendo che si tratti di un *tertium genus* (Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735), tuttavia deve ritenersi, condividendo quanto sostenuto da autorevole dottrina, che lo specifico problema relativo alla ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti non dipenda, in maniera decisiva, dalla risposta sulla natura della responsabilità prevista nel d.lgs. 231/2001. La soluzione, infatti, può essere svincolata dal tema relativo alla definizione della tipologia della responsabilità da reato, che rischia di diventare una questione meramente nominalistica, per essere affrontata attraverso l'esame positivo dei contenuti della speciale normativa che disciplina il processo nei confronti degli enti, vagliandone la compatibilità con l'istituto codicistico della costituzione di parte civile.

In questo approccio ermeneutico il punto di partenza non può che essere la constatazione che nel d.lgs. 231/2001 manca ogni riferimento espresso alla parte civile. La sistematica rimozione, nel d.lgs. 231/2001, di ogni richiamo o riferimento alla parte civile (e alla persona offesa) porta a ritenere che non si sia trattato di una lacuna normativa, quanto piuttosto di una scelta consapevole del legislatore, che ha voluto operare, intenzionalmente, una deroga rispetto alla regolamentazione codicistica: la parte civile non è menzionata nella sezione II del capo III del decreto dedicata ai soggetti del procedimento a carico dell'ente, né ad essa si fa alcun accenno nella disciplina relativa alle indagini preliminari, all'udienza preliminare, ai procedimenti speciali, alle impugnazioni ovvero nelle disposizioni sulla sentenza, istituti che, invece, nei rispettivi moduli previsti nel codice di procedura penale contengono importanti disposizioni sulla parte civile e sulla persona offesa.

Peraltro, accanto alla materiale "assenza" di riferimenti riguardanti la parte civile, il d.lgs. 231/2001 contiene alcuni dati specifici ed espressi che confermano la volontà di escludere questo soggetto dal processo. Da un lato, vi è l'art. 27 che nel disciplinare la responsabilità patrimoniale dell'ente la limita all'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, senza fare alcuna menzione alle obbligazioni civili; dall'altro lato, appare particolarmente significativa la regolamentazione del sequestro conservativo, di cui all'art. 54. L'omologo istituto codicistico di cui all'art. 316 c.p.p. pone questa misura cautelare reale sia a tutela del pagamento della "pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario", sia delle "obbligazioni civili derivanti dal reato", in quest'ultimo caso attribuendo alla parte civile la possibilità di richiedere il sequestro; invece, il citato art. 54 d.lgs. 231/2001 limita il sequestro conservativo al solo scopo di assicurare il pagamento della sanzione pecuniaria (oltre che delle spese del procedimento e delle somme dovute all'erario), sequestro che può essere richiesto unicamente dal pubblico ministero. Anche qui il legislatore ha compiuto una scelta consapevole, escludendo la funzione di garantire le obbligazioni civili, funzione che, nella struttura della norma codicistica, presuppone la richiesta della parte civile.

11.2.2. Già queste osservazioni, che fanno leva sull'interpretazione letterale delle norme che disciplinano il processo a carico degli enti, evidenziano la scelta, compiuta dal legislatore del 2001, favorevole ad escludere la parte civile e dimostrano come il tentativo di proporre un'interpretazione che porti ad applicare, in via estensiva o analogica, le disposizioni codicistiche sulla costituzione della parte civile si presenti di difficile attuazione, soprattutto perché manca una vera e propria "lacuna normativa" da colmare. L'ampliamento della competenza del giudice penale ad occuparsi anche dell'azione civile avrebbe dovuto avvenire attraverso una esplicita previsione di legge e a questo proposito si è rilevato, da parte di attenta dottrina, che l'art. 111 Cost., così come modificato, pretende il rispetto del principio di stretta legalità quale "criterio direttivo di tutta la disciplina del processo penale", sicché non sarebbe ammissibile ricorrere ad una interpretazione analogica degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.

Tuttavia, parte della giurisprudenza di merito e della dottrina ritiene che sia possibile applicare direttamente gli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. attraverso la clausola generale di cui all'art. 34 d.lgs. 231/2001, sul presupposto della piena compatibilità dell'istituto della costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti.

Invero, il tentativo di applicare direttamente nel d.lgs. 231/2001 le due disposizioni menzionate non tiene conto del particolare meccanismo attraverso cui l'ente viene chiamato a rispondere per i reati posti in essere nel suo interesse o vantaggio. Il reato che viene realizzato dai vertici dell'ente, ovvero dai suoi dipendenti, è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente, che costituisce una fattispecie complessa, in cui il reato rappresenta il presupposto fondamentale, accanto alla qualifica soggettiva della persona fisica e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio che l'ente deve aver conseguito dalla condotta delittuosa posta in essere dal soggetto apicale o subordinato. In altri termini, all'accertamento del reato commesso dalla persona fisica deve necessariamente seguire la verifica sul tipo di inserimento di questa nella compagine societaria e sulla sussistenza dell'interesse ovvero del vantaggio derivato all'ente: solo in presenza di tali elementi la responsabilità si estende dall'individuo all'ente collettivo, in presenza cioè di criteri di collegamento teleologico dell'azione del primo all'interesse o al vantaggio dell'altro, che risponde autonomo-

mamente dell'illecito "amministrativo". Ne deriva che tale illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, ma semplicemente lo presuppone.

Di conseguenza, se l'illecito amministrativo ascrivibile all'ente non coincide con il reato, ma costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende, deve escludersi che possa farsi un'applicazione degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., che invece contengono un espresso ed esclusivo riferimento al "reato" in senso tecnico. L'ostacolo maggiore all'applicazione diretta dell'art. 185 c.p. nella disciplina del processo ex d.lgs. 231/2001 - non importa se attraverso una interpretazione estensiva o analogica - è costituito dagli stessi limiti ermeneutici ed applicativi della norma citata, che si riferisce esclusivamente ai danni cagionati dal reato, nozione quest'ultima che non può coprire anche l'illecito dell'ente, così come delineato nel citato d.lgs. 231/2001. Allo stesso modo, anche l'art. 74 c.p.p. non può trovare applicazione attraverso la clausola di chiusura contenuta nell'art. 34 d.lgs. 231/2001, in quanto esso consente la costituzione della parte civile in funzione del ristoro dei danni previsti dall'art. 185 c.p., espressamente richiamato, cioè dei danni derivanti dal reato.

In sostanza, l'impossibilità di procedere all'applicazione delle due norme richiamate discende dal fatto che per entrambe il presupposto per la costituzione di parte civile è rappresentato dalla commissione di un reato, non dell'illecito amministrativo.

11.2.3. Queste stesse obiezioni valgono anche nei confronti della tesi sostenuta nella articolata e approfondita memoria presentata nell'interesse di (U) s.p.a. ed (V) s.p.a. che, riprendendo argomentazioni proposte da un'autorevole dottrina, ritiene ammissibile la costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti, assumendo che la nuova ipotesi di illecito delineata dal d.lgs. 231/2001 è, comunque, fonte di responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 c.c., sicuramente azionabile in sede civile e poiché costituisce principio generale che anche in sede penale vi sia la possibilità di azionare tali pretese in base agli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., una volta che la competenza del giudice penale è stata estesa all'illecito dell'ente non vi sarebbero ragioni per introdurre una diversa disciplina in materia, soprattutto considerando che l'ente risponde per fatto proprio e in misura del tutto autonoma rispetto alla condotta della persona fisica. Il ricorso all'art. 185 c.p. viene giustificato sia per la sostanziale natura civilistica della norma, che ne consente l'applicazione anche analogica, sia per l'inscindibile collegamento della responsabilità dell'ente con l'illecito penale, situazione questa che legittima l'ingresso nel processo a carico dell'ente delle disposizioni in materia di costituzione della parte civile.

Invero, tanto l'inquadramento dell'illecito dell'ente come fatto produttivo di danni risarcibili ex art. 2043 c.c., quanto il riconoscimento che quella dell'ente sia una responsabilità per fatto proprio, non paiono argomenti idonei a dimostrare che in questo processo debba trovare spazio la disciplina sulla costituzione di parte civile, in mancanza di dati normativi positivi che autorizzino una tale conclusione.

Sotto un primo profilo, si osserva come la gestione dell'azione civile nel processo penale, lungi dall'essere un principio generale dell'ordinamento, si presenti in realtà sotto specie di una deroga al principio della completa autonomia e separazione del giudizio civile da quello penale, affermato nel codice del 1988 (in particolare dall'art. 75 c.p.p., espressione del c.d. *favor separationis*), tanto che le disposizioni processuali che consentono la decisione nel giudizio penale dell'azione civile sono da considerare di natura quasi eccezionale. Sicché deve

convenirsi con chi, in assenza di ogni esplicito riferimento ad azioni diverse da quella penale e in mancanza di una qualunque base normativa al riguardo, esclude che nel processo ex d.lgs. 231/2001 possa avere ingresso un'azione civile nei confronti dell'ente: per ritenere che il giudice competente a conoscere l'illecito dell'ente sia anche competente a conoscere i danni derivanti da esso sarebbe stata necessaria una previsione espressa.

Inoltre, la scelta del legislatore di non prevedere la costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti può trovare una ulteriore e ragionevole spiegazione sotto il profilo sostanziale, nel senso che non pare individuabile un danno derivante dall'illecito amministrativo, diverso da quello prodotto dal reato.

Non convince la tesi, sostenuta nella memoria depositata dal difensore dell'(U) s.p.a. e dell'(V) s.p.a., secondo cui "il danno prodotto dall'illecito amministrativo è pur sempre cagionato dal medesimo fatto che è reato per la persona fisica e illecito per l'ente", sicché si tratterebbe di un "fatto di entrambi" i soggetti con la conseguenza che anche l'ente "risponde dei danni causati dal suo contributo concorsuale al reato".

In questo modo si finisce per sostenere che l'esercizio dell'azione civile nel processo disciplinato dal d.lgs. 231/2001 riguardi il danno derivante dal reato, attribuendolo indifferente alla persona fisica e all'ente e negando, contraddittoriamente, che quella dell'ente sia una responsabilità per fatto proprio, che trova la sua ragione nella commissione di un illecito complesso, in cui il reato è solo uno degli elementi.

Invece, va ribadita l'autonomia dell'illecito addebitato all'ente, dovendo distinguersi la sua responsabilità da quella della persona fisica e riconoscendo che l'eventuale danno cagionato dal reato non coincide con quello derivante dall'illecito amministrativo di cui risponde l'ente.

In realtà, deve convenirsi con quella dottrina che, molto acutamente, ha evidenziato come "i danni riferibili al reato sembrano esaurire l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria", escludendo che possano esservi danni ulteriori derivanti direttamente dall'illecito dell'ente. È stato posto in risalto come non possano essere considerati danni prodotti dall'illecito amministrativo quelle ripercussioni negative che si determinano sugli interessi dei soci, dei creditori e dei dipendenti dell'ente per effetto dell'applicazione delle sanzioni a seguito dell'accertata responsabilità dell'ente, in quanto l'eventuale lesione dei diritti di questi soggetti non trova la sua causa diretta nell'illecito amministrativo; peraltro, anche i danni subiti dai soci e dai terzi incolpevoli cui faceva riferimento la direttiva contenuta nell'art. 11 lett. v) della legge delega n. 300/2000, a cui non è stata data attuazione, non erano quelli derivanti direttamente dall'illecito amministrativo, ma costituivano anch'essi ricadute negative derivanti dall'applicazione delle sanzioni, pecuniarie o interdittive.

Se non è ipotizzabile l'esistenza di un danno che possa presentarsi come conseguenza immediata e diretta dell'illecito amministrativo allora "l'ostinato silenzio" del legislatore sulla parte civile e sulla possibilità di costituirsi in giudizio per far valere le pretese risarcitorie assume un significato ancor più preciso, apparendo del tutto ragionevole l'esclusione della parte civile dalla cerchia dei protagonisti del processo a carico dell'ente.

In ogni caso, anche a voler ammettere, in astratto, che un danno possa derivare direttamente dall'illecito amministrativo, mancherebbe comunque, per le ragioni che si sono già illustrate, ogni appiglio normativo che giustifichi la costituzione della parte civile nel processo ex d.lgs. 231/2001.

11.2.4. Un altro argomento utilizzato nella memoria difensiva dell'(U) s.p.a. e dell'(V) s.p.a. a sostegno dell'ammissibilità della costituzione della parte civile nel processo degli enti fa leva sulle disposizioni del d.lgs. 231/2001, che pongono le premesse per il soddisfacimento delle pretese risarcitorie e restitutorie della persona offesa, sottolineando come la ratio del decreto sia quella di tutelare l'interesse dei danneggiati dal fatto illecito, al pari dell'interesse alla punizione dell'ente. Il riferimento è, in particolare, agli artt. 12 e 17, che consentono all'ente di ottenere l'esclusione ovvero la riduzione delle sanzioni pecuniarie e interdittive in caso di avvenuto risarcimento dei danni patiti dalla vittima, nonché all'art. 19, che prevede la riduzione della confisca per la parte di profitto che può essere restituita al danneggiato.

A questo proposito si osserva, preliminarmente, che dalla formulazione inequivocabile delle disposizioni menzionate si ricava che il danno cui si riferiscono è quello derivante dal reato e non quello determinato dall'illecito amministrativo commesso dall'ente, sicché le argomentazioni possono essere rovesciate e sostenere che il legislatore, ancora una volta, ha escluso la configurabilità di conseguenze dannose derivante dall'illecito amministrativo, limitandosi a prevedere "sconti" di sanzioni collegate esclusivamente a forme di "reintegrazione" di danni da reato.

In ogni caso, è stato notato come il fatto che in materia di responsabilità degli enti si sia costruito un sistema di riduzione sanzionatoria collegato a condotte di c.d. "ravvedimento operoso" è circostanza del tutto neutra rispetto al problema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile, come è dimostrato dalla disciplina del processo penale a carico di imputati minorenni, in cui è prevista la possibilità di adottare prescrizioni volte a riparare le conseguenze del reato (art. 28) e nello stesso tempo è esclusa l'ammissibilità dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale (art. 10).

11.2.5. In conclusione deve ritenersi che nel processo a carico dell'ente, così come disciplinato nel d.lgs. 231/2001, non sia ammissibile la costituzione della parte civile.

Questa deroga rispetto a quanto previsto nel modello di processo penale ordinario non è in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., così come ritiene il difensore delle società (U) s.p.a. e (V) s.p.a. nella richiesta subordinata della sua memoria.

La "disparità" di trattamento con il processo ordinario disciplinato dal codice può ritenersi sorretta da adeguata giustificazione in considerazione dell'illecito oggetto dell'accertamento nel processo a carico dell'ente che, prescindendo dalla definizione della sua natura (amministrativa o penale ovvero di un terzo genere), appare strutturato nella forma di una fattispecie complessa, in cui, come si è visto, il reato costituisce solo uno degli elementi fondamentali dell'illecito, sicché appare ragionevole che il legislatore abbia escluso, per le ragioni che si sono sopra illustrate, la costituzione della parte civile.

Anche il dedotto contrasto con l'art. 24 Cost. appare manifestamente infondato. Innanzitutto deve escludersi che la norma citata elevi a regola costituzionale quella del *simultaneus processus*; inoltre, nel processo ex d.lgs. 231/2001 la posizione del danneggiato è comunque garantita, in quanto oltre a poter tutelare immediatamente i propri interessi davanti al giudice civile, può citare l'ente come responsabile civile ai sensi dell'art. 83 c.p.p. nel giudizio che ha ad oggetto la responsabilità penale dell'autore del reato, commesso nell'interesse nella persona giuridica, e lo può fare - normalmente - nello stesso processo in cui si accerti la responsabilità dell'ente.

Invero, un'analogha questione si è posta in passato, seppure in un contesto diverso. La Corte costituzionale con la sentenza n. 60 del 1996, modificando una sua precedente giurisprudenza (sentenze n. 106 del 1977 e n. 78 del 1989), ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 270 cod. pen. mil. pace che, nei processi di competenza del giudice militare, escludeva la proponibilità dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento dei danni.

Tuttavia, in quella decisione il giudice delle leggi ha ritenuto irragionevole l'esclusione della parte civile dal processo, valutando come non giustificabili le differenze di disciplina tra i due modelli processuali, il cui oggetto di accertamento era comunque costituito, in entrambi i casi, da reati, sicché non vi era ragione perché il giudice militare non potesse conoscere anch'egli degli interessi civili nascenti da questi. Inoltre, l'illegittimità costituzionale dell'art. 270 cod. pen. mil. pace è stata affermata perché rendeva impossibile l'inizio immediato dell'azione per le restituzioni ed il risarcimento del danno: infatti, tale norma, al secondo comma, prevedeva la sospensione obbligatoria del giudizio civile fino all'esito di quello penale militare, realizzando in questo caso l'ingiustificata disparità di trattamento raffrontata con la corrispondente disciplina del processo penale ordinario.

Nel caso in esame, invece, la situazione è profondamente diversa, in quanto la deroga in ordine alla posizione della parte civile nel processo a carico degli enti trova ampia giustificazione con riferimento alla diversa regiudicanda oggetto di accertamento, cioè l'illecito amministrativo, rispetto all'oggetto del procedimento ordinario; inoltre, nella specie trova piena applicazione l'art. 75 c.p.p., che consente l'esercizio immediato dell'azione civile nella sede propria, senza alcuna sospensione sino all'esito del giudizio penale.

12. Da quanto precede consegue che la sentenza impugnata deve essere annullata, senza rinvio, limitatamente alla condanna della (Y) s.p.a. alla rifusione delle spese in favore di (U) s.p.a, (V) s.p.a. e (W) s.p.a., erroneamente ammesse a costituirsi come parti civili nel processo nei confronti della stessa società; sempre in accoglimento del ricorso della (Y) s.p.a. deve disporsi la rettifica della sentenza, così come indicato nel dispositivo; all'inammissibilità degli altri ricorsi consegue la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese processuali e ciascuno a versare una somma di denaro in favore della cassa delle ammende, somma che si ritiene equo determinare in € 1.500,00, in considerazione delle questioni trattate.

PAOLO IELO

Sostituto Procuratore della Repubblica - Tribunale di Roma

Non è ragionevole ammettere la parte civile nel processo agli enti

There is no reason that victims participate as “parti civili” to proceedings regulated by d.lgs. n. 231-2001

È il primo intervento della Corte sul tema, assai dibattuto, relativo alla possibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti, disciplinato dagli artt. 34 ss. d.lgs. n. 231 del 2001. Nel quadro di un sistema normativo non sempre perspicuo, la pronuncia manifesta una soluzione negativa, saldamente ancorata al dato normativo e rispettosa dei principi generali del processo penale, dando conto dei diversi argomenti a sostegno delle opposte tesi; soluzione condivisibile, per la qualità degli argomenti utilizzati, che evita la moltiplicazione delle domande risarcitorie nel processo.

This is the first pronouncement of the Corte di Cassazione on an issue which is highly controversial both in the case law. The question concerns the possibility that victims participate as “parti civili” (that is, in order to claim compensation) to proceedings regulated by art. 34 ff. of d.lgs 231-2001, concerning trials against legal entities. In the framework of a normative system which is not always crystal-clear, and after having considered all arguments advanced in support of the two opposite thesis, the Court offers a negative answer to the above question. This solution appears solidly grounded on the existing law as well as respectful of general principles of criminal process. The position endorsed Court deserves to be supported, not only for the high quality of the reasoning developed in the decision, but also for its outcome which prevents the pleading of civil interests in the trial.

Premessa

Il bilancio del dibattito dottrinale e degli orientamenti giurisprudenziali a poco meno di 10 anni di distanza dall'introduzione dell'istituto della responsabilità amministrativa degli enti evidenzia una netta tendenza all'analisi dei problemi di diritto sostanziale.

Il territorio del processo agli enti è ancora da attraversare; un territorio irto di difficoltà, conseguenza di una disciplina non sempre perspicua e talvolta contraddittoria, strutturata su richiami di carattere generale alle norme del codice di procedura penale, da osservarsi in quanto compatibili¹, al pari delle

¹ Art. 34 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

disposizioni relative all'imputato, che in quanto compatibili si applicano all'ente², e su una disciplina di dettaglio, che a sua volta si materia anche di specifici richiami a norme del codice di rito, incondizionati³ ovvero da osservarsi in quanto compatibili⁴ o in quanto applicabili⁵.

L'assenza di razionali sinapsi tra la disciplina di dettaglio e le diverse tipologie di richiami al codice di rito rischia di trasformare la normativa del processo agli enti in un confuso bazar nel quale sono rinvenibili arnesi argomentativi idonei a sostenere tutto e il suo contrario.

Il problema della costituzione di parte civile, forse l'unico oggetto di vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel settore del processo agli enti, non sfugge a tale regola, e le diverse soluzioni proposte si servono, volta per volta, di riferimenti ai richiami di carattere generale o alla disciplina di dettaglio per fondare le opposte soluzioni.

È in tale contesto che interviene la sentenza della Corte di cassazione, la quale esclude, condivisibilmente, la possibilità di costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, nel processo per l'accertamento della responsabilità amministrativa da reato.

La vicenda processuale

Un processo per fatti di associazione a delinquere, corruzione, appropriazione indebita e per i correlativi illeciti amministrativi *ex d.lgs. n. 231 del 2001* veniva definito dal g.u.p. di Milano con sentenza di applicazione della pena nei confronti delle persone fisiche e di applicazione della sanzione amministrativa

da reato nei confronti delle persone giuridiche.

Il dispositivo della sentenza di applicazione della sanzione amministrativa nei confronti delle persone giuridiche conteneva la condanna al pagamento di spese e onorari a favore delle parti civili costituite.

Una delle persone giuridiche proponeva ricorso per Cassazione, deducendo, tra l'altro, la violazione di legge in relazione al capo della sentenza che condannava al pagamento di spese e onorari, siccome nel processo agli enti è preclusa la possibilità di costituzione di parte civile.

La corte regolatrice con la sentenza in commento accoglieva il ricorso, annullando senza rinvio il capo di sentenza relativo alla condanna della società ricorrente alla rifusione delle spese in favore delle parti civili costituite.

Il quadro normativo di riferimento

Sul piano processuale, le previsioni utili sono: l'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001, che per il processo agli enti richiama, in quanto *compatibili*, le norme del codice di rito; l'art. 63 del medesimo decreto che, per un verso, fissa i limiti entro cui l'ente può patteggiare la sanzione amministrativa, e per altro verso richiama, in quanto *applicabili*, le norme di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.; l'art. 35 del decreto, che estende all'ente le garanzie previste per l'imputato.

Ai fini che qui rilevano, non sembra che il richiamo presente nell'art. 63 alle norme del titolo II del libro VI del codice di rito, sul piano normativo, produca effetti diversi dal "rin-

² Art. 35 d.lgs. n. 231 del 2001.

³ Si pensi all'art. 45, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, in materia di misure cautelari.

⁴ Cfr. art. 64, comma 4, d.lgs. n. 231 del 2001, in materia di procedimento per decreto.

⁵ Art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001, in materia di sequestro preventivo.

vio" generale di cui parla l'art. 34; insomma, il richiamo alle regole del patteggiamento comune, contenuto nell'art. 63, è una ridondanza normativa, cui il legislatore ha probabilmente attribuito la funzione di ribadire, nel procedimento speciale, le regole codicistiche previste in tema di applicazione della pena su richiesta.

La possibilità della costituzione di parte civile

Il compendio argomentativo posto a fondamento della possibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti, ex d.lgs n. 231 del 2001, è variegato e, talvolta, contraddittorio.

Secondo un primo orientamento di dottrina⁶, la possibilità di costituzione di parte civile nel processo agli enti deriva dalla *natura penale* dell'illecito attribuito all'ente, desunta non tanto dalla competenza del giudice penale ad accertarlo⁷, quanto piuttosto dalla circostanza che esso presidia valori costituzionalmente significativi, tutelandoli da offese rilevanti, coincidenti con i beni giuridici dei reati.

Secondo altro orientamento⁸, che muove dalla irrilevanza della questione circa la natura della responsabilità, occorre prendere atto dell'esistenza di una lacuna normativa, considerare la clausola generale del principio del-

la *responsabilità aquiliana*, di cui all'art. 2043 c.c., di cui è declinazione la responsabilità civile derivante da reato considerata nell'art. 185 c.p., e ritenere che, per effetto dell'estensione della cognizione del giudice penale all'illecito da reato dell'ente, si debba ritenere azionabile nel processo penale l'azione civile derivante da illecito previsto ex d.lgs n. 231 del 2001.

La necessità di identico trattamento per analoghe situazioni, la possibilità di utilizzare la disciplina della costituzione di parte civile per reato nel processo agli enti per effetto delle clausole generali di cui agli artt. 34 e 35 del citato decreto⁹, l'esistenza di indici normativi, nel corpo della disciplina del decreto, che esplicitamente si riferiscono all'esistenza di un danno risarcibile da parte dell'ente¹⁰, la possibilità che in capo all'ente convivano la qualità di legittimato passivo all'azione di responsabilità derivante da illecito e la qualità di responsabile civile per il fatto dell'autore del reato presupposto sono argomenti che arricchiscono il percorso logico a sostegno della tesi in esame.

Secondo ulteriore orientamento¹¹, l'interpretazione storico evolutiva dell'art. 185 c.p. consente di ricomprendere tra le ipotesi di responsabilità ivi considerate, che ai sensi dell'art. 74 c.p.p. legittimano l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, anche la responsabilità da reato, e tale certamente deve ritenersi la responsabilità dell'ente per l'il-

⁶ Vignoli, *La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato*, *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2006, 3, 28 ss.

⁷ L'Autore osserva che ai sensi dell'art. 24 l. n. 689 del 1981 il giudice penale è competente ad applicare la sanzione amministrativa allorché l'esistenza del reato dipenda dall'accertamento di un illecito amministrativo.

⁸ Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001 davanti al giudice penale*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 1335 ss.

⁹ È attraverso l'uso della clausola generale inserita nell'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001 che l'Autore citato nella nota precedente supera l'assenza della parte civile nel testo dell'art. 54, stesso decreto, in materia di sequestro conservativo.

¹⁰ Il riferimento è agli artt. 12, comma 2 lett. a), e 17, lett. a), d.lgs. 231 del 2001.

¹¹ Zanchetti, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte civile*, *Guida dir.*, 2008, 25, 86 ss.

lecito ex d.lgs. n. 231 del 2001, sì che è attraverso tali norme che ha accesso nel processo penale l'azione di responsabilità civile nei confronti dell'ente.

Un'azione di responsabilità diretta, per il fatto proprio dell'ente, il cui esperimento nel processo penale tutela al contempo gli interessi dell'imputato, del danneggiato e realizza principi di economia processuale.

Nella giurisprudenza di merito si registrano pronunce di segno positivo circa l'ammissibilità dell'azione civile nel processo nei confronti degli enti ex d.lgs. n. 231 del 2001.

Gli argomenti utilizzati sono molteplici e di diversa natura e vanno dal riconoscimento della natura intrinsecamente penalistica della responsabilità dell'ente, centro autonomo d'imputazione di una condotta colpevole, da considerarsi, in caso di condanna, colpevole ai sensi dell'art. 185, comma 2, c.p.¹²; all'interpretazione estensiva dell'art. 185 c.p., tale da comprendere il tipo di responsabilità delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, fondata ora sul recupero della matrice pubblicistica del risarcimento-riparazione delle conseguenze dannose del reato¹³, ora sull'identità del danno prodotto dal reato e dall'illecito ammi-

nistrativo, sì che la soluzione sarebbe imposta da principi di economia processuale ed effettività della risposta giudiziaria¹⁴.

Il tratto comune a tali provvedimenti è il riconoscimento di una responsabilità autonoma e diretta per l'ente¹⁵ e l'utilizzazione dei richiami di ordine generale di cui agli artt. 34 e 35 per ovviare all'assenza di specifici riferimenti, nella trama normativa del d.lgs. n. 231 del 2001, alla parte civile.

L'orientamento prevalente

Sia in letteratura che in giurisprudenza prevale la tesi dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti.

Si tratta di una linea ermeneutica maggiormente legata al dettato normativo, che segue percorsi argomentativi sostanzialmente omogenei.

In dottrina tale orientamento¹⁶ è fondato sulla considerazione dell'inesistenza di un danno riferibile all'ente diverso da quello riconducibile all'autore del reato presupposto¹⁷, sulla considerazione dell'assenza, nella trama normativa che disciplina il processo agli enti, di qualsiasi riferimento alla posizione della

¹² Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 9 luglio 2009.

¹³ Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 24 gennaio 2008.

¹⁴ Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 5 febbraio 2008. Nel provvedimento si rileva altresì che nel sistema della responsabilità degli enti si è riprodotto il principio contenuto nell'art. 24 l. 689 del 1981, il quale attribuisce al giudice penale la competenza a decidere sul connesso procedimento amministrativo.

¹⁵ Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 26 gennaio 2006.

¹⁶ Bassi, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto*, *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2009, 3, 17 ss.; Giarda, *Commento alle ordinanze del G.i.p. di Milano 9 marzo 2004 (est. Forleo) e 25 gennaio 2005 (est. Tacconi)*, *Corriere mer.*, 2005, 5, 576; Manzoni, *I procedimenti speciali e il giudizio*, Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 585; Pistorelli, *La problematica della costituzione di parte civile nel processo agli enti: note a margine di un dibattito forse inutile*, *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2008, 3, 96 ss.; Piziali, *I procedimenti speciali*, AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 335; Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra le giurisdizioni*, *Guida dir.*, 2008, 11, 80 ss.; Storelli, *L'illecito amministrativo del reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale*, Torino, 2005, 109 ss.

¹⁷ Bassi, *La costituzione di parte civile*, cit., 33; Giarda, *Commento alle ordinanze*, cit., 578; Pistorelli, *La problematica della costituzione*, cit., 104; Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria*, cit., 80.

persona offesa o della parte civile¹⁸, sul rilievo della presenza di norme, quali l'art. 54 del decreto in tema di sequestro conservativo¹⁹, che postulano l'assenza di una parte civile, su un'esegesi degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. che impedisce l'accesso nel processo penale all'azione risarcitoria derivante dall'illecito amministrativo dell'ente²⁰.

In giurisprudenza, al di là delle diverse opzioni espresse con riguardo all'esistenza e alla natura di un danno risarcibile, l'orientamento, maggioritario, che nega la possibilità di costituzione di parte civile nel processo agli enti si fonda, essenzialmente, sul combinato disposto di cui agli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., accreditandone una lettura secondo cui l'azione civile di cui all'art. 185 c.p. deriva dalla commissione di un reato, e tale non è l'illecito attribuito all'ente, unico fatto che consente, *ex art. 74 c.p.p.*, l'azione civile nel processo penale²¹.

Una conclusione fondata, nei vari percorsi argomentativi, anche sulla specifica disamina del tessuto normativo del d.lgs. 231 del 2001, che non prende in alcuna considerazione la posizione della persona offesa o della parte civile²², non mancandosi di rilevare che le condotte risarcitorie di cui agli artt. 12 e 17 del d.lgs. 231 del 2001 sono riferite al danno cagionato dal reato presupposto²³, nonché sulla ritenuta impossibilità della estensione analogica del combinato disposto di cui agli artt.

185 c.p. e 74 c.p.p. in un sistema processuale penale improntato al principio del *favor separationis*²⁴.

L'inammissibilità della parte civile secondo la Corte

La sentenza in commento costituisce il primo approdo in sede di legittimità del problema concernente l'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti.

La Corte regolatrice, nel definire la questione, dà conto dell'intera gamma di argomenti utilizzati nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In prima battuta, disattende le conclusioni della Procura Generale che, in forza del richiamo speciale condizionato alle disposizioni processuali del titolo II del libro VI c.p.p., contenuto nell'art. 63 d.lgs n. 231 del 2001, aveva ritenuto la costituzione di parte civile ammissibile nel processo agli enti solo nel patteggiamento, osservando che una simile differenza di disciplina sarebbe priva di ragionevolezza.

L'assunto è condivisibile. Il richiamo di cui alla norma è una specificazione (probabilmente inutile), relativa al rito speciale dell'applicazione della sanzione amministrativa su richiesta, della regola generale contenuta nell'art. 34 del decreto, sì che, coerentemente, per tale via occorrerebbe ammettere la pos-

¹⁸ Bassi, *La costituzione di parte civile*, cit., 30; Giarda, *Commento alle ordinanze*, cit., 581.

¹⁹ Bassi, *La costituzione di parte civile*, cit., 33; Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria*, 80.

²⁰ Bassi, *La costituzione di parte civile*, cit., 33; Giarda, *Commento alle ordinanze*, cit., 582.

²¹ Trib. Milano, sez. II penale, ord. 18 aprile 2008; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 18 gennaio 2008; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 11 giugno 2010; Trib. Bari, sez. g.i.p., ord. 14 febbraio 2011; Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 24 luglio 2008.

²² Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 26 gennaio 2009; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 11 giugno 2010, cit.; Trib. Bari, sez. g.i.p., ord. 14 febbraio 2011, cit.; Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 24 luglio 2008, cit.

²³ Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 26 gennaio 2009, cit.

²⁴ Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 18 gennaio 2008, cit.

sibilità di costituzione di parte civile nel processo agli enti in via generale.

Peraltro, se, come rilevato dalla Corte, sarebbe irragionevole ammettere la costituzione di parte civile solo in uno dei riti speciali, si aggiungerebbe irragionevolezza a irragionevolezza laddove il rito prescelto dove consentire l'esercizio dell'azione civile fosse quello delineato dal citato art. 63, laddove al giudice sarebbe preclusa, in forza del richiamo alla disciplina generale, la possibilità di pronunciarsi sul contenuto della domanda risarcitoria.

Il percorso argomentativo della sentenza muove dall'assunto che la soluzione della questione prescinderebbe dalla esatta qualificazione della natura della responsabilità dell'ente²⁵, disattendendo l'orientamento di dottrina che fa derivare l'esercizio dell'azione civile nel processo agli enti proprio dalla ritenuta natura penale di essa²⁶, sulla base del rilievo che, per dirimere la questione, occorre fare riferimento alla disciplina di settore.

Se il metodo è senza dubbio corretto, e il maggior pregio della tesi che nega l'ingresso dell'azione civile nel processo agli enti è il suo solido ancoraggio alle norme di diritto positivo, la conclusione sul punto non è condivisibile.

Ritenere la natura penale della responsabilità dell'ente non appare essere questione meramente nominalistica, poiché da essa deriverebbero precisi effetti giuridici, e non solo in tema di ammissibilità dell'azione risarcitoria. Da essa conseguirebbe l'evidente in-

costituzionalità del regime dell'inversione dell'onere della prova ove il reato presupposto fosse riferibile a un organo apicale²⁷ e l'evidente incostituzionalità della disciplina in tema di archiviazione²⁸, per citare solo alcuni di tali effetti.

Con riferimento al tema specifico, ove si ritenesse la natura penale della responsabilità dell'ente, per impedire l'applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., che costituisce il *filtro a maglie strette* per introdurre una regiudicanda avente natura civile nel processo penale, occorrerebbe ipotizzare l'esistenza nel sistema di *fatti illeciti, aventi natura penale che non costituiscano reato*. Soluzione che, francamente, appare censurabile per eccesso di nominalismo.

Per contro, è proprio la disciplina di diritto positivo, con il suo *ostinato silenzio* in punto di esercizio dell'azione civile nel processo agli enti, che costituisce un argomento, forse non determinante, per ritenere che il sistema delineato dal d.lgs n. 231 del 2001 sia un *tertium genus*, così come la stessa Corte sembra riconoscere²⁹.

La Corte, dunque, passa all'analisi della disciplina di settore, osservando per un verso la *sistematica rimozione*, nel d.lgs n. 231 del 2001, di ogni riferimento alla parte civile in sede processuale e alla persona offesa nella fase delle indagini preliminari³⁰, per altro verso l'esistenza di espresse disposizioni indicative di una precisa volontà del legislatore di escludere l'esercizio dell'azione civile nel processo agli enti.

²⁵ In questo senso, Grosso, *Sulla costituzione di parte civile*, cit.; in giurisprudenza, Trib. Bari, sez. g.i.p., ord. 14 febbraio 2011, cit.

²⁶ Vignoli, *La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile*, cit.

²⁷ Art. 6.

²⁸ Sottratta alla valutazione giurisdizionale e rimessa a un controllo gerarchico ai sensi dell'art. 58.

²⁹ Nella sentenza in commento si fa esplicito riferimento a Cass., sez. V, 18 febbraio 2010, *CED Cass.* 277351.

³⁰ Nella giurisprudenza di merito, *ex plurimis*, Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 4 luglio 2008; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 18 gennaio 2008, cit.; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 26 gennaio 2009, cit.; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 11 giugno 2010, cit.; Trib. Bari, sez. g.i.p., ord. 14 febbraio 2011, cit.

Entrambi i rilievi vanno condivisi. Sul primo versante, giova osservare che la parte civile non è considerata nella II sezione del III capo del decreto dedicata ai soggetti, ciò diversamente da quanto accade nel codice di rito, nel libro I, dove vi è espressa menzione di essa³¹. Similmente in tema di archiviazione, non vi è alcun riferimento alla posizione della persona offesa³², così come accade in punto di contestazione dell'illecito amministrativo, udienza preliminare, riti alternativi e sentenza³³. Infine pure in tema di impugnazioni è omesso ogni riferimento alla posizione della parte civile³⁴.

Sul secondo versante, merita rilievo il riferimento, contenuto in sentenza, agli artt. 27 e 54, rispettivamente in materia di responsabilità patrimoniale dell'ente, esplicitamente limitata all'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, e in materia di sequestro conservativo, la cui richiesta può essere avanzata solo dal pubblico ministero per assicurare il pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese e delle altre somme dovute all'erario.

Si aggiunga che proprio quelle norme, contenute nel decreto, addotte a sostegno della esperibilità dell'azione civile nel processo agli enti³⁵, ossia gli artt. 12 e 17, che prevedono condotte risarcitorie in capo agli enti, hanno riguardo esclusivamente al danno cagionato dal reato e non dall'illecito amministrativo.

In conclusione, l'analisi del dettato norma-

tivo induce condivisibilmente la Corte a escludere l'esistenza di una lacuna normativa, dunque a negare per un verso la necessità di interpretazioni estensive di norme quali gli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., per altro verso la possibilità giuridica di estensioni analogiche di esse, difettando una delle condizioni dell'*analogia legis*, richiamata nel primo inciso del comma 2 dell'art. 12 delle preleggi.

Sotto altro angolo di visuale, la Corte afferma che l'art. 74 c.p.p. non è espressione di un principio generale dell'ordinamento processualpenalistico, tenuto conto del *favor separationis* che permea l'intera disciplina del processo.

L'assunto è condivisibile ed è fondato non solo sull'art. 75 c.p.p., esplicitamente richiamato in sentenza, ma anche sull'art. 3 c.p.p., che ha eliminato dal vigente modello processuale ipotesi di pregiudiziali obbligatorie, e sugli artt. 651, comma 1, e 652, comma 1, c.p.p., che disciplinano gli effetti, in diverso processo, delle sentenze penali di condanna e di assoluzione³⁶.

Ne consegue che la norma di cui all'art. 74 c.p.p. rientra in quelle, di natura quasi eccezionale secondo la Corte, che fanno eccezione a regole generali, sì che non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati, ai sensi dell'art. 14 preleggi.

Orbene, poiché l'art. 74 c.p.p. consente l'azione civile nel processo solo da parte del soggetto cui il reato ha recato danno e solo

³¹ L'argomento è speso, nella giurisprudenza di merito, da Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 24 luglio 2008, cit.

³² Il riferimento all'art. 58, in giurisprudenza di merito, *ex plurimis*, è contenuto in Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 4 luglio 2008, cit.; Trib. Bari, ord. 14 febbraio 2011, cit.

³³ Il riferimento agli artt. 61, 62 e 69 d.lgs. n. 231 del 2001 è contenuto, *ex plurimis*, in Trib. Torino, sez. g.i.p., ord. 4 luglio 2008, cit.; Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 11 giugno 2010, cit.; Trib. Bari, sez. g.i.p., ord. 14 febbraio 2011, cit.

³⁴ Cfr. art. 71 d.lgs. n. 231 del 2001.

³⁵ In questo senso in dottrina Grosso, *Sulla costituzione di parte civile*, cit.

³⁶ L'argomento, in giurisprudenza di merito, è utilizzato da Trib. Milano, sez. g.i.p., ord. 18 gennaio 2008, cit.

nei confronti dell'imputato o del responsabile civile, deve escludersi che il perimetro applicativo della norma possa essere esteso a soggetti diversi ivi considerati.

Si aggiunga che l'articolo 74 c.p.p. richiama l'art. 185 c.p., laddove si fa riferimento al reato in senso tecnico, fattispecie diversa, ontologicamente e giuridicamente, osserva la Corte, dall'illecito amministrativo attribuito all'ente.

Nell'iter argomentativo della sentenza in esame, si avalla l'ermeneusi che induce all'esclusione della possibilità della costituzione di parte civile anche in considerazione delle ragioni che hanno determinato il legislatore a tale scelta, individuandole nell'inesistenza di un danno, derivante dall'illecito amministrativo, diverso da quello riconducibile al reato presupposto³⁷.

Ma l'argomento non è incontrovertibile. Il processo penale conosce, fisiologicamente, ipotesi in cui vi è identità del danno e possibilità di costituzione di parte civile nei confronti di più soggetti. Ciò accade non solo nei casi, ovvi, di concorso doloso di persone del reato, ma pure nelle ipotesi di cooperazione colposa nel delitto colposo nonché nei casi di concorso colposo nel delitto doloso, situazione, quest'ultima, in cui possono essere diversi, e più ampi, sia un segmento del fatto (la condotta) sia l'elemento psicologico del reato dei concorrenti.

Si aggiunga che, nei casi in cui sia ignoto

l'autore del reato presupposto³⁸ ovvero allorché sia intervenuta sentenza di patteggiamento nei confronti dell'autore del reato presupposto o sia intervenuta la prescrizione del reato presupposto dopo la contestazione dell'illecito amministrativo³⁹, ipotesi in cui pacificamente il processo può proseguire nei confronti degli enti, l'unica domanda risarcitoria potrebbe essere avanzata solo nei confronti dell'ente imputato.

In conclusione, l'identità del danno riconducibile al reato presupposto e all'illecito amministrativo è circostanza neutra, inidonea a sorreggere l'una o l'altra delle opzioni ermeneutiche in punto di ammissibilità della costituzione di parte civile.

Esclusa, per le ragioni indicate, la possibilità di costituzione di parte civile nel processo agli enti, la Corte esclude che la disciplina così ricostruita possa essere censurata con riferimento ai parametri, indicati nelle memorie difensive, di cui agli artt. 3 e 24 Cost.: non sussiste la violazione dell'art. 3 per la diversità degli illeciti attribuiti, rispettivamente, alla persona fisica e alla persona giuridica, tenuto conto del carattere di fattispecie complessa che presenta l'illecito dell'ente, sì che non appare irragionevole una disciplina differenziata⁴⁰; nemmeno emerge la violazione dell'art. 24 perché in esso non è elevato al rango di tutela costituzionale il principio del *simultaneus processus* e perché, in ogni caso, la pretesa risarcitoria può essere avanzata in sede civile

³⁷ Assunto, invero, ammesso anche da quella dottrina incline a riconoscere la possibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti: Grosso, *Sulla costituzione di parte civile*, cit.

³⁸ Nella quale pacificamente può intervenire il processo agli enti, a mente dell'art. 8, comma 1, lettera a), d.lgs n. 231 del 2001.

³⁹ Art. 60 d.lgs n. 231 del 2001.

⁴⁰ La Corte richiama il precedente definito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 60 del 1996, laddove il giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 270 c.p. militare di pace che, nei processi di competenza del giudice militare, precludeva l'esercizio dell'azione civile, rilevando la diversità tra le due situazioni: le differenze di disciplina, in tal caso, riguardavano processi relativi a reati; la norma prevedeva una sospensione obbligatoria del processo civile, fino alla definizione del processo penale.

ovvero in sede penale, attraverso la citazione dell'ente quale responsabile civile per il fatto del suo dipendente.

La costituzione di parte civile nel processo agli enti e l'ordinamento comunitario

L'approdo interpretativo cui è pervenuta la Corte di legittimità, in punto di inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo agli enti, è la premessa giuridica su cui in giurisprudenza si è fondata un'ordinanza di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art. 234 TCE*⁴¹.

Il giudice mostra di aderire all'orientamento maggioritario, culminato con la sentenza in commento, secondo cui è preclusa nel processo agli enti la possibilità di costituzione di parte civile, e chiede alla Corte di Giustizia un'interpretazione delle Decisioni Europee che concernono la tutela della persona offesa, e in particolare dell'art. 9 della Decisione-Quadro n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, che impone agli stati membri di garantire alle vittime delle persone offese dei reati il diritto al risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza delle condotte delittuose entro un ragionevole lasso di tempo. Chiede, in particolare, se l'esatta interpretazione delle fonti di diritto comunitario sia compatibile con l'assetto normativo interno, così come delineato.

Nel percorso argomentativo dell'ordinanza di rimessione, si valorizza per un verso l'attribuzione della qualifica formale d'imputato all'ente, per altro verso la disposizione di cui all'art. 83, comma 1, c.p.p., secondo cui l'imputato può essere citato come responsabile civile per il fatto del coimputato solo per il caso in cui venga prosciolto o sia pronun-

ciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere, con la conseguenza che il diritto a ottenere un risarcimento del danno da parte della persona offesa nei confronti del soggetto metaindividuale, nell'interesse o a vantaggio del quale il reato è stato commesso, sarebbe compresso e rimesso ai tempi non accettabili della giustizia civile italiana.

L'ordito argomentativo dell'ordinanza di rimessione non può essere condiviso, proprio alla luce della sentenza della Corte di cassazione in commento, secondo cui, premessa l'identità tra il danno cagionato dal reato e quello derivante dall'illecito all'ente, è sempre consentita la possibilità di citare, nel processo nei confronti dell'autore del reato presupposto, l'ente quale responsabile civile.

La soluzione prospettata dalla Corte regolatrice, peraltro confortata da orientamenti di dottrina⁴², appare essere, anche in questo caso, maggiormente ancorata al dato normativo. Nel processo, l'ente assume la qualità di imputato dell'illecito amministrativo, fattispecie complessa, distinta e autonoma dal reato presupposto, rispetto alla quale non è ipotizzabile una forma di concorso, sia pure atipico. Per effetto dell'art. 35 d.lgs. n. 231 del 2001, all'ente si estende, in evidente funzione di garanzia, la disciplina relativa all'imputato prevista dal codice di rito, in quanto compatibile, e non la qualità di imputato del reato presupposto.

Ne consegue che la preclusione alla citazione del coimputato contenuta nell'art. 83, comma 1, c.p.p. non impedisce la citazione dell'ente quale responsabile civile nel processo nei confronti dell'imputato del reato presupposto.

Una conferma della non assimilabilità della posizione dell'ente, imputato dell'illecito amministrativo, a quella del coimputato del

⁴¹ Trib. Firenze, sez. g.i.p., ord. 9 febbraio 2011.

⁴² Grosso, *Sulla costituzione di parte civile*, cit., 1342.

reato presupposto si trae dall'art. 44 del d.lgs. n. 231 del 2001, in tema d'incompatibilità a testimoniare. La norma pone per un verso un'incompatibilità in capo all'autore del reato presupposto⁴³, per altro verso l'estensione, in tali casi, della disciplina dell'interrogatorio e dell'esame della persona imputata di procedimento connesso; regola palesemente inutile se l'ente fosse da considerare coimputato dell'autore del reato presupposto.

Cenni conclusivi

Riprendendo quanto autorevolmente qualcuno diceva a proposito del rapporto tra custodia cautelare e art. 25 Cost., nel processo agli enti il rischio è quello che *dediti agli artifici verbali, i giuristi talvolta sovrappongono dei nomi alle cose o ai fatti denominati*⁴⁴.

Rischio sinergicamente potenziato da am-

biguità normative, richiami a un modello processuale antropocentrico, carenza di una visione d'insieme. Criticità che, nel sottosistema considerato, impongono all'interprete uno sforzo di razionalità che non sempre consente di raggiungere risultati soddisfacenti in un settore assai delicato come quello della *corporate responsibility*.

Certo è che la proliferazione delle regiudicande, in un sistema caratterizzato tanto sul piano processuale da attività spesso molto lunghe, quanto sul piano sostanziale da termini di prescrizione sempre più stringenti, rischia di aggiungere criticità a problemi; del resto, se il dato normativo, di sistema e di settore, sembra escludere con nettezza la possibilità di costituzione di parte civile nel processo agli enti, non si vede la ragione per forzare una rete di norme già di per sé complessa.

⁴³ Art. 44, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231 del 2001.

⁴⁴ Cordero, *Manuale di procedura penale*, Milano, 1982, 130.

Al latitante restituito nel termine non è preclusa la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 20 gennaio 2011, n. 1805 - Pres. e Rel. Squassoni

Il condannato in contumacia, restituito nel termine per l'impugnazione per non avere avuto conoscenza del procedimento, può ottenere la rinnovazione dell'istruzione in appello senza che l'avvenuta dichiarazione di latitanza sia di per sé elemento che porti ad escludere la mancata incolpevole conoscenza della citazione a giudizio.

1. Confermando la decisione del primo Giudice, la Corte di Appello di Firenze, con sentenza 11 dicembre 2009, ha ritenuto D.A. responsabile dei reati di induzione e sfruttamento della prostituzione e lo ha condannato alla pena di giustizia. Per quanto concerne i temi trattati nel ricorso in Cassazione, i Giudici hanno disatteso la censura sulla illegittimità del decreto di latitanza, perché preceduto dalle necessarie ricerche, e sulla richiesta di rinnovazione del dibattimento a sensi dell'art. 603 c.p.p., comma 4. Sul punto, hanno osservato che, una volta ritenuta la latitanza correttamente dichiarata, deve concludersi nel senso che l'imputato, per la sua condotta, non abbia potuto in primo grado esercitare le facoltà probatorie che nel giudizio di appello non può più espletare.

Per l'annullamento della sentenza, D.A. ha proposto ricorso per Cassazione deducendo violazione di legge, in particolare, rilevando: che le ricerche prodromiche alla latitanza sono state generiche, insufficienti e non estese ai luoghi ove in passato era reperibile; che è stato rimesso nel termine per proporre appello, nel presupposto che non avesse avuto contezza della prima sentenza, e tale situazione comportava necessariamente il diritto alla rinnovazione del dibattimento a sensi dell'art. 604 c.p.p., comma 4. Rileva che la differente interpretazione del testo normativo fornita dai Giudici si pone in contrasto con l'art. 24 Cost., comma 2, e con l'art. 111 Cost.

2. Il primo motivo non è fondato dal momento che, come risulta dal testo della impugnata sentenza, il decreto di latitanza è stato preceduto da tutte le ricerche utili ed effettuabili in rapporto alla peculiare situazione del soggetto (senza fissa dimora e straniero).

Le residue deduzioni del ricorrente sono meritevoli di accoglimento.

Il Legislatore, allineandosi al *dictum* della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ha riscritto l'art. 175 cod. proc. pen. (novellato dal D.L. n. 17 del 2005 conv. L. n. 60 del 2005) che, rispetto

alla pregressa normativa, è più attento alle garanzie difensive inerenti alla partecipazione al processo dell'imputato. Costui ha diritto ad essere rimesso nel termine per impugnare in tutti i casi in cui non fosse edotto del procedimento o del provvedimento emesso in sua contumacia e non avesse volontariamente rinunciato a comparire o ad impugnare. Non spetta all'imputato di fornire la prova negativa della reale conoscenza del procedimento o della sentenza pronunciata in contumacia (oppure del decreto penale di condanna), ma è onere del Giudice della richiesta di reperire agli atti la eventuale prova positiva. Il Legislatore (benché negli atti preparatori si fosse posto il problema) non ha coordinato la nuova disposizione con la formulazione dell'art. 603 c.p.p., comma 4; la norma collega ancora la rinnovazione della istruzione dibattimentale alle condizioni che la contumacia derivi da caso fortuito o da forza maggiore e che la mancata conoscenza del decreto di citazione non dipenda da un atteggiamento colposo o volontario.

3. In tale contesto normativo, consegue che non tutti gli imputati contumaci che sono rimessi nel termine per impugnare godono di una ripetizione del giudizio. Come correttamente rilevato dal Difensore, la mera possibilità di appellare è insufficiente, se non accompagnata da rimedi volti a reintegrare il soggetto nei diritti e nelle facoltà non potute esercitare in primo grado; la diversa opinione, rischia di mettere in crisi il giudizio di conformità convenzionale del regime del nuovo art. 175 cod. proc. pen. espresso dalla Corte Edu con sentenza 25 novembre 2008 (Cat Berro - Italia).

Tuttavia, la dedotta questione di costituzionalità sollevata dalla difesa è irrilevante dal momento che una corretta interpretazione dei rapporti tra l'art. 175, comma 2 e l'art. 603 c.p.p., comma 4 consente, nella ipotesi in esame, la sollecitata rinnovazione del dibattimento. Il soggetto è stato restituito nel termine per appellare sotto il profilo che non era notiziato del procedimento e da tale conclusione consegue, per implicazione logica necessaria, che non avesse avuto contezza della accusa mediante un provvedimento formale di *vocatio in iudicium*; nessuna emergenza processuale consente di ritenere che l'imputato si sia sottratto colposamente o volontariamente alla ricezione del decreto che dispone il giudizio.

La circostanza che fosse edotto della misura cautelare, che sta alla base della dichiarata latitanza, non è incompatibile con la mancata incolpevole conoscenza del decreto di citazione a giudizio che costituisce una delle ipotesi annoverate dall'art. 603 c.p.p., comma 4, che attribuiscono al contumace il diritto alla rinnovazione del dibattimento.

Pertanto, non è condivisibile la conclusione della Corte territoriale che fa discendere in modo automatico, dalla corretta declaratoria della latitanza, la inibizione ad esercitare in appello le facoltà probatorie che l'imputato avrebbe potuto esercitare in primo grado.

La sentenza in esame deve, quindi, essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Firenze perché i nuovi Giudici procedano alla rinnovazione del dibattimento.

LUCA LUPÁRIA

Professore aggregato - Università degli Studi di Milano Statale

Latitanza, contumacia e novazione probatoria in appello

Effective knowledge of the proceedings, judgment by default and right to a new trial

La sfasatura tra la disciplina per la restituzione nel termine d'impugnazione in favore del condannato in contumacia e le condizioni dettate per ottenere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale da parte del soggetto giudicato *in absentia* costituisce un punto critico dell'attuale assetto del processo contumaciale. La figura del latitante tocca direttamente questo nervo scoperto del sistema e suggerisce prese di posizione assai più nette di quelle adottate dalla pronuncia in commento.

For the convicted in absentia, a critical point of the Italian code of criminal procedure is the lack of coordination between the conditions to renew the running of time for appealing (art. 175, § 2, c.p.p.) and the requirements to obtain a fresh determination of the merits of the charge producing new evidence (art. 603, § 4, c.p.p.). The article analyses the matter, with a particular attention to the person of the fugitive from justice.

Processo senza imputato e soluzioni italiane

Sul delicato crinale del giudizio in contumacia ogni sforzo ermeneutico volto a irrobustire i contorni del diritto di difesa non può che risultare ben accetto. Nondimeno, anche qualora si affronti una pronuncia di stampo garantistico, quale senza dubbio appare la sentenza in commento, non si può comunque omettere di verificare se l'approccio prescelto risulta compatibile con l'intero quadro sistematico e, soprattutto, se l'approdo in-

terpretativo non può essere più coraggioso, tanto da dover sfociare, come ad esempio ipotizzato dalla difesa nel caso di specie, nella messa in movimento d'un incidente di legittimità costituzionale.

L'intera disciplina del processo contumaciale, del resto, sconta nella sua parabola storica una certa inclinazione del legislatore - e di buona parte della giurisprudenza - a ripiegare verso soluzioni compromissorie che non travolgano alla radice l'assetto dell'istituto¹, in un contegno di tendenziale arrocca-

¹ Parla di un «processo contumaciale cui - non so perché - noi italiani sembriamo restii a rinunciare», Moscarini, *Autodifesa, processo in absentia e consegna del condannato*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 408. Volendo risalire alle radici del

mento nei riguardi delle energiche spinte provenienti dalle fonti europee e dalla lettura di queste fornita dalle Corti sovranazionali. Sarà appena il caso di ricordare, senza poter in questa sede indugiare sul punto, il lungo e articolato contrasto fra la Corte europea dei diritti dell'uomo e il nostro Parlamento in merito al ruolo della contumacia nel sistema processuale italiano. Non a caso, proprio dal mosaico composto dalle varie sentenze di condanna che dall'*affaire* Colozza², passando per il caso Somogyi³, giungono sino allo stringente monito della prima decisione Sejdovic⁴ ha tratto origine l'attuale disciplina, da più parti definita come inappagante⁵, per l'essere sostanzialmente incentrata sulla restituzione del termine per impugnare a norma del novellato art. 175, comma 2, c.p.p.

(riformato ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in l. 22 aprile 2005, n. 60)⁶.

Una disposizione, oltretutto, che ha già subito una declaratoria di incostituzionalità nel 2009 sotto il profilo della consumazione della potestà di impugnazione in capo all'accusato ignaro del procedimento nell'ipotesi in cui l'atto di appello sia già stato proposto dal difensore⁷ e che, per adesso, è stata "salvata" dalla Corte e.d.u. essenzialmente in ragione di una scelta di opportunità, giustificata dall'esigenza di attendere un consolidamento della giurisprudenza inerente i nuovi innesti normativi⁸. Una sospensione di giudizio che non esclude ulteriori pronunciamenti volti a disvelare quanto da più fronti sostenuto, vale a dire che non possa ritenersi

problema occorre naturalmente far riferimento, tra gli altri aspetti, anche all'influsso di quella fase storica in cui la dottrina valorizzò il contenuto volontaristico della contumacia quale attuazione del diritto di autodifesa. Cfr. Gust. Pansini, *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli, 1963, 247. Per un affresco della parabola evolutiva della nostra letteratura sull'istituto, si rinvia a Ubertis, *La contumacia: finzione e realtà*, Garlati (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualistica italiana*, Milano, 2010, 197.

² Corte e.d.u., sent. 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*.

³ Corte e.d.u., sent. 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*.

⁴ Corte e.d.u., sent. 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*.

⁵ Cfr. Buzzelli, *Restituzione nel termine e sentenza contumaciale: dopo una riforma inappagante, è necessaria una svolta*, *Cass. pen.*, 2007, 3388; Filippi, *Rito contumaciale: quale «equo processo?»*, *ivi*, 2005, 2199; Moscarini, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 586; Quattrocchio, *Contumacia (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, Ann. II, I, Milano, 2008, 146; Ubertis, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, *Cass. pen.*, 2005, 1094.

⁶ Un quadro d'insieme dell'intervento riformatore in Garuti, *Nuove norme sulla restituzione del termine per l'impugnazione delle sentenze contumaciali e decreti di condanna*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 684. Per una prospettiva di carattere storico: Cuccurro, *Profili storici della contumacia nel diritto processuale penale: dal diritto romano al caso Sejdovic*, *ibidem*, 643.

⁷ C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, *Giur. cost.*, 2009, 4747, per la quale l'esercizio di un diritto fondamentale «non può essere sottratto al suo titolare, che può essere sostituito solo nei limiti strettamente necessari a superare alla sua impossibilità di esercitarlo e non deve trovarsi di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui, non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per la sua persona». Su tale pronuncia si vedano le riflessioni di Spagnolo, *Consumazione del diritto di impugnazione e diritto all'autodifesa del contumace*, *Legislazione pen.*, 2010, 1.

⁸ Cfr. Corte e.d.u., sent. 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*. Cfr. altresì Corte e.d.u., sent. 25 novembre 2008, *Cat Berro c. Italia*, in cui, nel quadro dell'annosa vicenda processuale del sig. Franco Cat Berro, costellata di numerose pronunce sul piano interno e sovraordinato, la Corte non ha potuto esprimersi pienamente circa la compatibilità della normativa italiana rispetto all'art. 6 della Convenzione, avendo optato per un rigetto fondato sul non esaurimento dei ricorsi interni ai sensi dell'art. 35, § 1 e 4.

raggiunto un pieno adeguamento della nostra architettura processuale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla stessa Costituzione⁹.

Rinnovazione dibattimentale e appellante contumace: una irragionevole dissimmetria nel sistema.

Proprio in merito a una manifesta carenza insita nella riforma del 2005 sono stati chiamati a esprimersi i giudici di legittimità nella vicenda in parola. Come noto, infatti, con la novella il legislatore ha proceduto alla modifica dell'art. 175 c.p.p., ponendo fine a quella sorta di *probatio diabolica* gravante sul contumace circa la mancata "effettiva conoscenza" del processo. Lo strumento impiegato si riassume in una sostanziale inversione dell'onere probatorio, così da rendere largamente possibile la restituzione del termine di impugnazione, salve le ipotesi, appunto, in cui sia stata o successivamente venga acquisita l'evidenza di una effettività della conoscenza e della volontaria rinuncia a comparire.

Sotto altro profilo, tuttavia, nessuna interpolazione è stata indirizzata nei confronti dell'art. 603 c.p.p. in punto di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale c.d. obbligatoria in favore del soggetto giudicato *in absentia* in primo grado. Il contumace che consegue di impugnare la pronuncia di condanna

potrebbe dunque non ottenere che si proceda a una nuova istruzione probatoria, stante la dissimmetria del canone di giudizio contenuto nelle due disposizioni. Ai sensi dell'art. 603, comma 4, c.p.p., in effetti, l'imputato contumace rimane ancor oggi sottoposto all'*onus* di dimostrare che la sua mancata comparizione nel giudizio di prime cure non sia da ricollegare a un proprio comportamento colpevole o a una volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento¹⁰.

Ora, se già il meccanismo della remissione in termini, adottato dal legislatore per allinearsi ai dettami internazionali, non sembra in grado di assicurare un completo rimedio restitutorio al contumace, il quale, a stretto rigore, avrebbe diritto alla pienezza del primo grado di giudizio – come previsto per esempio nella normativa sulla competenza penale del giudice di pace, laddove si segue la soluzione radicale di un rinvio da parte del tribunale monocratico, in funzione di organo d'appello, al giudice di prime cure¹¹ –, appare evidente la pochezza di tutela insita nella condizione di colui che veda accompagnare il suo diritto al *novum iudicium* a una ragguardevole restrizione del fondamentale diritto alla prova¹². Va da sé, infatti, che l'unica strada percorribile diviene, per il contumace, quella di stimolare le ipotesi di formazione della prova in appello tipiche della condizione di qualsiasi impugnante, secondo le

⁹ V., da ultimo, Ubertis, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, Cass. pen., 2010, 2498. Di questa opinione anche Mangiaracina, *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, Dir. pen. proc., 2009, 121; più ampiamente, Ead., *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, 65 ss.

¹⁰ Si vedano le riflessioni sul punto svolte da Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 114 ss. e Fiorio, *La prova nel giudizio di appello*, Gaito (a cura di), *La prova penale*, II, Torino, 2008, 936.

¹¹ Cfr. Varraso, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, 367. Va tuttavia ricordato come il meccanismo di regressione previsto all'art. 39, comma 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 risulti subordinato alla prova della mancata comparizione incolpevole al giudizio di primo grado.

¹² Con il correlato effetto di essere giudicato sulla base di elementi probatori formati *reo absente*, nei cui riguardi residua il solo esercizio di un "contraddittorio sulla prova".

strette normative di cui ai primi tre commi dell'art. 603 c.p.p.¹³.

L'imputato dovrà dunque soggiacere al paradigma della non decidibilità allo stato degli atti per vedere ammessa la riedizione di prove già assunte in primo grado (prima parte dell'art. 603, comma 1, c.p.p.) o la assunzione di elementi già noti alle parti ma non entrati nella precedente piattaforma cognitiva, perché, per esempio, reputati irrilevanti (seconda parte dell'art. 603, comma 1, c.p.p.); dovrà tentare di spronare il potere d'ufficio del collegio nei casi in cui l'acquisizione della prova possa essere ritenuta assolutamente necessaria (art. 603, comma 3, c.p.p.); oppure, se ne ricorrono le condizioni, richiedere l'ammissione di prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado (art. 603, comma 2, c.p.p.)¹⁴, unica ipotesi, tra quelle richiamate, di novazione "obbligatoria", per quanto in ogni caso legata agli ordinari criteri ammissivi della prova dettati agli artt. 190 e 190-bis c.p.p.

Per il contumace si profilerebbe dunque un percorso a ostacoli che mal si concilia con i dettami sovranazionali che ingiungono il riconoscimento al soggetto inconsapevolmente processato in contumacia del diritto a una *fresh determination of the merits of the*

charges, vale a dire a essere "nuovamente giudicato nella forma ordinaria"¹⁵ e veder "riesaminato il merito della causa, comprese le nuove prove"¹⁶.

L'esercizio delle facoltà probatorie in appello tra latitanza e contumacia

È a fronte di questo scenario normativo che diventano possibili vicende processuali del tenore di quella in parola, in cui l'imputato contumace può essere rimesso nel termine per proporre appello ma non vedere accolta la domanda di reiterazione dell'istruzione probatoria, con la conseguenza di un ristoro soltanto parziale nei diritti e nelle facoltà non potute esercitare in primo grado. Sfasamento, questo, ancor più frequente qualora, come nella vicenda *de qua*, il soggetto sia stato dichiarato latitante e possa dunque automaticamente essere ritenuto "colpevole" di aver dato causa alla sua mancata conoscenza o partecipazione al procedimento.

Per ovviare a tale aporia del sistema due appaiono le soluzioni adottabili. Quella di un interessamento della Consulta circa la legittimità costituzionale della norma, tenuto conto della disciplina pattizia quale norma interposta, ai sensi dell'esegesi fornita dai

¹³ Al riguardo si rinvia alla fondamentale opera di Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995.

¹⁴ Seppur con una «indispensabile forzatura normativa» propone l'utilizzo di tale ultima ipotesi, per sopperire al mancato coordinamento tra la nuova formulazione dell'art. 175 c.p.p. e l'art. 603 c.p.p., Papagno, *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010, 296. Sulla scorta di quella giurisprudenza che sancisce l'obbligo del giudice d'appello «di disporre la rinnovazione del dibattimento quando la richiesta di parte sia riconducibile alla violazione del diritto alla prova che non sia stato esercitato per forza maggiore» l'A. sostiene che «la mancata conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato può rappresentare una causa di forza maggiore per cui non si è riusciti ad esercitare in primo grado le pur legittime prerogative probatorie».

¹⁵ Così la regola n. 9 della risoluzione n. 11 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 21 maggio 1975 (*Indice pen.*, 1976, 538): «*la personne jugée en son absence, mais régulièrement citée, a droit à être jugée à nouveau, en la forme ordinaire, si elle établit que son absence et que le fait qu'elle n'ait pu en prévenir le juge sont dus à une cause indépendante de sa volonté*».

¹⁶ Cfr. l'art. 2 della decisione quadro n. 2009/299/GAI. Un'ampia disamina in F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 115.

giudici delle leggi dell'art. 117, comma 1, Cost.¹⁷, oppure quella di una interpretazione dell'art. 603 c.p.p. da coltivare in una dimensione di adeguamento alle coordinate interne e al nuovo art. 175 c.p.p. o in una prospettiva di conformità con il piano sovraordinato¹⁸.

La sentenza non si è addentrata specificamente nella risoluzione di tali quesiti. Da un lato, ha accantonato la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla difesa, nonostante apparisse tutt'altro che infondata, come lasciato trasparire dalla stessa Consulta nella già citata pronuncia n. 317 del 2009, in cui la declaratoria d'inammissibilità di una simile richiesta di sindacato era dipesa da circostanze contingenti della specifica vicenda processuale¹⁹. Dall'altro, non ha esplorato la rilettura della disposizione in una chiave di aderenza agli arresti internazionali e di simmetria con l'impalcatura codicistica risultante in conseguenza dell'intervento sull'art. 175 c.p.p.²⁰.

Si potrebbe affermare che la Corte, per ovviare alla anomalia strutturale ingeneratasi nel sistema abbia, in maniera empirica, semplicemente attenuato il tradizionale rigore che accompagna l'accertamento delle condizioni di cui all'art. 603, comma 4, c.p.p. Nello

specifico, trattandosi di latitante assistito da un difensore d'ufficio, per il quale non poteva valere la presunzione di conoscenza mediante notifica al legale di fiducia (art. 157, comma 8-bis, c.p.p.), i giudici di legittimità hanno concluso che l'avvenuta restituzione nel termine per mancata consapevolezza della *vocatio in iudicium* fosse elemento da cui desumere l'insussistenza di una colpa o di un atteggiamento volontaristico nella fallita ricezione del decreto che disponeva il giudizio. Per giungere a tale esito interpretativo, ovviamente, per un verso, è occorso alleggerire l'onere probatorio gravante sul contumace per ottenere la rinnovazione dibattimentale, tanto da consentire, in buona sostanza, che esso possa essere assolto per il tramite delle medesime allegazioni che hanno condotto alla rimessione in termini per l'impugnazione; d'altro lato, si è dovuto spogliare lo *status* di latitanza di quei connotati di colpevole sottrazione al giudizio che tralattivamente gli vengono assegnati.

Quest'ultima presa di posizione rappresenta una parte innovativa del percorso motivazionale della Corte, specie se si considerano le numerose pronunce volte a qualificare il latitante nei termini di un soggetto che si è posto «scientemente nella condizioni di

¹⁷ Per uno sguardo processualpenalistico al rinnovato mosaico delle fonti: Rafaraci, *Il valore della C.e.d.u. nel sistema delle fonti*, Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna, 2009, 73. Cfr. anche Cartabia, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 33 s.

¹⁸ Cfr. C. cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80, fondamentale pronuncia in tema di rapporti tra Convenzione europea e ordinamento italiano, alla luce delle sentenze "gemelle" del 2007 e dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹⁹ La Consulta ebbe a rilevare come il giudice *a quo* avesse erroneamente individuato quale norma sospettata di incostituzionalità l'art. 175 c.p.p. invece dell'art. 603 c.p.p. e, oltretutto, avesse trascurato un aspetto dirimente, vale a dire la circostanza per cui la lesione delle prerogative difensive possa venire in gioco solo nel grado di appello e non nel giudizio avanti la Corte di cassazione, organo che in quella occasione aveva sollevato la questione.

²⁰ In quest'ottica, secondo Spagnolo, *Consumazione del diritto di impugnazione e diritto all'autodifesa del contumace*, cit., «potrebbe evidenziarsi come la modifica dell'art. 175 c.p.p. (...) possa incidere anche sul contenuto precettivo dell'art. 603, comma 4, c.p.p., da leggersi come specificazione dell'art. 176 c.p.p. che consente, a richiesta di parte, la rinnovazione degli atti a cui l'interessato aveva diritto di assistere».

non voler conoscere sviluppo ed esito del procedimento»²¹. Tuttavia, come riconosciuto dalla recente giurisprudenza²², occorre abbandonare in tale ambito ogni utilizzo di massime di esperienza a carattere perentorio e muoversi piuttosto sul terreno di una analisi *case-by-case*.

Oltretutto, la latitanza è istituto strutturalmente difforme dalla fattispecie contumaciale²³, come mostra lo stesso art. 296 c.p.p., nella parte in cui fa riferimento al solo sottrarsi "alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o a un ordine con cui si dispone la carcerazione". Ne consegue, in primo luogo, che il latitante non sempre può considerarsi contumace, essendo possibile che il soggetto abbia originariamente voluto sottrarsi al provvedimento restrittivo della libertà ma che la mancata partecipazione all'udienza sia dipesa da ragioni indipendenti dalla sua piena autodeterminazione²⁴; in secondo luogo, che la sottrazione all'ordinanza cautelare o all'ordine di carcerazione non implica automaticamente che il latitante abbia avuto cognizione del giudizio penale in cui è stato dichiarato contumace²⁵, tanto che le notificazioni effettuate al difensore d'ufficio non risultano idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del proce-

dimento o del provvedimento; infine, che l'essere stato reso edotto dell'ordinanza di cautela personale può, in astratto, essere comunque compatibile con una incolpevole mancata conoscenza del decreto di citazione a giudizio. Proprio su quest'ultimo corollario la sentenza in esame ha fondato la censura del pronunciamento d'appello che aveva sbarrato la strada alla rinnovazione dibattimentale richiesta dal soggetto dichiarato latitante.

Rilievi conclusivi

Le aporie che contraddistinguono il rito contumaciale difficilmente possono trovare una soluzione rispettosa dei dettami internazionali per il tramite di interventi di microchirurgia legislativa. Tanto più se questi, come nel caso della riforma del 2005, conducono a ulteriori distonie nel sistema che, a loro volta, costringono le Corti a operazioni di alchimia interpretativa nel tentativo di tenere in piedi un impianto che spesso, come accennato, appare non pienamente rispettoso della stessa Carta costituzionale.

Nell'attesa di un riordino radicale della disciplina - che passi per la sospensione del processo nei confronti di chi non è comparso e non ha manifestato inequivocabilmente la volontà di non presenziare²⁶ oppure per la

²¹ Cass., sez. II, 25 settembre 2007, n. 43032.

²² «La rinuncia a comparire non può essere desunta dalla latitanza dell'imputato» (Cass., sez. I, 4 febbraio 2008, n. 6607). Cfr. Cass., sez. V, 2 marzo 2006, n. 12619, *Riv. pen.*, 2007, 582.

²³ Cfr. Papagno, *Contumacia e processo equo*, cit., 185.

²⁴ Si pensi al caso dell'arresto del soggetto avvenuto all'estero per reati ivi commessi: Cass., sez. VI, 10 aprile 2003, CED n. 225484.

²⁵ Si tenga altresì conto che «la volontarietà dello stato di latitanza non postula che l'interessato sia a conoscenza della avvenuta emissione a suo carico del provvedimento restrittivo della libertà personale, essendo semplicemente sufficiente a tal fine che egli sappia che un ordine o un mandato può essere emesso nei suoi confronti» (Cass., sez. III, 5 giugno 2007, n. 35865, *Guida dir.*, 2007, 67).

²⁶ Questa la tesi più volte propugnata da Ubertis (v., ad esempio, *Contumaci, doppia restituzione in termini*, Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 217), nonché, con differenti declinazioni, dalla Bozza di delega legislativa presentata dalla Commissione Riccio (direttive nn. 71 e 72). Cfr. anche Caprioli, *"Giusto processo" e rito degli*

coercibilità della presenza processuale con riserva del giudizio *in absentia* ai soli casi di rinuncia espressa personale inequivoca²⁷ – sembra a ogni modo non sostenibile l’attuale assetto del diritto alla prova riservato al contumace. Tramite un innesto normativo occorre quanto meno coordinare i presupposti della restituzione nel termine per impugnare con quelli richiesti per procedere alla novazione probatoria; altrimenti, in maniera più incisiva, mutuare, previa spogliazione del riferimento alla mancata comparizione incolpevole, la regressione in primo grado già impiegata nel processo penale avanti il giudice di pace.

Se in quella sede la scelta è stata giustificata dalla volontà di riconsegnare all’imputato la possibilità di usufruire degli speciali stru-

menti alternativi di risoluzione della controversia penale tipici di siffatto contesto, nel procedimento ordinario si tratterebbe di garantire al “contumace ignaro” di beneficiare dei riti alternativi e di esercitare fondamentali prerogative coesenziali alla prima fase processuale, anche a voler obliterare il tema – peraltro a sua volta privo di veri punti fermi – del diritto al doppio grado di giurisdizione. L’odierna disarmonia tra i due riti, oltretutto, aumenta i sospetti di tenuta costituzionale del trattamento riservato al “contumace ignaro”²⁸, prima ancora che sotto il profilo degli art. 24, comma 2, e 111 Cost., dall’angolo visuale del principio di uguaglianza sancito all’art. 3 Cost., qui apprezzabile secondo il classico schema del c.d. *tertium comparationis*.

irreperibili, *Legislazione pen.*, 2004, 586. Particolare regime normativo è già previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 laddove, all’art. 43, comma 4, si stabilisce che «se non è possibile eseguire le notificazioni (...) il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento» contro l’ente. Per un quadro d’insieme sul tema, Belluta, *sub art. 43*, Presutti-Bernasconi-Fiorio (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, 385.

²⁷ Cfr. Moscarini, *La contumacia dell’imputato*, Milano, 1997, 526.

²⁸ Gaeta-Macchia, *L’appello*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, V, Torino, 2009, 543.

Nessuna efficacia extrapenale per le sentenze di proscioglimento estintive

Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 26 gennaio 2011, n. 1768 - Pres. Vittoria; Rel. Spirito

La disposizione di cui all'art. 652 c.p.p. (così come quelle degli artt. 651, 653 e 654 del codice di rito penale) costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile, in quanto tale soggetta ad un'interpretazione restrittiva e non applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti. La sola sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno, mentre alle sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non va riconosciuta alcuna efficacia extrapenale, benché, per giungere a tale conclusione, il giudice abbia accertato e valutato il fatto. In quest'ultimo caso, il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione.

[Omissis]

2. - *L'ordinanza di rimessione alle S.U.*

La III sezione civile di questa Corte, investita del ricorso, ha ravvisato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, concernente gli effetti del giudicato penale nel giudizio civile di risarcimento del danno, rimettendo gli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle sezioni unite.

In particolare, si osserva nell'ordinanza di rimessione che:

- (a) per un primo orientamento, la sentenza del giudice penale di proscioglimento, pronunciata all'esito di accertamenti di fatto, avrebbe efficacia vincolante per il giudice civile quanto alla materiale sussistenza dei fatti accertati dal giudice penale (si citano al riguardo Cass. 14328/00; 810/95);
- (b) per un secondo orientamento, invece, la sentenza penale che dichiara il reato estinto per prescrizione non avrebbe alcuna efficacia vincolante nel successivo giudizio civile di risarcimento (si citano al riguardo Cass. 3084/97; 1319/96; 342/96; 10551/98).

Il primo presidente ha assegnato la causa alle sezioni unite.

I ricorsi devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., siccome proposti contro la medesima sentenza.

3. - *Il quesito e le sue radici*

Il problema posto concerne l'efficacia vincolante della sentenza penale nel giudizio di risarcimento del danno, nell'ipotesi in cui l'imputato sia prosciolto per una causa estintiva del reato.

Problema antico, che si nutre in radice del dibattito sviluppatosi a cavallo tra il XVIII ed il XIX secolo tra la teoria che, in nome dell'unitarietà della funzione giurisdizionale, affermava la prevalenza della giurisdizione penale su quella civile e l'altra che, invece, sosteneva l'autonomia dell'una rispetto all'altra.

La prima, ritenendo che la giurisdizione penale fosse funzione di governo e quella civile funzione di giustizia, fondava sul fatto che, quando si esercita l'azione penale, è l'intera collettività che accusa insieme al pubblico ministero ed è parte ideale del processo penale, la cui sentenza conclusiva è efficace *erga omnes*. Si considerava, dunque, socialmente scandaloso che la sentenza civile contraddicesse con quella penale (in cui, peraltro, l'accertamento della verità è più accurato rispetto a quello civile), laddove, soprattutto, il principio di unitarietà della funzione giurisdizionale comporta che, una volta espressasi, essa non può essere duplicata.

La seconda guardava principalmente alla sentenza penale assolutoria, rilevando che essa non fa altro che accertare la mancanza di prove del reato, che è assurdo ritenere che il PM rappresenti tutti i cittadini relativamente alle loro azioni civili e che il giudicato penale può ma non deve necessariamente influenzare la decisione civile. Da allora il dibattito tra chi ritiene che la sentenza penale prevalga comunque su quella civile e chi, all'opposto, sostiene l'autonomia dei giudizi non s'è mai sopito, tant'è che ancor'oggi il contrasto viene all'esame delle S.U.

Il principio di unitarietà delle giurisdizioni ed il conseguente corollario della prevalenza della sentenza penale su quella civile finirono per affermarsi sull'opposta tesi, tanto da essere tradotti in legge già nel codice di procedura penale sabaudo del 1859, per poi essere traslati nei codici di rito penale italiani del 1865, del 1913 e del 1930, senza essere più posti in discussione né in dottrina, né in giurisprudenza. Può dirsi, insomma, che s'era persa pure la memoria della genesi storica di siffatto traguardo.

Solo con l'entrata in vigore della costituzione repubblicana alcuni autori accesero il dubbio intorno alla compatibilità del principio di unitarietà della giurisdizione con la nuova legge fondamentale. Uno dei più illustri processualisti pensò che il principio dovesse essere mitigato, in quanto l'art. 27 c.p.p. del 1930 stabiliva l'efficacia vincolante della sentenza penale nel giudizio civile risarcitorio soltanto per quanto concerne l'accertamento del fatto, dell'illeceità, e della responsabilità del condannato; tutti e tre questi accertamenti possono essere contenuti soltanto in una sentenza di condanna o di proscioglimento per difetto di imputabilità (infermità di mente o minore età); sicché, ogni altra sentenza (e soprattutto quelle di proscioglimento per cause diverse dalla non imputabilità) non ha alcun effetto vincolante nel giudizio civile di risarcimento. Sforzi interpretativi che rimasero sterili nel perdurare di un sistema processuale inquisitorio, che della prevalenza della sentenza penale su quella civile faceva il suo stesso senso.

4. - *L'avvento del codice di procedura penale del 1989*

Il quadro cambia radicalmente con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, il quale elimina la c.d. pregiudiziale penale (già sancita dall'art. 3 del codice del 1930), cancel-

la l'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento nei giudizi civili diversi da quelli di risarcimento (prevista dall'art. 28 del codice del 1930) e, con l'art. 75, introduce la pressoché totale autonomia tra azione civile e penale.

Tuttavia, sul piano letterale le nuove previsioni degli artt. 651 (efficacia del giudicato penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno) e 652 (efficacia della sentenza penale di assoluzione nel giudizio civile o amministrativo di danno) finiscono con il ricalcare il testo degli artt. 27 e 25 del vecchio codice, nel senso che in quei giudizi l'efficacia di giudicato è esplicitamente attribuita alla sola sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato adempiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima.

Nessun riferimento è fatto alle sentenze di proscioglimento per amnistia, per prescrizione o per altra causa di estinzione del reato. Il che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, ha riaperto il dibattito intorno all'efficacia vincolante della sentenza penale, benché, questa volta, sia prevalsa (soprattutto in dottrina) la tesi che sostiene l'inefficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento, pur se fondata su un accertamento concreto dei fatti materiali.

5. - Il contrasto di giurisprudenza

Nell'interpretare il disposto degli artt. 651 e 652 del nuovo c.p.p., un primo orientamento (Cass. n. 9798/96; n. 1319/96) ha negato qualsiasi efficacia vincolante alla sentenza di proscioglimento, come nel caso già visto della declaratoria di estinzione del reato per amnistia. Tale sentenza infatti, anche se emessa a seguito di dibattimento, non può essere equiparata alla sentenza di condanna od a quella di assoluzione, le uniche cui le norme appena citate attribuiscono efficacia vincolante nel giudizio civile di danno: ciò sia in conformità dei criteri mirati a ridurre l'efficacia extrapenale del giudicato contenuti nella legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81 (art. 2, nn. 22-25, e 53), sia perché nel nuovo c.p.p. gli artt. 651-654, sull'efficacia extrapenale della sentenza, fanno riferimento alle sole sentenze dibattimentali irrevocabili di condanna o di assoluzione, sicché non è più possibile equiparare a queste gli altri tipi di decisione, come la sentenza di non doversi procedere.

Se ne è perciò tratta la conclusione che nel giudizio civile o amministrativo promosso per le restituzioni ed il risarcimento del danno contro l'imputato, il giudice, dopo il proscioglimento dell'imputato in applicazione dell'amnistia, deve interamente rivalutare il fatto, a nulla rilevando che questo sia stato già accertato in sede penale, ai fini dell'applicazione dell'amnistia o della declaratoria di prescrizione (Cass. n. 342/96; n. 3084/97; n. 10551/98; n. 10122/00; n. 3132/01; n. 2297/04 (Rv. 569935)).

In applicazione di questo orientamento si è ritenuto, dunque, che l'accertamento della speciale tenuità del danno cagionato dal reato, compiuto dal giudice penale al fine di applicare un provvedimento di amnistia, costituisce "una valutazione sommaria, con la conseguenza che essa non vincola il giudice civile, successivamente adito con l'azione di risarcimento, nella determinazione del quantum debeatur" (Cass. n. 5887/00).

Conseguentemente, l'orientamento in esame, negando efficacia vincolante alla sentenza di improcedibilità per sopravvenuta estinzione del reato nel vigore del nuovo codice di procedura penale, è stato applicato non solo nei casi di proscioglimento per amnistia, ma anche di prescrizione del reato (Cass. n. 5945/00). Sicché, nel giudizio promosso contro l'imputato per

ottenere il risarcimento del danno, il giudice civile, pure tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale, e pur potendo ripercorrere lo stesso *iter* argomentativo del giudice penale e giungere alle medesime conclusioni, deve tuttavia interamente e autonomamente rivalutare il fatto (nello stesso senso, cfr. anche Cass. n. 16559/05).

Queste conclusioni non sono condivise da altra parte della giurisprudenza, la quale ritiene che il principio di autonomia della giurisdizione civile e penale non vuoi dire dicotomia di giurisdizioni. In altri termini, la possibilità di giudizi differenziati in sede civile ed in sede penale, consentita dall'art. 75 c.p.p. e dall'abrogazione della pregiudiziale penale di cui all'art. 3 c.p.p. del 1930, non toglie che la giurisdizione resti sempre una ed una sola, ed è contrario alla logica dell'unità della giurisdizione imporre a due giudici diversi di accertare due volte i medesimi fatti.

Questo orientamento ammette che la sentenza penale che ha dichiarato non doversi procedere per essere il reato estinto per amnistia, anche ritenendo prevalente una determinata attenuante, non ha autorità di cosa giudicata in ordine alla commissione del fatto, ma tale effetto si produce soltanto quando il giudice civile abbia accertato, nell'ambito dei suoi poteri interpretativi, incensurabili in sede di legittimità in mancanza di vizi logico giuridici e di motivazione incongrua, che il beneficio dell'amnistia fu concesso in ragione di un giudizio di prevalenza formulato in via astratta, con esclusivo riferimento al capo di imputazione, o che il giudice penale dichiarò estinto il reato senza valutare la fondatezza della *notitia criminis* (Cass. n. 3002/94).

A conclusioni diverse invece l'orientamento in esame perviene allorché il giudice penale abbia concretamente accertato i fatti materiali posti a fondamento della derubricazione del reato o del giudizio di comparazione tra circostanze. È stato, infatti, affermato che l'art. 654 del nuovo c.p.p. non ha fatto che riprodurre il vecchio art. 28 c.p.p. del 1930, e pertanto i principi sostenuti dalla giurisprudenza con riferimento a quest'ultima norma debbono trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito. Pertanto "*la sentenza dibattimentale di proscioglimento per prescrizione (...) può spiegare effetti nel giudizio civile instaurato nei confronti dell'imputato in ordine alla sussistenza dei fatti materiali in concreto accertati dal giudice penale*" (Cass. n. 13939/99).

Conclusione giustificata dal fatto che: l'art. 654 c.p.p., là dove attribuisce efficacia vincolante alle sole sentenze di assoluzione e non anche a quelle di proscioglimento, va interpretato secondo la sua *ratio* e non secondo la sua lettera; la *ratio* dell'art. 654 c.p.p. è di istituire un rapporto di dipendenza giuridica tra l'accertamento penale e quello civile, che non nasce dalla sentenza, ma dall'effettivo accertamento di fatti storici accertati nella loro oggettività; sotto questo profilo, le sentenze di assoluzione non costituiscono che una *species* del più ampio *genus* delle sentenze di proscioglimento, posto che anche nelle seconde può essere necessario l'accertamenti di fatti materiali, ai fini ad esempio della valutazione delle attenuanti o della derubricazione del reato; pertanto, quando il giudice penale, al fine di accertare l'estinzione del reato per prescrizione, accerta la sussistenza di circostanze attenuanti e le compara con le aggravanti, compie un vero e proprio giudizio di merito, come tale vincolante nel giudizio civile al pari di quello contenuto nella sentenza di assoluzione.

S'è pure aggiunto che tale interpretazione non è affatto contrastata dalle previsioni della legge delega (l. 16 febbraio 1987 n. 81), la quale nulla dice in merito all'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento, ed osserva che l'opposta opinione condurrebbe ad effetti

irrazionali ed incostituzionali, discriminando tra "fattispecie processuali in cui l'accertamento di determinati fatti si tradurrebbe in una sentenza formalmente di merito vincolante agli effetti civili e quelle in cui lo stesso accertamento sarebbe destinato a restare confinato all'interno della dinamica del giudizio penale" (Cass. n. 3937/98; n. 14328/00; n. 810/95; n. 6906/93 (Rv. 482867).

È per queste ragioni che è stato ritenuto vincolante, nel processo civile di opposizione ad ingiunzione fiscale, l'accertamento dei fatti materiali commessi dal debitore-opponente (l'importazione di beni in evasione del dazio), contenuto nella sentenza penale di proscioglimento per prescrizione del reato di evasione dei diritti doganali, pronunciata dal giudice penale previo accertamento della sussistenza di circostanze attenuanti, repute equivalenti alle contestate aggravanti (Cass. n. 13939/99). È stato ritenuto vincolante, nel processo civile di opposizione ad ingiunzione fiscale, l'accertamento dei fatti materiali commessi dal debitore-opponente (l'evasione dell'imposta sugli olii minerali), contenuto nella sentenza penale di proscioglimento per prescrizione del reato di evasione della suddetta imposta, pronunciata dal giudice penale previo accertamento della sussistenza di circostanze attenuanti, repute equivalenti alle contestate aggravanti Cass. n. 3937/98).

Di recente Cass. n. 3903/10 ha stabilito che il principio secondo cui, nel caso di sentenza di estinzione del reato per amnistia, il giudice civile, adito per il risarcimento del danno, conserva la piena facoltà di ricostruire il fatto e di accertare, ai fini dell'art. 2059 cod. civ., se in esso ricorrono gli elementi costitutivi del reato, incontra un limite quando nel giudizio penale sia stato necessario un accertamento di merito per l'applicazione della amnistia, come nell'ipotesi in cui questa è la conseguenza dell'esclusione di circostanze aggravanti o del giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti e attenuanti.

6. - I precedenti delle Sezioni Unite civili e penali

Queste S.U. sono già intervenute sul tema, benché (si badi) con una sentenza (la n. 12243/09) non resa in sede di composizione di contrasto, ma in sede d'impugnazione di una sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. Va pure avvisato che nella decisione di cui si discorre le S.U. si sono pronunciate sull'interpretazione dell'art. 654 c.p.p., e cioè della norma che disciplina l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili ed amministrativi diversi da quello di danno. Tuttavia, i principi affermati sono suscettibili di applicazione anche con riferimento ai giudizi puramente risarcitori, posto che sia gli artt. 651 e 652 c.p.p. (disciplinanti gli effetti della sentenza penale di condanna od assoluzione nel giudizio civile di danno), sia l'art. 654 c.p.p. (disciplinante gli effetti della sentenza penale di assoluzione nel giudizio civile diverso da quello di danno), fanno tutti riferimento alla "sentenza penale irrevocabile (di condanna o di assoluzione) pronunciata in seguito a dibattimento".

Il Collegio, come si vedrà anche in seguito, intende far proprie le seguenti argomentazioni ed apportare continuità all'indirizzo già espresso.

La vicenda aveva ad oggetto la domanda di risarcimento del danno proposta dalla pubblica amministrazione nei confronti di persona imputata di furto continuato di acqua pubblica e successivamente prosciolta per sopravvenuta amnistia. Per applicare l'amnistia, tuttavia, il giudice penale aveva accertato in concreto la sussistenza dell'attenuante della speciale tenuità del fatto: sicché, era sorta questione se tale accertamento bastasse a vincolare il giudice civile in merito all'accertamento della responsabilità del convenuto, ovvero se fosse possibile nel giudizio risarcitorio un autonomo accertamento dei fatti.

Nell'occasione le S.U. hanno affermato che la sentenza di proscioglimento è priva di efficacia vincolante nel giudizio civile, anche quando fondata sul concreto accertamento dei fatti materiali ascritti all'imputato, perché: gli artt. 651-654 c.p.p. attribuiscono l'efficacia di giudicato alla sola sentenza penale di condanna o di assoluzione, e tale non è la sentenza di non doversi procedere *ex art. 529 c.p.p.*; nulla rileva che la sentenza di proscioglimento sia "omogenea" rispetto alla sentenza di assoluzione (per questa affermazione si veda Cass. 14328/00 menzionata nel precedente paragrafo), come si desumerebbe dalla rubrica del Libro VII, Titolo III, Capo 11, Sezione Prima del c.p.p., proprio perché il legislatore nell'art. 654 c.p.c., ha esplicitamente richiamato le sole sentenze di assoluzione e perciò la specie anziché il genere; è desumibile *l'argumentum a contrario* dal fatto che il previgente art. 28 c.p.p. prevedeva espressamente l'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento, al contrario dell'attuale c.p.p.; la legge delega per la emanazione del c.p.p. prevedeva tra le linee direttrici la riduzione dell'efficacia extrapenale del giudicato (l. 16 febbraio 1987, n. 81, art. 2, nn. 22, 25 e 53).

Queste conclusioni, hanno osservato le S.U., non vengono meno nell'ipotesi in cui il giudice penale, per pervenire alla pronuncia di estinzione del reato per prescrizione od amnistia, abbia accertato in fatto la sussistenza di circostanze aggravanti od attenuanti, ovvero abbia proceduto alla loro comparazione, e ciò per due ragioni: perché tale accertamento "*ha carattere di mera delibazione, essendo sufficiente al riguardo una valutazione sommaria*", e quindi non può avere l'efficacia extrapenale tipica del giudicato; perché, se davvero fosse possibile distinguere tra sentenze di proscioglimento fondate su accertamenti in concreto e sentenze di proscioglimento fondate su valutazioni astratte, il medesimo atto processuale (la sentenza di proscioglimento) verrebbe ad avere effetti diversi (vincolanti nel primo caso, non vincolanti nel secondo caso) in base al contenuto, in contrasto col tradizionale principio secondo cui gli effetti dell'atto processuale dipendono dalle regole che lo disciplinano, non dai contenuti che esso in concreto assume.

Da ciò la conclusione che "non rileva quanto la declaratoria di una causa di estinzione del reato possa esser stata preceduta da ponderata e specifica valutazione della insussistenza di ipotesi di proscioglimento immediato (...) dovendosi escludere l'efficacia di giudicato per qualsiasi statuizione della sentenza di proscioglimento".

Alle medesime conclusioni è pervenuta la giurisprudenza penale, più volte chiamata ad occuparsi di un problema affine: quello della sussistenza di un interesse ad impugnare, in capo alla parte civile od all'imputato, al fine di ottenere un mutamento della formula assolutoria. La questione, in passato anch'essa fonte di vari contrasti, è stata recentemente risolta dall'intervento delle Sezioni Unite penali, con una decisione (resa, si badi, da questo consesso non a composizione di un contrasto, ma perché avente ad oggetto un giudizio di responsabilità disciplinare del magistrato) dalla quale si traggono utilissime indicazioni anche per quanto concerne il problema oggi in esame.

In particolare, Cass. penale S.U. n. 40049 del 29/05/2008 (dep. il 28/10/2008), chiamata a stabilire "se la parte civile abbia o meno interesse a proporre ricorso per Cassazione contro una sentenza che abbia prosciolto l'imputato dalla imputazione di diffamazione a mezzo stampa con la formula perché il fatto non sussiste a norma dell'art. 51 c.p., allo scopo di ottenere la formula perché il fatto non costituisce reato", ha dato risposta negativa al quesito, offrendo una approfondita esegesi dell'art. 652 c.p.p.

Ne risultano i seguenti corollari: il codice di procedura penale del 1988 ha fatto venir meno il principio dell'unitarietà della funzione giurisdizionale, introducendo il diverso principio della autonomia, parità ed originarietà degli ordini giurisdizionali; l'art. 652 c.p.p., nella parte in cui ancora prevede un limitato vincolo del giudice civile rispetto alla sentenza penale, è perciò norma eccezionale, insuscettibile di interpretazione estensiva od analogica; la stessa disposizione assegna l'efficacia di vincolo alla sola sentenza penale dibattimentale di assoluzione, sicché "è (...) esclusa l'efficacia delle pronunce di improcedibilità, sia di quelle emesse, per ragioni anche di merito, prima del dibattimento (artt. 425 e 469 c.p.p.), sia di quelle di carattere processuale (per mancanza di una condizione di procedibilità o per estinzione del reato) emesse in esito al dibattimento (artt. 529 e 531 c.p.p.)".

7. - La questione in dottrina

Traendo ragione dalle circostanze già prima poste in evidenza (il venir meno della c.d. "pregiudiziale penale", la cancellazione dell'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento nei giudizi civili diversi da quello di risarcimento e l'introduzione della pressoché totale autonomia tra azione civile e penale), la dottrina processualista attuale è pervenuta alle stesse conclusioni, rilevando: che il principio di unitarietà della funzione giurisdizionale non è un dogma ineliminabile, ma una opinione avente una matrice ideologica ("la giustizia penale è funzione di governo, quella civile di giustizia") e giuridica (la giustificazione del sistema inquisitorio e della prevalenza della giurisdizione penale) ormai tramontate; il c.p.p. del 1988 ha definitivamente abbandonato quel principio, conservando solo deroghe eccezionali ad esso negli artt. 651-654 c.p.p.; di conseguenza, l'attuale sistema dei rapporti tra giurisdizione civile e penale è improntato al principio della separazione e della equiordinazione, con le sole e limitate eccezioni previste dagli artt. 651-654 c.p.p., secondo la logica *favor separationis*.

8. - La soluzione del contrasto

Le Sezioni Unite, come s'è detto, intendono aderire ai principi esposti nei due paragrafi precedenti, accogliendo l'interpretazione normativa secondo cui l'efficacia del vincolo è attribuibile alla sola sentenza penale dibattimentale di assoluzione.

Infatti, la tesi che sostiene l'interpretazione estensiva dell'art. 652 c.p.p. è errata in quanto contrasto con la lettera e la ratio della disposizione, oltre che con i principi generali e con la volontà del legislatore. Essa, in estrema sintesi, perpetua l'interpretazione che era stata data all'art. 25 dell'abrogato codice, senza tener conto che è venuto meno il presupposto sul quale essa fondava, ossia i principi di unitarietà della giurisdizione e di prevalenza della sentenza penale su quella civile.

Anche a seguito di reiterati interventi della Corte Costituzionale sugli artt. 25, 27 e 28 c.p.p. del 1930, la legge di delegazione per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale 16 febbraio 1987, n. 81 conteneva criteri direttivi (art. 2 nn. 22-25 e 53) miranti a ridurre l'efficacia extrapenale del giudicato. Il legislatore delegato in conformità di questi criteri ha previsto una drastica riduzione degli effetti extrapenali della decisione penale, coerentemente, del resto, con la logica complessiva del nuovo codice in ordine ai rapporti tra giudizio penale e giudizio civile, i quali ormai non sono più improntati al principio, in precedenza imperante nel sistema inquisitorio, della unitarietà della funzione giurisdizionale e quindi della priorità e del primato della giurisdizione penale e della sua pregiudizialità rispetto agli altri processi.

Nel nuovo ordinamento processuale, ispirato al principio accusatorio, il precedente principio generale è venuto meno e vige invece il principio della parità ed originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e della sostanziale autonomia e separazione dei giudizi. Ciò si desume anche dal fatto che nel nuovo codice di procedura non è stata riprodotta la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, del codice abrogato (sulla sospensione necessaria della controversia civile in pendenza del processo penale) né diverse altre disposizioni alla stessa collegate (parte dell'art. 24 c.p.p. e ss.), e, conseguentemente, con la sua riformulazione ad opera della legge n. 353 del 1990, è stato eliminato ogni riferimento alla c.d. pregiudiziale penale dal testo dell'art. 295 c.p.c.

Il legislatore, dunque, con il codice di procedura del 1988 ha introdotto il diverso principio della (pressoché) completa autonomia e separazione fra giudizio civile e giudizio penale, nel senso che, tranne alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo civile previste dall'art. 75 c.p.p., comma 3, da un lato, il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e, dall'altro, il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità civile dedotti in giudizio.

Del resto, il "*principio della reciproca indipendenza dell'azione penale e di quella civile*" a cui è ispirato il nuovo codice di procedura, vige anche nell'ambito dello stesso processo penale, ove, qualora una sentenza di assoluzione dell'imputato venga impugnata dalla sola parte civile può aversi un giudicato di assoluzione agli effetti penali ed una decisione di condanna agli effetti civili.

Questo nuovo principio generale è peraltro attenuato dal riconoscimento al giudicato penale di valore preclusivo negli altri giudizi in specifiche limitate ipotesi, e precisamente in quelle disciplinate dall'art. 651 c.p.p., con riferimento al giudicato di condanna e dall'art. 652 c.p.p., con riferimento al giudicato di assoluzione nei giudizi civili ed amministrativi di danno, dall'art. 653 c.p.p., con riferimento al giudizio disciplinare e dall'art. 654 c.p.p., con riferimento al giudicato assolutorio o di condanna negli "altri" (diversi da quelli precedenti) giudizi civili ed amministrativi.

Tutte queste disposizioni sottostanno al limite costituzionale, ripetutamente affermato dalla Corte Costituzionale e fatto proprio dalla Legge Delega, del rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio e, costituendo un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi, sono soggette ad un'interpretazione restrittiva e non possono essere applicate per via di analogia oltre i casi espressamente previsti.

Più in particolare, l'art. 652 c.p.p., in attuazione di una specifica direttiva della legge di delega (L. 16 febbraio 1987, n. 81, art. 2, n. 23), ha previsto che la sentenza di proscioglimento produca effetti nel giudizio di danno quando ricorrano queste condizioni: a) che si tratti di sentenza penale irrevocabile pronunciata in seguito a dibattimento (o a seguito di rito abbreviato se la parte civile ha accettato il rito); b) che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile e che comunque il danneggiato dal reato non abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'art. 75 c.p.p., comma 2.

Ricorrendo questi due presupposti, l'art. 652 c.p.p., dispone poi che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni o il risarcimento del danno promosso dal danneggiato (o nell'interesse dello stesso, come da precisazione introdotta dalla L. 27 marzo 2001, n. 97, art. 9 con riferimento alle azioni risarcitorie esercitate nei giudizi di responsabilità amministrativa davanti alla Corte

dei conti), "quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima".

Ai sensi dell'art. 652 c.p.p., dunque, la sentenza di assoluzione ha efficacia di giudicato nell'ambito del giudizio civile di danni solo relativamente a questi accertamenti. La sentenza dibattimentale di assoluzione può essere pronunciata anche per altre ragioni, come per mancanza dell'elemento psicologico, doloso o colposo, o per l'esistenza di una causa di giustificazione (reale o putativa) diversa da quella di cui all'art. 51 c.p., o per l'esistenza di una causa di non punibilità o per non imputabilità del soggetto. Però il legislatore, con una sua scelta discrezionale, peraltro coerente con il nuovo principio introdotto, ha limitato l'efficacia del giudicato, nel giudizio civile o amministrativo di danno, solo agli elementi relativi all'insussistenza del fatto, alla non commissione dello stesso, ed alla non illiceità per l'esistenza dell'esimente di cui all'art. 51 c.p.

È quindi esclusa l'efficacia delle pronunce di improcedibilità, sia di quelle emesse, per ragioni anche di merito, prima del dibattimento (artt. 425 e 469 c.p.p.), sia di quelle di carattere processuale (per mancanza di una condizione di procedibilità o per estinzione del reato) emesse in esito al dibattimento (artt. 529 e 531 c.p.p.).

Questa limitazione degli effetti di giudicato risultante dal testo dell'art. 652 c.p.p., è, del resto, conforme alla volontà del legislatore, come risulta dai lavori preparatori del nuovo codice di rito.

Dalla relazione al progetto preliminare del nuovo codice (in Cass. Uff. n. 250 del 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 2) si desume che è stata seguita "la linea tracciata nel 1978" (nel progetto di codice redatto sulla base della precedente delega del 1974) nei punti in cui la nuova delega non era diversa dalla precedente, e in questa linea il legislatore delegato ha incluso "il preciso intento di limitare l'efficacia vincolante della sentenza penale irrevocabile pronunciata in esito a giudizio al solo accertamento del fatto materiale e della sua riferibilità all'imputato, così da escludere ogni efficacia vincolante per quanto riguarda l'accertamento della colpa" (pag. 141 della citata relazione). Si tratta del resto di disciplina del tutto coerente con il nuovo principio della reciproca indipendenza dell'azione penale e di quella civile cui si ispira il vigente codice di procedura penale.

L'art. 652 c.p.p., dunque, stabilisce che la sentenza di assoluzione è idonea a produrre gli effetti di giudicato ivi indicati non in relazione alla formula utilizzata, bensì solo in quanto contenga, in termini categorici, un effettivo e positivo accertamento circa l'insussistenza del fatto o l'impossibilità di attribuirlo all'imputato o circa la circostanza che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima (circostanze, queste ultime, che escludono l'illiceità, non solo penale, del fatto, e conseguentemente l'ingiustizia del danno). La formula utilizzata di per sé è perciò non decisiva perché, al di là di essa, l'effetto di giudicato è collegato al concreto effettivo accertamento dell'esistenza di una di queste ipotesi (per questi ultimi concetti, cfr. soprattutto la già citata Cass. penale S.U. n. 40049/08).

9. - Altre considerazioni e l'enunciazione del principio di diritto

A corredo di quanto finora argomentato vanno aggiunte le seguenti considerazioni.

Il giudizio civile di danno, soprattutto per l'impulso giurisprudenziale dell'ultimo decennio, ha concretamente assunto configurazione, carattere ed ambiti che ne hanno esaltato, appunto, la totale originarietà ed autonomia rispetto a quello penale.

Come mero accenno alla vasta opera di rielaborazione, basti pensare al decisivo passo effettuato dalla fondamentale Cass. S.U. n. 500/99 nell'affermare definitivamente (in sintonia con le indicazioni da tempo inviate dalla dottrina) che la disposizione dell'art. 2043 c.c. non costituisce norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza. Di qui la conseguenza che, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dalla citata disposizione, non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela ma spetta al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, un'esigenza di protezione.

A distanza di qualche anno è sopravvenuto il complessivo riassetto del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. (soprattutto ad opera di Cass. nn. 8827 ed 8828 del 2003 e poi di Cass. S.U. n. 26972/08), sulla base della fondamentale considerazione che esso, con riferimento al precetto costituzionale dell'art. 2, deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, non esaurendosi nel danno morale soggettivo e non essendo soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 cod. pen. Siffatto danno non presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della Legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, in essa, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale.

A rafforzare l'autonomia dei giudizi ha, poi, contribuito quella giurisprudenza che ha chiarito che la condanna generica al risarcimento dei danni, contenuta nella sentenza penale, pur presupponendo che il giudice riconosca che la parte civile vi ha diritto, non esige alcun accertamento in ordine alla concreta esistenza di un danno risarcibile, ma postula soltanto l'accertamento della potenziale capacità lesiva del fatto dannoso e della probabile esistenza di un nesso di causalità tra questo ed il pregiudizio lamentato, salva restando nel giudizio di liquidazione del *quantum* la possibilità di esclusione dell'esistenza stessa di un danno unito da rapporto eziologico con il fatto illecito (tra le varie, cfr. Cass. n. 329/01, n. 7695/08).

Per altro verso, la giurisprudenza ha inciso sulle peculiari incombenze probatorie del giudizio civile di danno, ponendo in evidenza che mentre il giudizio penale pone al centro dell'osservazione la figura dell'imputato ed il suo *status libertatis*, quello civile risarcitorio guarda al danneggiato ed alle sue posizioni giuridicamente protette.

Di qui l'affermazione che, in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è pur sempre regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen. (per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo), nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano, ad una valutazione *ex*

ante, del tutto inverosimili, ferma restando, però, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (Cass. n. 576/08). Sulla base di tutte le argomentazioni finora svolte può concludersi nel senso che, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, devono ritenersi definitivamente espunti dall'ordinamento i principi di unitarietà delle giurisdizioni civile e penale e della conseguente prevalenza del giudizio penale sul giudizio civile, vigendo, piuttosto il principio della parità ed originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e della sostanziale autonomia e separazione dei giudizi, ad eccezione di determinati tipi formali di pronuncia per ipotesi tassativamente prescritte. Deve essere, pertanto, enunciato il seguente principio di diritto:

«La disposizione di cui all'art. 652 c.p.p. (così come quelle degli artt. 651, 653 e 654 del codice di rito penale) costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile, in quanto tale soggetta ad un'interpretazione restrittiva e non applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti. Ne consegue che la sola sentenza penale irrevocabile di assoluzione (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima) pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno, mentre alle sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non va riconosciuta alcuna efficacia extrapenale, benché, per giungere a tale conclusione, il giudice abbia accertato e valutato il fatto (nella specie, il giudice penale, accertati i fatti materiali posti a base delle imputazioni e concesse le attenuanti generiche, per effetto dell'applicazione di queste ha dichiarato estinto il reato per prescrizione); b) che, in quest'ultimo caso, il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione (nella specie, il giudice civile, ha proceduto ad un riparto delle responsabilità diverso da quello stabilito dal giudice penale)».

[omissis]

ROBERTO PUGLISI

Dottore di ricerca in Procedura penale - Università di Roma "Tor Vergata"

Giudicato penale e azione civile in caso di proscioglimento per estinzione del reato

Criminal judgment and civil action in case of acquittal for crime extinction

La portata extrapenale delle sentenze va verificata alla luce delle norme processuali piuttosto che sulla base di affermazioni di principio. In linea di sistema, l'esclusione dell'efficacia preclusiva delle sentenze di proscioglimento che dichiarano l'estinzione del reato non va disgiunta dai poteri decisionali del giudice investito dall'impugnazione della parte civile.

The effectiveness of criminal judgment must be considered in accordance with the procedural rules, rather than on the basis of general statements. Systematically, the exclusion of the foreclosure effectiveness for the acquittals declaring the extinction of the crime cannot be separated from the decision powers of the court of appeal.

L'unità della giurisdizione

Le Sezioni Unite civili affrontano un tema strettamente connesso alle scelte di fondo del codice di procedura penale. Alla luce di un principio di stretta tipicità delle ipotesi contemplate dall'art. 652 c.p.p., viene esclusa l'efficacia extrapenale della sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato anche laddove la stessa contenga una ricostruzione del fatto¹; pertanto, solo le pronunce di assoluzione emanate a seguito di un dibattimento (o giudizio abbreviato qualora

la parte civile abbia accettato il rito) possono esplicitare gli effetti preclusivi previsti dalla suddetta norma. La decisione civile non può, viceversa, essere condizionata dalle sentenze dichiarative dell'estinzione del reato che pure abbiano accertato l'illiceità del fatto presupposto al risarcimento dei danni. La questione merita attenzione sotto diversi profili, data la poliedricità dei rapporti tra giurisdizione civile e penale.

Nel provvedimento adottato, invero, si rileggono considerazioni che spesso accompa-

¹ Cfr., Cass. sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, *CED Cass.*, 240815, che rammenta come nella categoria delle sentenze di proscioglimento, «sono comprese, oltre a decisioni ampiamente liberatorie, ossia quelle pronunciate con le formule "il fatto non sussiste" e "l'imputato non lo ha commesso", decisioni che, "pur non applicando una pena, comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo».

gnano i commenti alla disciplina contemplata dagli artt. 651 ss. c.p.p. Con il codice del 1988, è caduto il principio della pregiudiziale espresso dall'art. 3 c.p.p. 1930, in virtù del quale il giudizio civile doveva essere sospeso in attesa del *decisum* penale qualora i due accertamenti avessero potuto riguardare le stesse circostanze; è stata, così, sancita «la separazione del giudizio penale di accertamento della responsabilità delittuale da quello civile per il risarcimento del danno» con reciproca autonomia delle giurisdizioni². Sebbene la virata non abbia risparmiato alcuni riflessi del sistema precedente – è innegabile l'influenza degli artt. 25, 27 e 28 c.p.p. 1930 letti alla luce degli interventi «additivi» della Corte costituzionale³ – si tratta di profili che vanno intesi come deroghe al nuovo sistema e, in quanto tali, applicati in termini di rigorosa tassatività. Così, il riferimento diretto contenuto nell'art. 652 c.p.p. alla sentenza di assoluzione a seguito di dibattimento diviene, per ciò solo, esclusivo e tipico, dove il dato letterale supporta la tendenziale autonomia dei giudizi.

Premessa la condivisibilità dell'assunto, l'apparato argomentativo delle Sezioni Unite civili non tiene conto di altri aspetti caratterizzanti il dibattito⁴. La solenne affermazione della indipendenza tra giurisdizioni tende a incrinarsi dinanzi alla permanenza nel processo penale del titolare delle pretese civili, mantenendo in vita ideologie del passato⁵. Del resto, la nuova disciplina della parte civile è scaturita da due spinte opposte: l'una volta a contenere il ruolo del danneggiato nel processo penale e, l'altra, favorevole ad accentuare le sue garanzie partecipative⁶; le norme enunciate dagli artt. 651-654 c.p.p., al di là del loro significato concreto, fanno da sponda a tale ambiguità immanente della disciplina.

In ogni caso, gli strumenti per delineare un quadro dei rapporti tra azione civile e processo penale vanno ricercati nel tessuto codicistico, piuttosto che appoggiarsi ad affermazioni di principio. Peraltro, non era neanche pacifica l'effettiva appartenenza del principio di non contraddizione al codice abrogato⁷; è significativo come la Corte costituzio-

² V. Zeno Zencovich, *La responsabilità civile. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989, 215.

³ V. C. Cost., sent. 11 marzo 1971 n. 55, www.giurcost.org; C. cost., sent. 14 giugno 1973 n. 99, *ivi*; C. cost., sent. 17 giugno 1975 n. 165, *ivi*. Sul tema, Amodio, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, I, 433: «il *novum* si intreccia così strettamente con il vecchio impianto da rendere difficile la ricostruzione del sistema nel suo edificio complessivo»; Zeno Zencovich, *La responsabilità civile*, cit., 223.

⁴ Vengono ricalcate le considerazioni già svolte da Cass. sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, cit.

⁵ In generale, sul principio dell'unità della giurisdizione, Leone, *Azione civile nel processo penale*, *Enc. dir.*, IV, Roma, 1959, 833: caratteristica fondamentale del principio è il divieto di contraddizione dei giudicati, «la disciplina della parte civile costituisce appunto un caso di misura preventiva diretta ad impedire il conflitto». Cfr. Amodio, *Parte civile*, cit., 433.

⁶ In questo senso, Amodio, *Parte civile*, cit., 439: «garantismo e disincentivazione sono le strutture portanti antinomiche di un sistema che vorrebbe ripudiare la parte civile, ma non sa liberarsene per il peso della tradizione».

⁷ C. cost., sent. 28 giugno 1973 n. 152, www.giurcost.org: è stata data per pacifica la limitazione dell'autorità di cosa giudicata, nel giudizio (civile o amministrativo), alla sola sentenza irrevocabile «pronunciata in seguito a giudizio» e non anche alle sentenze emesse a seguito dell'istruzione. Sebbene si trattasse della sentenza istruttoria di proscioglimento (che, in ogni caso, era idonea a divenire irrevocabile ai sensi dell'art. 402 c.p.p. 1930),

nale ne abbia contestato l'esistenza, per focalizzare l'attenzione su un piano di mero coordinamento tra i giudizi⁸.

A ogni modo, è innegabile il mutato scopo dell'accertamento penale a partire dal 1988. Il giudice non deve ricercare più la verità, ma deve "accontentarsi" di un risultato processuale così come risultante dal confronto delle parti; la scomparsa della norma contenuta nell'art. 299 c.p.p. 1930 (il giudice aveva «l'obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti ... necessari all'accertamento della verità») è il segno più tangibile di un mutamento. Una separazione tra giurisdizioni consegue al venire meno di un sistema tutto improntato alla ricostruzione di un "fatto" unico⁹: in una logica accusatoria, niente esclude la coesistenza di una difformità tra accertamento penale e civile, poiché diversi possono essere gli scopi processuali e i risultati, commisurati sul differente modello di accertamento. È evidente, invece, che prevedere una pronuncia del giudice penale anche su questioni connesse alla responsabi-

lità civile compromette la purezza dell'impostazione¹⁰.

Giudizio penale e pronuncia risarcitoria

La limitazione prospettica seguita dalle Sezioni Unite civili sull'unità o meno della giurisdizione porta con sé il rischio di una petizione di principio (peraltro, non del tutto risolutiva); il ragionamento deve, invece, allargarsi all'insieme delle sfaccettature che disegnano il complesso reticolo connettivo tra giurisdizione penale e azione civile.

In via di premessa, occorrono precisazioni su alcune tutele offerte alla parte civile. L'orientamento propenso a riconoscere una più ampia efficacia del giudicato penale avallava la prassi tenuta sotto il codice del 1930, secondo cui la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per estinzione del reato poteva avere valore di giudicato nel giudizio civile limitatamente ai fatti che il giudice del dibattimento avesse valutato¹¹.

L'ammissibilità di un contrasto tra accertamento penale e giudizio civile revoca in dubbio l'effettiva esistenza dell'unità delle giurisdizioni anche sotto il codice abrogato e, comunque, rende quasi superflue simili questioni al fine di delimitare l'efficacia del giudicato penale nel processo civile.

⁸ C. cost., sent. 4 febbraio 1965 n. 5, www.giurcost.org. Cfr., altresì, Cass. civ., 28 novembre 1964, n. 2830, *Foro padano*, 1965, 690: «se una pronuncia di questo tipo [proscioglimento per amnistia] non deve, a mente del legislatore e del giudice costituzionale, contenere necessariamente un accertamento del fatto giuridicamente rilevante, tanto meno può avere sul fatto predetto autorità di cosa giudicata che trascenda addirittura i confini del procedimento nel cui ambito è stata emessa». Significativa risulta anche Cass. civ., 29 ottobre 1966, n. 2725, *Rep. Foro it.*, 1966, 1123: «la pronuncia irrevocabile di estinzione del reato per sopravvenuta amnistia, emessa in sede di gravame, travolge gli accertamenti compiuti dal giudice che pronunziò l'impugnata sentenza di condanna, la quale non può spiegare alcun effetto vincolante nel successivo giudizio civile, in ordine all'accertamento dei fatti materiali».

⁹ V. Ghiara, sub art. 651 c.p.p., Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, 442.

¹⁰ Cfr. Ghiara, sub art. 74 c.p.p., Chiavario (a cura di), *Commento*, cit., I, 362.

¹¹ La giurisprudenza condizionava l'efficacia esterna di giudicato della sentenza penale alla sussistenza o meno di un accertamento di fatto sugli elementi costitutivi del reato. Cfr. Cass. civ. sez. III, 21 dicembre 1990, n. 12154, *CED Cass.*, 470277; Cass. civ., sez. II, 16 agosto 1990, n. 8318, *CED Cass.*, 468869; Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 1987, n. 8463, *CED Cass.*, 456000; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 1986, n. 3242, *CED Cass.*, 446231; Cass. civ., sez. II,

Tale prerogativa è rimasta, poi, fuori dagli artt. 652 e 654 c.p.p.; le nuove norme regolanti gli effetti del giudicato penale mutano il quadro dei confini dell'efficacia extrapenale della sentenza favorevole all'imputato. Innovando rispetto all'art. 28 c.p.p. 1930, scompare il riferimento alla sentenza di proscioglimento (da intendersi come *genus* comprensivo di tutte le cause proscioglitive), per restringersi alle sole sentenze di assoluzione in dibattimento o nel giudizio abbreviato che la parte civile consenta¹².

Tuttavia, su un versante parallelo, le più ampie possibilità decisionali contemplate in sede di impugnazione comportano che le garanzie precedentemente offerte all'attore civile nel processo penale non siano svilite; infatti, il giudice, anche se dichiara l'estinzione del reato, provvederà sulle questioni risarcitorie, ai sensi dell'art. 578 c.p.p.¹³. La ridimensionata accessorietà della parte civile nel processo penale ha trovato conferma nell'assetto attuale¹⁴; sebbene limitatamente al successivo grado di giudizio (e con il limite della sussistenza di una condanna an-

che generica al risarcimento emessa nel grado precedente), permane in capo alla parte civile la possibilità di beneficiare dell'accertamento penale anche in caso di estinzione del reato.

Il recupero delle tutele si registra anche quando si considerano le facoltà impugnatorie riconosciute alla parte civile dall'art. 576 c.p.p. In questa sede, interessa soprattutto il tipo di pronuncia possibile da parte del giudice adito.

Due tesi occupano il dibattito sui poteri decisionali del giudice investito delle questioni civili. Su un fronte, si rammenta come l'art. 538, comma 1, c.p.p. ponga un limite, presupponendo una precedente sentenza di condanna per la decisione sull'azione civile; laddove tale requisito difetti, non è ammissibile una pronuncia del giudice dell'impugnazione sulle questioni civili. In tal caso, impugnante solo la parte civile, è possibile pervenire esclusivamente alla rimozione dell'effetto extrapenale previsto dall'art. 652 c.p.p. ma non a una condanna al risarcimento¹⁵.

17 marzo 1978, n. 1356, *CED Cass.*, 390731; Cass. civ., sez. III, 15 giugno 1976, n. 2233, *CED Cass.*, 381031. L'impostazione è stata, sostanzialmente, avallata anche dalla Consulta nei suoi interventi ridimensionativi della portata del giudicato penale (C. Cost., sent. 11 marzo 1971 n. 55, www.giurcost.org).

¹² Sulla categoria delle sentenze di proscioglimento, v. C. cost., sent. 4 aprile 2008 n. 85, www.giurcost.org: «la categoria delle sentenze di proscioglimento – che la riforma assoggetta ad un regime uniforme, quanto alla sottrazione all'appello dell'imputato – non costituisce un *genus* unitario, ma abbraccia ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del prosciolto».

¹³ Nel costruire tale norma, il legislatore del 1988 ha praticamente trascritto il testo dell'art. 12, comma 1, l. 3 agosto 1978, n. 405, riferito alla sola ipotesi di amnistia e lo ha esteso all'istituto della prescrizione. Un segno premonitore della futura evoluzione legislativa era stato già offerto dalla Consulta, che, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità dell'art. 12 l. n. 405 del 1978 nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di decisione sull'impugnazione ai solo effetti civili, rimandava a interventi legislativi l'allargamento della tutela in esame (C. cost., 19 marzo 1983 n. 68, www.giurcost.org). Per rilievi critici sulla riforma del 1978, R. Normando, *Accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale e principio della doppia pronuncia nell'art. 12 l. 3/8/1978 n. 405, in sintonia con il progetto preliminare d'un nuovo codice di procedura penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 767.

¹⁴ Cfr. R. Normando, *Accessorietà dell'azione civile*, cit., 767.

¹⁵ Così, Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1114: «il proscioglimento (non impugnato dal pubblico ministero) è irrevocabile; la sentenza favorevole all'impugnante non decide sul merito, accordando o negando il risarcimento»; C. Valentini, *I profili generali della facoltà di impugnare*, Gaito (diretto da), *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, 218.

Contro tale lettura si pone la giurisprudenza, che rileva come l'art. 576 c.p.p. non ponga preclusioni in proposito¹⁶. Sul punto, anche le Sezioni Unite – con una decisione dai contorni, in verità, poco chiari – sembrano abbracciare la soluzione dei poteri più ampi al giudice dell'impugnazione¹⁷.

Questa prospettiva, dunque, ammette che il giudice penale decida sul risarcimento del danno anche laddove non sia mai intervenuta (neanche in primo grado) una pronuncia di responsabilità penale. L'inciso normativo "ai soli effetti della responsabilità civile" (art. 576 c.p.p.) è da intendersi, così, quale investitura del solo potere di condannare al risarcimento, con una mera esclusione – propria di una tradizione in tal senso – di effetti penali dell'impugnazione. L'art. 576 c.p.p. assume, dunque, il ruolo di superamento della regola, dettata per il primo grado di giudizio, che lega la pronuncia sul risarcimento a una sentenza di condanna; impugnante la parte civile, in sostanza, l'art. 538 c.p.p. diviene inapplicabile in appello. Di pari passo, secondo tale lettura, potrebbe apparire persino

legittimo includere le sentenze di non doversi procedere per difetto di una condizione di procedibilità tra i provvedimenti impugnabili ex art. 576 c.p.p.¹⁸. Emerge, insomma, un concetto di interesse a impugnare autonomo della parte civile, la quale può esercitare la facoltà di gravame non solo per rimuovere un pregiudizio derivante da eventuali effetti preclusivi del giudicato penale, ma anche per ottenere effetti direttamente favorevoli.

La possibile distonia che tale interpretazione crea tra gli articoli 576 e 578 c.p.p. – quest'ultimo limita la decisione sugli effetti civili in caso di estinzione del reato ai soli casi di avvenuta condanna penale in primo grado – dovrà essere risolta riservando l'ambito applicativo della seconda norma ai casi di non impugnazione della parte civile¹⁹.

Presupposto tale quadro, l'interprete deve interrogarsi sulla sussistenza o meno di un interesse della parte civile a impugnare, ex art. 576 c.p.p., una sentenza di proscioglimento non assolutoria e, quindi, priva di efficacia preclusiva per la domanda di risarci-

¹⁶ V. Cass., sez. VII, 15 gennaio 2002, n. 1516. In senso adesivo, Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 888.

¹⁷ V. Cass., sez. un., 19 luglio 2006, n. 25083, *Dir. pen. proc.*, 2007, 223, con nota di Pennisi, "Precedente condanna" e poteri di decisione del giudice penale sull'azione civile. In realtà, le Sezioni Unite affrontano in via secondaria, quasi incidentale, la questione del tipo di pronuncia adottabile (solo di riforma ai fini civili ovvero anche di condanna al risarcimento – appoggiando tale seconda soluzione) per concentrarsi, invece, sulla possibilità di pronuncia sulle questioni civili in caso di estinzione del reato a seguito di impugnazione – ai fini civili e penali – della sentenza assolutoria di primo grado. *Contra*, Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, *CED Cass.*, 211191, che esclude la possibilità di pronuncia sulle questioni civili ai sensi dell'art. 578 c.p.p. nel caso in cui venga dichiarata l'estinzione in virtù di prescrizione maturata prima della fine del giudizio di primo grado.

¹⁸ Sul punto, esiste un contrasto giurisprudenziale. Per la sussistenza di un potere di impugnazione della parte civile delle sentenze di non doversi procedere per mancanza di querela, Cass., sez. II, 25 febbraio 2009, *CED Cass.*, 244335. Per la carenza di interesse a impugnare, v., invece, Cass., sez. VI, 27 giugno 1990, *CED Cass.*, 186238; Cass., sez. II, 15 aprile 2003, n. 21215, *CED Cass.*, 225101; Cass., sez. V, 8 febbraio 2008, n. 13312, *CED Cass.*, 239388.

¹⁹ Cfr. Nuzzo, *Sui poteri del giudice dell'impugnazione in materia civile nell'ipotesi di estinzione del reato*, *Cass. pen.*, 2008, 226, secondo cui l'art. 578 c.p.p. «trova applicazione se con l'impugnazione per gli effetti penali... non corre un'impugnazione per gli effetti civili».

mento nella sede civile. Le rilevate convinzioni giurisprudenziali sui poteri decisionali del giudice di secondo grado così adito, in questa maniera, costituiscono una agevole via d'uscita: all'accoglimento dell'impugnazione civile può conseguire anche la condanna del risarcimento del danno²⁰.

Il contrasto giurisprudenziale

Prima di analizzare nel dettaglio le conclusioni delle Sezioni Unite, occorre precisare lo scenario di riferimento distinguendo due diversi scenari. Si consideri, infatti, come gli arresti giurisprudenziali che hanno dato vita al contrasto si innestino su vicende giudiziarie penali concluse sotto la vigenza del rito abrogato e, poi, proseguite in sede civile dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale.

Per casi simili, l'art. 260 disp. att. c.p.p. fissa l'applicazione del codice del 1988 per quel che concerne la disciplina dell'esecuzione. Il dibattito considerato in premessa dalle Sezioni Unite ruota, dunque, attorno a decisioni penali emesse alla luce della vecchia disciplina, i cui effetti vengono regolati, tuttavia, dal nuovo assetto previsto dagli artt. 651-654 c.p.p.

In altre parole, le persone danneggiate da reati coinvolte nei giudizi anteriori al 1988 si

sono viste improvvisamente private della tutela accordata dall'art. 28 c.p.p. 1930.

Per quanto concerne questi procedimenti, la giurisprudenza civile si è divisa affidandosi, talora, all'ineludibile disposto normativo, talaltra, cercando di riparare all'evidente pregiudizio appena denunciato in virtù del quale la tutela, a cavallo dei due codici, è minore per la parte civile che non può giovare dell'accertamento compiuto (anche) in occasione del proscioglimento conseguente all'estinzione del reato.

L'impostazione che, di fatto, si mostra maggiormente attenta a tale dato cerca di rimediare stabilendo un *trait d'union* tra vecchio e nuovo²¹.

Si giunge, talvolta, a rilevare come «l'art. 654 del nuovo codice di procedura penale riproduce nella sua sostanza il contenuto dell'art. 28 del codice abrogato, nel testo risultante dalla declaratoria di parziale illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 55 del 22 marzo 1971»²²; il rilievo, in realtà, potrebbe risultare puntuale a condizione di svincolare il dato normativo, esclusivamente riferito alle sentenze di assoluzione e non a quelle di proscioglimento (come era nell'art. 28 c.p.p. 1930)²³.

In ogni caso, si tratterebbe di opinione che, calata nella disciplina a regime, non sarebbe convincente una volta allargata la

²⁰ In realtà, la coerenza del sistema sarebbe salvaguardata, sotto tale punto di vista, anche abbracciando la tesi di quanti escludono la possibilità per il giudice dell'impugnazione di decidere anche sul risarcimento (per tutti, Cordero, *Procedura penale*, cit., 1114). In questi casi, l'interesse a impugnare risiederebbe, comunque, nell'ottenimento di un accertamento più favorevole in quanto direttamente spendibile ai sensi dell'art. 651 c.p.p. nel giudizio civile di danno.

²¹ Cfr. Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2004, n. 3002, *CED Cass.*, 485957, in cui si fa, addirittura, esclusivo riferimento applicativo all'art. 28 c.p.p.

²² Così, Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 1999, n. 13939, *CED Cass.*, 532093.

²³ In questo senso, cfr. Cass. civ., sez. I, 18 aprile 1998, n. 3937, *CED Cass.*, 514587, secondo cui non può operarsi una «pura e semplice meccanica trasposizione della letterale enunciazione delle nozioni normative che nello stesso codice di rito penale qualificano formalmente i provvedimenti conclusivi del giudizio», ma deve procedersi «in

scena processuale della parte civile in sede di impugnazione.

Il diverso orientamento, invece, poggia essenzialmente sull'esclusione della sentenza di proscioglimento dal richiamo operato dall'art. 652 c.p.p. Il legislatore ha limitato il rilievo alle sole assoluzioni e ciò ha indotto a circoscrivere a tali pronunce l'efficacia preclusiva del giudicato; in quest'ottica, la disciplina di cui agli artt. 652 e 654 c.p.p. è da considerarsi di stretta interpretazione per il venir meno del principio di unità tra le giurisdizioni²⁴.

Rebus sic stantibus, per questi procedimenti (il cui accertamento si è concluso *ante* 1989), sarebbe stato ragionevole riflettere sulla compatibilità tra l'art. 260 disp. att. c.p.p. e l'art. 3 Cost. nella misura in cui attrae nell'odierno impianto processuale le parti civili che hanno esaurito la propria attività sotto la vigenza del codice del 1930; tali soggetti non hanno potuto usufruire né della maggiore forza del giudicato extrapenale (art. 28 c.p.p. 1930), né delle maggiori possibilità di intervento nate col nuovo codice e qui ricordate.

Per quanto riguarda, invece, il giudicato fatto valere nella causa esaminata dalle Sezioni Unite civili, il procedimento penale era

nato prima e si era concluso dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura. In queste ipotesi, l'art. 245, comma 2, lett. n), disp. att. c.p.p. rende, comunque, applicabile l'art. 578 c.p.p.²⁵; la parte civile può sperare di ottenere una pronuncia a sé favorevole a prescindere dall'estinzione del reato.

Il quesito posto riguarda la possibilità di dotare di efficacia di giudicato esterno l'accertamento contenuto in una sentenza di proscioglimento per prescrizione. L'attenzione delle Corti si concentra sull'art. 652 c.p.p. e, per fugare ogni dubbio fondato sulla continuità col passato, si aderisce al principio della parità e separazione delle giurisdizioni, dove le previsioni in deroga assumono carattere eccezionale e, pertanto, non sono applicabili in via analogica; il dettato legislativo si riferisce specificamente alle sentenze di assoluzione (ambito più contenuto rispetto alla categoria generale dei proscioglimenti), aspetto che vincola l'interprete a privare di ogni effetto i proscioglimenti per estinzione del reato.

Nessun pensiero, per la verità, viene rivolto all'effettiva portata del giudicato trattato dall'art. 652 c.p.p. e la cui efficacia è costruita in termini negativi: il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso ovvero difetta l'antigiuridicità della condotta; cosicché l'ac-

funzione di una duplice coincidente rilevanza, penale e civile, di un nucleo di fatti materiali la cui verifica - con esito positivo o negativo - si sia inserita con carattere di essenzialità nell'iter logico-giuridico della formazione di una decisione penale la quale abbia acquisito il valore del giudicato». Cfr. C. cost., sent. 4 aprile 2008 n. 85, cit., che affida il valore di «sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo» alle sentenze di proscioglimento per prescrizione.

²⁴ V. Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 1998, n. 10551, *CED Cass.*, 520041; Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1997, n. 3084, *CED Cass.*, 503605; Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 1996, n. 1319, *CED Cass.*, 495929; Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 1996, n. 342, *CED Cass.*, 495461. Un ragionamento simile è stato, invero, percorso dalle Sezioni Unite penali con riferimento all'interesse della parte civile a impugnare la sentenza di assoluzione perché il fatto non costituisce reato: Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, cit.

²⁵ Non vi è, pertanto, omogeneità di fattispecie con quelle che hanno dato vita al contrasto giurisprudenziale (e alle quali, dunque, non potrebbe applicarsi il principio di diritto qui in esame).

certamento positivo raggiunto con una sentenza di proscioglimento per prescrizione non può essere veicolato nel giudizio civile attraverso l'art. 652 c.p.p.

NOVELLA GALANTINI

Ordinario di Procedura penale - Università Statale di Milano

Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato*

The defence case before pre-trial investigation

Le questioni legate alla iscrizione della notizia di reato sono da tempo alla attenzione della giurisprudenza che ha analizzato, con provvedimenti di vario tenore, gli effetti derivanti dalle mancate o tardive iscrizioni. L'intervento delle Sezioni Unite non sembra esaurire tutti i profili correlati alla soggettivizzazione della *notitia criminis* anche alla luce della giurisprudenza costituzionale.

The right to counsel relative to the problem determining the exact moment from which pre-trial investigation begins in the decisions of the Cour de Cassation and the Supreme Court.

Giurisprudenza di legittimità e iscrizione della *notitia criminis*

Con la sentenza depositata il 20 ottobre 2009¹ le Sezioni Unite della Cassazione sono tornate a occuparsi delle questioni correlate alla iscrizione della *notitia criminis* e inerenti la sussistenza o meno di un potere discreziona-

le del pubblico ministero nella scelta dei tempi e delle modalità di iscrizione, la possibilità di retrodatazione di quest'ultima da parte del g.i.p. e la utilizzabilità degli atti non solo successivi alla scadenza del termine ultimo di indagine, ma anche di quelli antecedenti la stessa iscrizione. Si tratta di

* Il testo è costituito dall'intervento, aggiornato con note giurisprudenziali, presentato al XXI Convegno nazionale della Associazione tra gli studiosi del processo penale sul tema «Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma», Lecce, 23-25 ottobre 2009.

¹ Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, *CED Cass.*, 244376.

² Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, *CED Cass.*, 216248. A questa pronuncia si affianca Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 34, *CED Cass.*, 217473.

temi già dibattuti in altre note sentenze rese dalle Sezioni Unite tra cui le pronunce Tamaro² e Fruci³.

A sezioni semplici la Corte di legittimità aveva risolto i quesiti in modo vario, tale da richiedere l'intervento compositivo del contrasto che, tuttavia, si è rivelato evidentemente non esaustivo se ancora una volta le tesi già note hanno dovuto essere ribadite. Il conflitto interpretativo si era snodato su diversi fronti. I differenti approcci sul punto dell'eventuale potere di retrodatazione ovvero del potere sostitutivo del giudice di modificare la data di iscrizione nominativa⁴, correlato alla sussistenza di discrezionalità del pubblico ministero, hanno inevitabilmente condotto ad approdi diversi sul fronte dell'estensione della inutilizzabilità determinata dal superamento dei termini di indagine *ex art. 407, comma 3, c.p.p.* A una conclusione conforme circa la validità degli atti di indagine compiuti prima della iscrizione⁵, si è pervenuti invece anche nelle pronunce dove si è sostenuta la possibilità dell'arretramento del termine di avvio delle indagini.

La risposta delle Sezioni Unite di ottobre 2009, anticipata dalla precedente sentenza depositata a giugno⁶ che si era pronunciata se pure incidentalmente per via della inammissibilità del ricorso, ha ripercorso le argomentazioni più risalenti, senza tentare un approccio mirato a distinguere i diversi piani di indagine di cui offre spunti la giurisprudenza costituzionale. I punti salienti della pronuncia sono riassumibili nella affermazione del potere del pubblico ministero in ordine alla iscrizione che viene peraltro individuato concettualmente quale *munus* cui è sottostante un «compito... del tutto "neutro" di "riscontrare" l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione». Gli «inesistenti spazi di discrezionalità» dell'inquirente, pur a fronte della «vaghezza dei parametri identificativi del "momento" di insorgenza dell'obbligo di procedere agli adempimenti *ex art. 335*» comportano di per sé la insussistenza di un potere sostitutivo del g.i.p. sui tempi di iscrizione⁷. Secondo i giudici di legittimità, un controllo di questo tenore è escluso dal fatto che non esiste un principio di «sin-

³ Cass., sez. un., 23 aprile 2009, n. 23868, *CED Cass.*, 243416 che, pur dichiarando la inammissibilità del ricorso, ha trattato incidentalmente la questione escludendo il potere di retrodatazione.

⁴ Cass., sez. V, 21 settembre 2006, n. 1410, *CED Cass.*, 236029.

Tra le diverse posizioni, Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 34536, *CED Cass.*, 219599 che indica nel potere di avocazione lo strumento per ovviare alla omessa iscrizione da parte del pubblico ministero. Altre pronunce fanno capo all'abnorme o ingiustificato ritardo nell'iscrizione (Cass., sez. I, 4 gennaio 1999, n. 3192, citata in Cass., sez. un., 24 settembre 2009, cit.).

⁵ Cass., sez. I, 20 giugno 2006, n. 22969, *CED Cass.*, 235244; Cass., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 2818, *CED Cass.*, 235726; Cass., sez. III, 17 dicembre 2007, n. 4974, *CED Cass.*, 238789; Cass., sez. VI, 10 giugno 2009, 1182, non massimata. V., inoltre, Cass., sez. V, 8 ottobre 2003, n. 41131, *CED Cass.*, 227054.

⁶ Cass., sez. un., 23 aprile 2009, n. 23868, cit.

⁷ Sulla inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 407, comma 3, c.p.p. in relazione al punto della retrodatazione dei termini, C. cost., ord. 1° dicembre 2006, n. 400.

La stessa questione, rapportata anche all'art. 335 commi 2 e 3 c.p.p., è ritenuta infondata da Cass., sez. VI, 4 dicembre 2009, n. 2261, *CED Cass.*, 245850.

dacabilità degli atti del pubblico ministero», né «un altrettanto generale compito di garanzia», essendo il g.i.p. giudice “per le indagini” e non “delle indagini” al quale sono affidate le sole funzioni circoscritte dalle norme del codice.

Pur nella articolazione degli argomenti, la sentenza non affronta una distinzione che avrebbe potuto aprire la strada a una soluzione interpretativa della questione circa la utilizzabilità degli atti antecedenti l'iscrizione della *notitia criminis* nominativa che rappresenta, a ben vedere, il nucleo centrale del dibattito portato alla attenzione del Collegio e che concerne i poteri del pubblico ministero nella fase pre-procedimentale.

Insistendo sul punto della discrezionalità dell'organo inquirente - che la Corte ritiene inesistente se correttamente gestita - e focalizzando l'indagine sulle attribuzioni del g.i.p. in punto di eventuali controlli sui tempi dell'iscrizione, le Sezioni Unite colgono solo il profilo formale della questione. Fissata l'attenzione sulla inesistenza di un potere di retrodatazione del g.i.p. - effettivamente non previsto dal codice né ricavabile sul piano funzionale - è evidente che il risultato interpretativo è soltanto e ineludibilmente quello di sancire il principio per cui l'inutilizzabilità si integra solo per gli atti compiuti dopo la scadenza del termine finale. L'esito, scontato, fa capo da un lato a una corretta applicazione dell'art. 407, comma 3, c.p.p. che non può disporre se non per la irrilevanza degli atti eseguiti “a valle” e, dall'altro, alla impossibilità di coniugare

due prospettazioni antitetiche per le quali, correlando le garanzie alla anticipazione del termine di avvio delle indagini e mutando conseguentemente il termine finale, si determinerebbe *ex post* la contrazione dei tempi di investigazione e nel contempo la dilatazione degli spazi di inutilizzabilità⁸.

Le affermazioni circa un potere tassativamente circoscritto del g.i.p. - pur se non condivisibili nell'approccio riduttivo alle funzioni di un organo costantemente definito “di controllo e garanzia” - colgono quindi nel segno a fronte della disciplina vigente. Tuttavia la insussistenza di un sindacato giudiziale sulle valutazioni iniziali del pubblico ministero in ordine alle iscrizioni, non è né può rappresentare la risposta a un quesito che coinvolge interessi sostanziali immanenti al processo. Un approccio corretto alla questione deve infatti ricondursi non tanto agli aspetti meramente formali correlati all'iscrizione, che attengono più propriamente a omissioni di adempimenti, a violazione di protocolli, a proroghe non richieste o negate. A ben vedere le stesse valutazioni del pubblico ministero circa i tempi dell'iscrizione nominativa, discrezionali o no che siano, non possono essere determinanti al fine di stabilire la regolarità degli atti in assenza di iscrizione o in violazione delle relative regole. La questione va considerata in punto di validità e legittimità stessa degli atti che vengano compiuti in una fase che è procedimentale di fatto e nella quale il diritto alla assistenza difensiva è già presente indipendentemente dalla iscrizione.

⁸ C. cost., ord. 1° dicembre 2006, n. 400, cit.

Soggettivizzazione della *notitia criminis* e giurisprudenza costituzionale

Questo profilo è stato del resto analizzato dalla giurisprudenza costituzionale che in più occasioni, pur affermando che «il diritto di difesa (può) riferirsi soltanto ad un soggetto nei cui confronti sussistono elementi di colpevolezza e non anche nei confronti di chi non sia stato raggiunto da indizi di responsabilità», ha anche stabilito che «la qualità di persona sottoposta alle indagini» dipende «da dati oggettivi spesso agevolmente riscontrabili sulla base degli atti»⁹.

In sostanza, la soggettivizzazione della notizia di reato cui viene ricollegato il diritto di difesa, non può dipendere dalla mera iscrizione e quindi dai criteri scelti dal pubblico ministero, bensì dai dati emergenti dagli atti che segnalano la sussistenza obiettiva di indizi di reità ignorati dall'inquirente o diversamente considerati o reputati alla stregua di meri sospetti idonei a fondare una indagine soltanto esplorativa. In realtà, come sostenuto dalla Corte costituzionale, il momento pre-procedimentale non può essere immune da garanzie a fronte di atti che si proporranno per un successivo utilizzo, talvolta pienamente probatorio. È stato infatti ribadito che la funzione della iscrizione è solamente ricognitiva e non costitutiva della qualità di indagato¹⁰. Il problema è se mai costituito dalla individua-

zione della sanzione idonea a colpire gli atti invalidamente compiuti. È infatti evidente che si potrebbero prospettare due diversi tipi di vizio a seconda che si considerino gli atti per i quali è prevista l'assistenza difensiva o gli atti che, pur essendone privi, si collocano come i primi in una fase che è pre-procedimentale solo formalmente. In relazione ai primi è facile prospettare la nullità per violazione degli artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p. anche a fronte di quanto ha stabilito la Corte costituzionale nell'affermare che «le garanzie difensive... debbono ritenersi pienamente operanti anche in assenza dell'iscrizione»¹¹.

Per gli altri l'operazione è più complessa, non potendosi individuare né una violazione da mancate garanzie, né una inutilizzabilità speciale prevista solo per gli atti fuori termine *ex art. 407, comma 3, c.p.p.* È allora indispensabile individuare una norma che racchiuda un divieto probatorio idoneo a disciplinare la sorte degli atti eseguiti prima dell'iscrizione soggettiva.

Pur nella consapevolezza di proporre una tesi azzardata, se non provocatoria, non sembra del tutto inappropriato, a fronte del silenzio normativo sulla valenza della preinvestigazione, far capo all'art. 330 c.p.p. che investe pubblico ministero e polizia del potere di ricerca della *notitia criminis*. La sua previsione separata dalla disposizione sulla

⁹ C. cost., sent. 12 maggio 1994, n. 198.

In altre precedenti pronunce si rileva il principio della soggettivizzazione dell'indizio di reato ai fini della pendenza del procedimento. Tra le altre, C. cost., sent. 2 giugno 1977, n. 104 e C. cost., sent. 16 dicembre 1982, n. 221.

¹⁰ C. cost., ord. 22 luglio 2005, n. 307 relativa all'esame di costituzionalità degli artt. 335, comma 1, e 407, comma 3, c.p.p. Nella stessa sentenza si afferma che «il tardivo espletamento delle formalità non può essere considerato fonte di pregiudizio al diritto di difesa».

¹¹ C. cost., ord. 22 luglio 2005, n. 307, cit.

finalità delle indagini (art. 326 c.p.p.), ne rivela la natura di strumento omologo alle indagini preventive della difesa, che sortisce tuttavia effetti più dirompenti nel momento in cui costituisce il canale di raccolta di elementi che fonderanno l'imprescindibile supporto di atti successivi. Alla luce anche di quella giurisprudenza che delimita i confini applicativi della norma¹², se ne potrebbe individuare in prima battuta la natura di divieto caratterizzato dal difetto di potere del pubblico ministero alla stregua di divieti di analogo tenore.

La disposizione si presta tuttavia a una diversa catalogazione che ne consente l'inserimento tra i divieti a fondamento della inutilizzabilità fisiologica che, in questo caso, si può definire assoluta. Come l'art. 326 c.p.p. segna i confini funzionali delle indagini preliminari, così l'art. 330 c.p.p. concede al pubblico ministero di investigare solo alla ricerca della notizia di reato e ne circoscrive testualmente i poteri con l'effetto di rendere impraticabile una vera indagine destinata alle determinazioni finali e alla utilizzazione dei suoi risultati quando consentita. Il che significa che il pubblico ministero non può indagare senza vincoli come se stesse cercando una *notitia criminis* che in realtà già possiede,

pena la inutilizzabilità degli esiti investigativi: in sostanza la attività del pubblico ministero che omette o ritarda l'iscrizione va equiparata in questa prospettiva a uno stadio pre-investigativo sottoposto al divieto di cui all'art. 330 c.p.p.

Interpretata sotto questo profilo e collegata alla norma di *genus*, la disposizione può costituire il tassello mancante della inutilizzabilità, a oggi specificamente intesa a coprire le sole violazioni formali di sforamenti temporali dei termini di indagine neppure bene individuabili a fronte di un indefinito *dies a quo*. La violazione del divieto determinerebbe così la declaratoria di inutilizzabilità degli atti nel momento in cui il giudice, nelle diverse sedi procedurali o processuali, all'emergere di un *quantum* indiziario che era già effettivo al momento del compimento dei medesimi, ritenga indebita la richiesta del pubblico ministero di utilizzare quanto ha compiuto al di fuori dei fini consentiti. In questo modo la invalidità verrebbe a coprire tutti gli atti indipendentemente dall'essere o meno coperti da garanzie difensive, così da generare un fenomeno di assorbimento, della nullità nella sanzione più forte della inutilizzabilità, già riscontrabile in altre fattispecie¹³.

¹² Cass., sez. I, 29 ottobre 1993, n. 4556, *CED Cass.*, 196770; Cass., sez. II, 16 gennaio 1997, n. 84, *CED Cass.*, 208468; Cass., sez. V, 13 maggio 2004, n. 37941, *CED Cass.*, 230174.

¹³ Il quesito che può ancora porsi riguarda la sorte degli atti irripetibili che, se compiuti nella fase di "prependenza" del procedimento, potrebbero sottrarsi alla fattispecie di inutilizzabilità assoluta che si è prospettata in relazione all'art. 330 c.p.p., così come è previsto per gli atti di questa natura che sfuggono alla inutilizzabilità fisiologica segnata dai divieti tipici. È noto l'approccio giurisprudenziale all'insegna della conservazione o non dispersione degli atti di questa natura - tra i quali possono collocarsi per esempio gli accertamenti tecnici *ex art. 360 c.p.p.* compiuti in assenza o tardività di iscrizione (Cass., sez. II, 24 settembre 2008, n. 37708, *CED Cass.*, 242094, secondo cui il prelievo di tracce biologiche su oggetto rinvenuto nel *locus commissi delicti* e le successive analisi dei polimorfismi del DNA, sono utilizzabili anche nel caso in cui, procedendosi contro ignoti, non si siano osservate le garanzie difensive previste per gli accertamenti tecnici non ripetibili). Analogo orientamento è rilevabile in re-

È chiaro a questo punto come perda di rilevanza il profilo della mancanza di norme specifiche che contemplino un potere del g.i.p. di retrodatazione dell'iscrizione ovvero un suo sindacato sulle valutazioni del pubblico ministero. In primo piano si pone la sussistenza di un vizio e il potere-dovere del giudice di applicare la sanzione. Se pure da una diversa angolazione, questo aspetto è stato posto in rilievo dalla stessa Corte costituzionale. Nel vagliare la legittimità dell'art. 403 c.p.p.¹⁴, pur ribadendo i principi già stabiliti in precedenti pronunce, secondo cui «prima che esista una notizia di reato e che essa si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona, non può esistere un problema di diritto di difesa», la Consulta ha chiaramente affermato che «è rimessa all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria la individuazione di quali persone... debbano essere considerati "indagati" in quanto raggiunti da elementi in-

dizianti... ai fini dell'eventuale applicazione del divieto di utilizzazione probatoria dell'art. 403»¹⁵. Il che vale a dire che al giudice non può non essere riconosciuto il potere di valutare la qualità del soggetto coinvolto nel procedimento al fine di verificare vizi e applicare sanzioni, a prescindere da quelli che possono essere i limiti funzionali previsti per esempio per il g.i.p.

Alla stregua di quanto ancora stabilito dai Giudici costituzionali, si può allora concludere che il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite circa la insussistenza di un potere giudiziale di retrodatazione della iscrizione nominativa, non esclude bensì implica «la possibilità di sindacare la concreta utilizzabilità della prova assunta» quale conseguenza di «qualsiasi comportamento omissivo addebitabile al pubblico ministero quanto al momento della individuazione della qualità di indagato»¹⁶. Anche chi riconosca che uno spazio di discre-

lazione al procedimento contro ignoti (Cass., sez. I, 16 dicembre 2004, n. 2837, *CED Cass.*, 230782, secondo cui sono utilizzabili gli accertamenti autonomi di polizia giudiziaria svolti nel procedimento contro ignoti e impiegati dal pubblico ministero per la richiesta di autorizzazione alla riapertura delle indagini nei confronti di soggetto successivamente individuato). Per superare l'approccio giurisprudenziale può essere richiamato il criterio della irripetibilità sopravvenuta che ha ispirato il legislatore nell'integrare l'art. 403 c.p.p. con il comma 1 bis.

¹⁴ C. cost., sent. 16 maggio 1994, n. 181, www.cortecostituzionale.it. La sentenza della Corte era intervenuta prima della modifica intervenuta con l. 7 agosto 1997, n. 267.

¹⁵ C. cost., sent. 16 maggio 1994, n. 181, cit.

¹⁶ C. cost., sent. 12 maggio 1994, n. 198, cit.

In relazione a una diversa fattispecie, il tema del potere del giudice di verificare nella sostanza la qualità di indagato, al di là del riscontro di indici formali, è stato trattato in Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, *CED Cass.*, 246584. In questo caso si verteva sul tema delle dichiarazioni rese ex art. 63 c.p.p. Le Sezioni Unite hanno stabilito che «ove si subordinasse... l'applicazione della disposizione di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. alla iniziativa del pubblico ministero di iscrizione del dichiarante nel registro ex art. 335 c.p.p., si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest'ultimo a essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità».

zionalità sia da attribuire all'organo dell'accusa, non potrà ammettere che le valutazioni di quest'ultimo possano condizio-

nare l'integrarsi di una sanzione processuale o determinarne un abnorme superamento.

CRISTIANA VALENTINI

Professore associato di Procedura penale - Università di Ferrara

Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata

Press and criminal process: history of a stopped evolution

È quanto mai urgente l'intervento del legislatore sulla disciplina dei rapporti tra stampa e processo penale: sono molteplici e risalenti nel tempo le voci che segnalano consistenti vuoti nella protezione del diritto alla riservatezza.

A legislative action ruling the relations between press and criminal process is absolutely urgent: there are many long standing case law and doctrinal entries which indicate substantial gaps in the protection of the right to privacy.

Disciplina vigente

Si parta da un assunto: ogni configurabile disciplina dei rapporti tra stampa e processo penale deve vivere e anzi nutrirsi del bilanciamento tra principi di macroscopico rilievo; tutela della sfera privata dell'individuo e libertà d'espressione, segreto investigativo e categorico rifiuto di un'amministrazione occulta della giustizia si muovono, in questo settore dell'ordinamento, disegnando complesse figure, delle quali riesce talora difficile intuire le linee effettive, ma che generano da tempo l'idea di una profonda insufficienza

di fondo della disciplina codicistica, unita al vago sentore di una sostanziale inevitabilità di soluzioni parziali e inappaganti.

Indulgendo a una sommaria illustrazione dei valori in gioco, diremmo che, anzitutto, la pubblicazione degli atti di un processo penale è esigenza inestricabilmente connessa al rifiuto di ogni forma segreta (ovvero non trasparente) di esercizio del potere¹.

D'altro canto, sembra del pari evidente come la straripante dimensione mediatica dei processi penali sia capace di distruggere non solo il diritto individuale alla riservatezza,

¹ In tal senso, esplicitamente, già la decisione di C. cost., sent. 2 febbraio 1971, n. 12. Sul punto si leggano le belle e recenti pagine di Di Chiara, «Against the administration of justice in secret»: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 293.

ma talora la vita stessa di chi subisce la spettacolarizzazione della propria vicenda².

Ancora: il radicamento nell'art. 21 Cost. del diritto di cronaca³ non esclude certo che esso trovi limiti non esplicitati dal testo della norma costituzionale, ma decisamente indiscutibili, in un'ottica di bilanciamento tra valori tutti costituzionalmente protetti, quali, appunto, non solo i diritti individuali alla riservatezza e alla reputazione, ma anche il regolare funzionamento della giustizia, con particolare riferimento al segreto investigativo e, prima ancora, la presunzione di non colpevolezza, difficilmente salvaguardabile in un clima di campagne stampa diffuse su tutto il territorio nazionale⁵.

Questo brevissimo percorso introduttivo attraverso l'insidioso terreno degli interessi coinvolti dalla riforma, non può che concludersi richiamando un pensiero che appare quanto mai meditato, a distanza di vent'anni dalla sua espressione: «il problema oggi non è tanto sottrarre territori al segreto, proclamando con legge la pubblicità degli atti processuali penali, quanto piuttosto evitare che la pubblicità, sapientemente manipolata, finisca per servire, in modo ancor più insidioso ed efficace, quegli stessi interessi protetti dal segreto»⁶.

A fronte della premessa, sembra immediatamente evidente come la disciplina della pubblicazione⁷ di atti o immagini del procedimento penale, tracciata dal combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p., sia derivata da

una riflessione piuttosto sommaria sulla delicata problematica.

Oggetto e portata del divieto sono fondamentalmente delineati dai primi tre commi dell'art. 114 c.p.p. tramite un triplo ordine di riferimenti incrociati: alla disciplina del segreto investigativo, di cui, appunto, all'art. 329 c.p.p.; all'evolversi delle fasi processuali; all'oggetto materiale della pubblicazione: "atto" (o parte di esso) e "contenuto" del medesimo, secondo la dizione legislativa.

Con *incipit* modulato su una secca proibizione priva di eccezioni, l'art. 114, comma 1, vieta *tout court* la pubblicazione di atti coperti dal segreto investigativo.

Venuta meno, invece, la segretezza per singoli atti, secondo le ipotesi regolate dall'art. 329 c.p.p., il secondo comma della norma non consente, però, la pubblicazione sino al termine delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare; la disposizione va, peraltro, letta congiuntamente al settimo comma della norma, a mente del quale risulta «sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non più coperti dal segreto».

Il prodotto finale è una doppia disciplina della possibile divulgazione, collegata all'oggetto del divieto: pubblicabile sempre il *contenuto* dell'atto dissecretato; pubblicabile solo al termine dell'udienza preliminare o delle indagini *l'atto in sé*, per intero o anche solo in parte; è certo intuitivo quanto un distinguo del genere possa risultare, all'occorrenza,

² Tra tutte, va ricordata la vicenda, datata 1989, di Lanfranco Schillaci, accusato di violenza sessuale sulla figlioletta di due anni e come tale pubblicamente linciato su tutti i quotidiani; episodio terrificante che trovò amara conclusione quando più approfondite indagini consentirono di capire che le lesioni presentate dalla bimba erano frutto di un cancro che ne avrebbe cagionato di lì a poco tempo la morte. Si legga la ricostruzione del fatto nella sezione "archivio" su www.larepubblica.it.

³ V. *amplius* Gambini, sub art. 21 Cost., Bartole-Bin (a cura di), *Comm. breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 159 ss.

⁴ Cfr. di nuovo Gambini, sub art. 21 Cost., cit., 173.

⁵ Si vedano le pagine, intense e critiche, di Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, 86 ss.

⁶ Ancora Giostra, *Processo penale*, cit., 26.

⁷ Per il concetto di pubblicazione v. Ubertis, sub artt. 114-115 c.p.p., Amodio-Dominioni (a cura di) *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 25.

propiziamente fumoso, ma soprattutto inconsistente.

In fase dibattimentale il terzo comma prolunga sino all'emanazione della sentenza d'appello il divieto di pubblicazione totale o parziale dell'atto, qualora estratto dal fascicolo del pubblico ministero, salvo che esso fosse stato adoperato per le contestazioni durante l'esame dibattimentale di testi e parti; pubblicabili già al termine del giudizio di prime cure, invece, gli atti provenienti dal fascicolo del dibattimento; distinzione, questa, condivisibilmente collegata alla possibilità di reiterazione dell'istruttoria dibattimentale in fase d'appello, con conseguente necessità di preservare la neutralità gnoseologica dell'omonimo giudice⁸; ovvio, d'altro canto, che siano invece liberamente divulgabili, dopo la sentenza di primo grado, gli accadimenti della pubblica udienza.

I commi ulteriori della norma disciplinano, poi, ipotesi provviste di caratteristiche diverse dall'ordinario: dibattimento a porte chiuse oppure casi in cui il divieto di pubblicazione risulti stabilito *singulariter* dal giudice anche in congiunture in cui il dibattimento non ha avuto luogo, ma la diffusione degli atti sarebbe in grado di nuocere al buon costume, ad interessi statuali alla segretezza o alla *privacy* di testimoni e parti.

Chiudono il cerchio i commi 6 e 6-bis, che si occupano delle immagini, vietando la pubblicazione di nomi ed effigi dei minorenni - che siano testi, persone offese o danneggiate dal reato, nonché di tutti quei dati che possano comunque condurre all'identificazione del minore - come pure delle sole immagini delle persone *in vinculis*, salvo consenso espresso dal tribunale dei minorenni, nel primo caso, dal diretto interessato nel secondo.

Sulla scorta degli intenti manifestati dal legislatore delegante, risulta dalle norme ora descritte una *ratio legis* alquanto scoperta: «assicurare il buon esito del processo, sia sotto il profilo di un'esauritiva individuazione delle prove, sia sotto il profilo di una loro corretta formazione e valutazione»⁹; finalità, queste - si noti - entrambe strettamente endoprocessuali.

In effetti, nel primo comma dell'art. 114 c.p.p., il fulcro della tutela legislativa cade, in termini non fraintendibili, sulle *finalità investigative*, così come secondo e terzo comma consegnano all'utente una disciplina chiaramente virata alla tutela della *corretta formazione del convincimento giudiziale*, nel rispetto del fondamentale principio di separazione delle fasi.

Fatta eccezione per le ipotesi particolari previste e regolate dai commi 4 e seguenti dell'art. 114 c.p.p., la norma non risulta apprestare alcuna tutela a interessi di carattere *extraprocessuale*, quali, fundamentalmente, appunto, il diritto di cronaca, da un lato, e il diritto alla riservatezza, all'opposto.

Non occorrono soverchie riflessioni per notare come la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p. configuri una coperta troppo corta per gli interessi sottostanti.

Snodi problematici

La disciplina in esame ignora, per cominciare, quasi *in toto* il critico profilo della tutela dei diritti individuali: l'assenza - esegeticamente incolmabile - di qualsivoglia rilievo effettivo prestato a siffatto valore, risulta anzitutto da quella parte dell'oggetto del divieto che fa riferimento alla possibilità di pub-

⁸ Cordero, *Procedura penale*, Milano, ed. 2006, 350.

⁹ Giostra, *Processo penale*, cit., 283.

blicazione "in ogni caso" degli atti che *non siano qualificabili come atti d'indagine*: atti del g.i.p. quali emissione di ordinanze cautelari o rigetto delle medesime, per esempio; incidenti probatori o l'interrogatorio di cui all'art. 294 c.p.p., giusto per elencare evenienze decisive delle indagini preliminari nella prospettiva della riservatezza dell'indagato e potenzialmente anche della persona offesa; ma pure la denuncia o la medesima iscrizione della notizia di reato fuoriescono dal perimetro del divieto di pubblicazione degli atti delle indagini preliminari, in quanto certo non qualificabili come atti d'indagine¹⁰, e tutto ciò a onta dell'evidente rilevanza dei medesimi a fini di tutela del diritto alla riservatezza.

Il condivisibile tentativo dottrinale di estendere l'ampiezza del divieto alle "attività" processuali, includendovi ogni accadimento della fase investigativa¹¹, si è arenato contro il tenore espresso della regola, come pure contro il dato per cui le disposizioni citate sono chiamate a riempire la fattispecie astratta delle norme penali che puniscono le condotte devianti, con conseguente preclusione di esegesi estensive *in malam partem*¹².

D'altra parte, ai sensi dell'art. 114 c.p.p., una volta venuto meno il segreto investigativo, per qualsivoglia ragione enunciata dal-

l'art. 329 c.p.p., diventa pubblicabile il *contenuto* di tutti gli atti e la già segnalata ambiguità lessicale dell'espressione "contenuto" lascia ulteriormente regredire la possibilità di proteggere, se del caso, la *privacy* degli interessati, ma non solo: assolutamente ignorato ne risulta il fondamentale diritto all'informazione, la quale è tale nella misura in cui sia corretta e non piegabile a interpretazioni di comodo, sempre consentite dalla riproduzione non testuale.

Anche qui appaiono impossibili esegesi virtuose: si è cercato di leggere il distinguo tra "atto" e "contenuto" come riferimento alla pubblicazione di mere notizie relative al compimento di atti d'indagine, purché non riferite a documenti ufficiali¹³; di notizie inerenti all'espletamento in sé dell'atto¹⁴; di un riassunto delle notizie derivanti dal medesimo¹⁵; di fatto, però, ogni sforzo dialettico finalizzato a rendere meno ambigua e manipolabile la lettera normativa s'è arenato sulla necessità logica che vieta di conferire al termine "contenuto" un significato più stringente di quello risolto nel puro e semplice divieto di riproduzione testuale.

E del resto: interrogata sulla legittimità di una disciplina tanto vaga da risultare irrisoria, la Consulta ha evitato di prendere posizione sul punto¹⁶, consegnando alla valuta-

¹⁰ Cfr. Giostra, *Processo penale*, cit., 301; Adorno, *Sulla pubblicazione di atti d'indagine coperti dal segreto*, *Cass. pen.*, 1995, 2167.

¹¹ Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1098.

¹² Giostra, *Processo penale*, cit., 303.

¹³ Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, 240.

¹⁴ Ubertis, *sub artt. 114-115 c.p.p.*, cit., 26.

¹⁵ Lupo, *sub art. 114 c.p.p.*, Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, II, 36.

¹⁶ C. cost., sent. 8 febbraio 1995, n. 59, *Giur. cost.*, 1995, 2123; si tratta della stessa decisione con cui la Consulta ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 114, comma 3, c.p.p. nella parte in cui vieta la pubblicazione di atti del fascicolo del dibattimento, per contrasto con le direttive contenute in materia nella legge delega; sul punto v. *amplius* Ceresa Gastaldo, *Processo penale e cronaca giudiziaria: costituzionalmente illegittimo il divieto di pubblicazione degli atti del fascicolo del dibattimento*, *ibidem*. Sempre con riferimento alla carente considerazione dei diritti alla riservatezza nella citata sentenza v. Molinari, *Sulla illegittimità costituzionale del divieto di pubblicazione degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 807.

zione, volta per volta, del giudice di merito l'identificazione della differenza tra pubblicazione (parziale) dell'atto e del suo contenuto.

L'elenco delle questioni lasciate insolte, quando non addirittura provocate, dalla disciplina vigente, non sarebbe completo se non si accennasse pure ai problemi suscitati dal fatto di aver fondamentalmente ancorato, «con significato politico-legislativo trasparente»¹⁷, i divieti di pubblicazione al segreto investigativo di cui all'art. 329 c.p.p.

La *voluntas legis* appare chiara già nel primo comma della disposizione, posto che gli atti d'indagine del p.m. o della polizia giudiziaria risultano in linea di principio coperti dal segreto (e dunque non pubblicabili, in virtù del rinvio implicito operato dall'art. 114 c.p.p.) solo «fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari»; la concentricità di rivelazione e divulgazione dell'atto d'indagine maschera, però, un dato indiscutibile: ciascuna di esse incide su interessi differenti, posto che l'una è servente rispetto alla tutela dell'attività investigativa e della sua pregnanza rispetto all'esigenza di chiarimento dei fatti e raccolta di elementi di prova; l'altra, invece, esige il contemperamento dei diritti di cronaca (e alla conoscenza della notizia) con il diritto dell'indagato alla riservatezza e alla garanzia della presunzione di innocenza, potenzialmente entrambi pregiudicabili in modo intenso dall'impatto mediatico della notizia.

Di questa ricchezza di contenuti il combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p. non reca traccia, disegnando una regola che commisura il divieto di pubblicazione al divieto di rivelazione.

Ma non basta: la logica legislativa – tutta

virata alla protezione degli interessi investigativi e null'altro – emerge nettissima anche dai successivi commi dell'art. 329 c.p.p., che prevedono eccezioni alla regola generale del primo comma, istituendo in capo al pubblico ministero il potere di elidere il segreto e consentire la pubblicazione di atti o anche – si noti – solo parti prescelte dei medesimi, come pure il contrapposto potere di segretare e rendere non pubblicabili atti «o notizie specifiche relative a determinate operazioni» che sarebbero, in base alla regola generale, liberamente divulgabili.

Non possono che apparire lineari le implicazioni di una disciplina del genere, priva tanto di una seria individuazione dei parametri applicativi, quanto della possibilità di verifica sul se l'uso della *potestas*, da parte dell'inquirente, sia avvenuto in modo legittimo o meno: *de facto* il pubblico ministero ne risulta arbitro della notizia durante tutto il corso delle investigazioni ovvero, detto senza mezzi termini, fornito del potere di condizionare, volendo, la pubblica opinione «in modo spesso decisivo»¹⁸.

Sono rilievi ardui da porre in dubbio: la situazione necessaria affinché possano essere disposte segretazione o desegretazione degli atti è descritta da quella formula della «necessità per la prosecuzione delle indagini» che è sempre agevolmente argomentabile ad opera dell'inquirente; d'altra parte, benché il decreto del p.m. debba essere motivato, non è previsto né un *sub*procedimento finalizzato all'interpello dell'indagato, né una possibilità di controllo postumo sull'atto emesso.

In breve: le eccezioni alla regola per cui tutto ciò e solo ciò che non è più segreto per l'indagato diventa anche pubblicabile, risultano affidate a una scelta dell'inquirente priva di rimedi, nonostante l'enorme potenzialità le-

¹⁷ Giostra, *Processo penale*, cit., 300.

¹⁸ Giostra, *Processo penale*, cit., 312.

siva dell'atto; è evidente come le norme si prestino a un uso agevolmente distorto dello strumento: basta pensare alla possibilità di segretare atti o parti di atti contenenti rilevanti elementi a discarico o, al contrario, alla *chance* di rendere pubbliche informazioni pesantemente colpevoliste e giammai assoggettate al vaglio del contraddittorio.

Regole europee

Se quello appena descritto è lo stato dell'arte nella materia all'interno dell'ordinamento italiano, la realtà valoriale europea appare assai diversa.

Mentre la tematica della riservatezza e della tutela della vita privata risultano sostanzialmente estranee all'area dispositiva delle norme dedicate al tema dal codice di procedura penale, in ambito europeo la prospettiva si mostra tutt'altra: il diritto alla *privacy* è un costante elemento di bilanciamento rispetto alle potenzialità espansive notevoli del diritto di cronaca.

Beninteso: prima di ogni altra cosa deve notarsi che nelle decisioni della Corte il diritto di cronaca viene dichiaratamente inteso come diritto di dare, *ma anche* di ricevere informazioni e, in conseguenza di ciò, come momento essenziale di trasparenza delle istituzioni in una società democratica; in altre parole, l'impostazione della Corte europea offre tutela al bisogno di conoscere la realtà in cui si vive perché la conoscenza è intesa come primo e fondamentale passo per il controllo del cittadino sulle istituzioni¹⁹.

Testualmente, ai sensi dell'art. 10, § 1, Cedu, la libertà d'espressione include la libertà

d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza pubbliche ingerenze; libertà queste suscettibili di restrizioni che (testualmente) costituiscano «misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

La novità della norma, rispetto a nozioni più tradizionali, del tipo di quella iscritta nell'art. 21 Cost., è evidente e anche osservabile da più prospettive: in particolare, appare assolutamente significativo l'arricchimento del concetto di libertà d'espressione manifestato dall'art. 10, § 1, Cedu, chiamato a incorporare in termini espliciti un compito ulteriore di questa libertà «che ne coglie la funzione di elemento fondamentale per il formarsi di una pubblica opinione consapevole, avvertita e partecipe e, come tale, elemento in grado di misurare il tasso di democraticità del sistema costituzionale»²⁰: libertà – come si diceva – non solo di diffondere informazioni senza indebite ingerenze da parte dei pubblici poteri, ma anche libertà di *ricevere* informazioni e di ricevere informazioni *veridiche*.

Sempre nel testo esplicito della Convenzione, ma non nella nostra Carta Fondamentale, l'estrema ampiezza della libertà d'espressione può essere limitata certamente in vista di esigenze di ordine pubblico e investigative, ma anche per tutelare il valore dell'imparzialità del giudice e per proteggere la re-

¹⁹ In questa prospettiva, si veda il lavoro di Casiraghi, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., 197.

²⁰ Così Caretti, sub art. 10. *Libertà d'espressione*, Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), *Comm. alla Convenzione europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001, 337.

putazione o altri diritti individuali, quale il diritto al rispetto della vita privata, di cui all'art. 8 Cedu.

Coerentemente, tra i principi ormai consolidati nella ricca giurisprudenza della Corte e.d.u. in materia compaiono il principio di *proporzionalità* delle limitazioni rispetto agli obiettivi in vista dei quali risultano imposte, così come pure l'obbligo della *motivazione pertinente e sufficiente* da parte delle autorità che applicano in concreto la limitazione; nel complesso appare significativo il rilievo per cui la tecnica decisoria della Corte «ha nel contemperamento di tutti gli interessi in gioco il suo perno centrale»²¹, dato ovvio, a ben vedere, tenuto conto appunto del principio di proporzionalità sopra citato che, inevitabilmente conduce il giudice europeo a valutazioni operate sempre in via di bilanciamento degli interessi coinvolti.

Esemplari, in questa prospettiva, tanto le decisioni rese dalla Corte e.d.u. negli *affairs Craxi*²², quanto la recente sentenza resa nel caso *Dupuis*²³: qui, in particolare, sulla scorta di propri arresti da tempo cristallizzati, essa ripete: «non si può pensare che le questioni dibattute nei tribunali non possano dare luogo a discussioni altrove, sia nelle riviste specializzate che nella stampa o nel pubblico in generale. Alla funzione dei media che consiste nel comunicare tali notizie e idee si aggiunge il diritto, per il pubblico, di riceverne. Tuttavia, occorre tenere anche conto del diritto di ciascuno di beneficiare di un processo equo... I giornalisti devono ricordarsi che stanno redigendo degli articoli su dei processi penali in corso, sicché i limiti del commento ammissibile possono riguardare delle rivelazioni che rischierebbero, intenzional-

mente o no, di ridurre le probabilità di una persona di beneficiare di un processo equo o di intaccare la fiducia del pubblico nei tribunali della giustizia penale».

Sono argomenti già noti, grazie a una delle due decisioni rese dalla Corte a poca distanza di tempo l'una dall'altra nel caso *Craxi*: invocando l'articolo 6 della Convenzione, il ricorrente aveva denunciato il carattere non equo del processo, allegando che la campagna di stampa condotta nei suoi confronti aveva influenzato i giudici chiamati a pronunciarsi sulle accuse rivoltegli; la Corte e.d.u. aveva respinto la specifica doglianza, osservando come l'interesse dei media e dell'opinione pubblica per il caso fosse derivato dalla posizione eminente rivestita dall'uomo, dal contesto politico, così come dalla natura e gravità dei fatti addebitati; in un contesto concreto siffatto sarebbe stato inevitabile per una società democratica - rilevava ancora la Corte - che la stampa esprimesse dei commenti a volte severi su di un caso capace di porre in discussione la moralità di alti funzionari e il rapporto tra il mondo della politica e quello degli affari; d'altro canto, gli organi giudiziari che avevano trattato il caso erano composti esclusivamente da giudici professionali, all'esito d'un procedimento in contraddittorio, sì da risultare garantito e verificabile dagli atti del fascicolo che la vasta libertà d'espressione di cui aveva goduto la stampa nel caso specifico non aveva compresso lo stato d'imparzialità del giudice e la presunzione d'innocenza.

Se la citata decisione nell'*affaire Craxi* e, più di recente, la sentenza *Dupuis* toccano il tema dell'interferenza tra libertà d'espressione e interessi processuali puri, quali imparzialità

²¹ Caretti, sub art. 10, cit., 345.

²² Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, n. 34896/97; Corte e.d.u., 17 luglio 2003, n. 25337/94.

²³ Così Corte e.d.u., 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*, cit., § 49.

del giudice, presunzione d'innocenza e tutela delle necessità investigative, il secondo provvedimento²⁴ assunto nel caso *Craxi ruota*, invece, attorno a *interessi extraprocessuali*, ossia alla protezione del diritto alla riservatezza rispetto alla divulgazione di dati emersi nel contesto di un procedimento penale: le conclusioni della Corte sono state che nel caso specifico lo Stato italiano è incorso in una violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata) «in quanto... non ha assicurato la custodia dei verbali delle conversazioni telefoniche né condotto in seguito una indagine effettiva sulla maniera in cui queste comunicazioni private sono state rese pubbliche sulla stampa», come pure di una ulteriore violazione del medesimo diritto, in ragione del fatto che «le autorità giudiziarie italiane non hanno rispettato le procedure legali prima della lettura dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate. Non vi è stata una udienza preliminare nel corso della quale le parti ed il giudice avrebbero potuto escludere i brani delle conversazioni intercettate sprovviste di attinenza con il procedimento giudiziario e così fornire una garanzia importante quanto al diritto enunciato nell'articolo 8»²⁵.

In sintesi: la libertà d'espressione – per quanto amplissima e tutelata quale valore essenziale per l'esistenza di una società realmente democratica – è sempre intesa come oggetto di bilanciamento con interessi variegati, in quanto del pari forniti di protezione a opera della Cedu, tra i quali rientrano, per espressa previsione convenzionale, la tutela dell'imparzialità del giudice e della presunzione d'innocenza (ovvero dell'equo processo),

l'interesse alla persecuzione dei reati, i diritti individuali coinvolti, il tutto sulla scorta di un *vaglio di proporzionalità tra misure limitative adottate (o non adottate) e libertà d'espressione*.

Dai casi citati – invero paradigmatici per la materia oggetto d'indagine – ma, prima ancora, dalla complessiva giurisprudenza della Corte²⁶, emergono direttive alquanto chiare per il legislatore: che *l'ordinamento giuridico italiano offre una tutela carente al diritto di riservatezza*, sembra essere il primo, evidente, monito della Corte europea; il secondo è che ogni rimediazione del tema non può che avvenire in un'ottica di *bilanciamento di tutti i valori in gioco*, non solo del diritto di informare, ma anche (o forse soprattutto) del diritto di *ricevere* informazione; non solo, ancora, di questi (così meglio ridefiniti) diritti attinenti alla libertà d'espressione, ma anche di quello (implicito) alla *correttezza* dell'informazione; e non meno, pure, del diritto alla riservatezza e della presunzione d'innocenza.

L'indagine conoscitiva della Commissione giustizia e gli interventi del garante per la *privacy*

Un panorama esauriente di qualunque disciplina dei rapporti tra stampa e processo penale, non può esimersi dal prendere in considerazione alcuni dati, consegnati esplicitamente all'attenzione del legislatore tanto dall'indagine conoscitiva svolta dalla Commissione giustizia, autorevolmente presieduta da Cesare Salvi e licenziata in data 29 novembre 2006, quanto da alcuni signifi-

²⁴ Corte e.d.u., 17 luglio 2003, cit.

²⁵ Così da traduzione non ufficiale della sentenza, reperibile sul già citato sito www.dirittiuomo.it.

²⁶ V., in via di opportuna sintesi, Balsamo-Tamietti, *Le intercettazioni tra garanzie formali e sostanziali*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., 426.

cativi pronunciamenti dell'Autorità garante della *privacy*.

Tra i molteplici dati conoscitivi messi a disposizione della Commissione, grande rilievo era conferito all'audizione del prof. Pizzetti, Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali dal 2005, il quale individuava, quale oggetto dell'attenzione della medesima Autorità, tre diversi ordini di problemi, «vale a dire: l'attività dei gestori di telecomunicazioni o comunicazioni elettroniche, con particolare riferimento alle attività di servizio richieste dall'autorità giudiziaria; il rispetto delle misure di sicurezza che l'attività giudiziaria deve assicurare per la protezione dei dati in suo possesso; e, infine, il rapporto tra le intercettazioni come attività investigativa e atto giudiziario e la loro pubblicazione a mezzo stampa»²⁷.

Il documento conclusivo dei lavori della Commissione identificava quello che veniva definito il «punto più critico dell'intero sistema» nel momento della *pubblicità-pubblicazione* del contenuto delle intercettazioni²⁸ e veniva rilevata la necessità di un intervento urgente che tenesse presenti contemporaneamente «i diversi interessi in gioco, tutti costituzionalmente protetti: quello della sicurezza dei cittadini e delle indagini giudiziarie, quello del rispetto della persona, quello della tutela della *privacy*»²⁹.

È giocoforza notare dalla lettura della rela-

zione che conclude l'indagine conoscitiva, come l'interesse della Commissione fosse stato attirato dall'imponente manifestazione di gravi carenze nella disciplina delle intercettazioni telefoniche in punto di tutela del diritto alla *privacy* di parti e terzi risultati estranei al processo, ma coinvolti nell'opera di intercettazione telefonica, come pure da un approccio troppo disinvolto al tema della *privacy* da parte degli organi di stampa.

È importante notare come a porre in evidenza questo aspetto fossero state *in primis* esattamente le parole spese, al momento di licenziare il documento conclusivo, dal Presidente della Commissione giustizia, Sen. Salvi: «il punto fondamentale che emerge è che non abbiamo alcuna tutela della nostra riservatezza».

Insomma: dai lavori della Commissione – risultati condivisi, si noti, da tutte le forze politiche coinvolte – deriva un deciso invito al legislatore a por mano alla disciplina della pubblicità/pubblicazione dei quei particolari atti processuali che sono le intercettazioni telefoniche, inserendo nel bilanciamento normativo dei valori in gioco esattamente quello che, come si è visto *supra*, risultava integralmente pretermesso nella disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p. ovvero il valore della riservatezza individuale; quello stesso diritto alla riservatezza costantemente bilanciato dalla giuri-

²⁷ Documento conclusivo, 13.

²⁸ Documento conclusivo, cit., 33.

²⁹ Continua così sul punto il Documento conclusivo, con un passaggio che appare utile riportare nella sua interezza: «Per quanto concerne le attività tecniche della magistratura e della polizia giudiziaria, ai fini di una maggiore sicurezza e riservatezza, si ritiene necessaria, secondo quanto già discusso, l'adozione di tutto un insieme di misure volte da una parte a limitare i rischi di "fughe" di dati e dall'altra a restringere le possibilità di accesso ai dati riservati. Misure che riguardano sia la concentrazione dei centri di ascolto presso le sole procure distrettuali, sia il rafforzamento delle misure di sicurezza passive e attive presso detti centri, sia la riduzione e un'accurata selezione del numero di addetti ai centri stessi, sia l'adozione di rigide misure e garanzie di sicurezza tanto per la sala d'ascolto che per la sala server, sia la decisa e fortissima riduzione del numero (attualmente sono decine di migliaia) di coloro che sono abilitati ad accedere al sistema informativo per l'ottenimento di dati sensibili» (42).

sprudenza della Corte e.d.u. nel delicato equilibrio tra interessi sottesi alla libertà d'espressione e al diritto all'informazione di cui all'art. 21 Cedu e diritti alla *privacy* garantiti dall'art. 8 della medesima Convenzione.

Il richiamo a un doveroso bilanciamento della libertà d'espressione e del diritto all'informazione con i diritti individuali afferenti alla riservatezza è del pari un dato ricorrente all'interno dei documenti editi dall'Autorità garante della *privacy* e, nella prospettiva della presente analisi, alcuni di essi appaiono di peculiare rilievo.

Si prenda in esame, esemplarmente, la prescrizione del 21 giugno 2006 - intitolata "Pubblicazione di intercettazioni telefoniche e dignità della persona"³⁰ - nella quale, il luogo di partenza è costituito dal riconoscimento del dato per cui a cagione delle insufficienze del meccanismo previsto dalla legge *sub* art. 268 c.p.p. al fine di acquisire agli atti processuali le sole conversazioni rilevanti per il procedimento penale, si pone «a disposizione dell'opinione pubblica un vasto materiale di documentazione di conversazioni telefoniche che non è oggetto di adeguata selezione e valutazione; ... tale materiale, oltre a non risultare sempre essenziale per una doverosa informazione dell'opinione pubblica, può favorire anche una percezione inesatta di fatti, circostanze e relazioni interpersonali».

Com'è agevole notare, *l'incipit* del discorso risulta costituito da una doppia constatazione: da un lato, si pone l'accento sulle caratteristiche della disciplina predisposta dal codice quale meccanismo di acquisizione processuale delle conversazioni intercettate, una disciplina considerata tale da consentire solo bassi margini di controllo sul vasto flusso

delle informazioni acquisite tramite quello che è, per antonomasia, un mezzo di introduzione nella sfera della *privacy* particolarmente penetrante, per quanto indispensabile a fini di persecuzione del reato; ma si nota pure come le informazioni provenienti da questo peculiare atto investigativo fuoriescano dall'ambito processuale e divengono oggetto di diffusione mediatica *spesso al di là di un effettivo interesse pubblico alla conoscenza della notizia*, come pure, e altrettanto spesso, *a detrimento di una veridica e corretta percezione della notizia da parte del pubblico*.

È interessante notare come siffatte constatazioni riprendano, in maniera metodica, concetti ben noti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come sopra delineata: in puntuale applicazione di siffatti principi, l'Autorità garante ha, ad esempio, disposto il blocco della pubblicazione di alcuni brani di intercettazioni di conversazioni telefoniche riguardanti Carlo Giuliani - deceduto a Genova nel luglio del 2001 durante i gravi incidenti verificatisi in occasione del vertice G8 - e i suoi genitori, conversazioni diffuse dal quotidiano "Il Giornale" nell'edizione del 20 luglio 2006³¹; in particolare, secondo il Garante alcuni dei brani pubblicati avrebbero riprodotto conversazioni tra i genitori del giovane nelle quali gli stessi «esprimono, nell'ambito di un dialogo strettamente privato e attinente alla sola vita familiare, intime considerazioni su delicati aspetti relativi al proprio figlio, nonché le preoccupazioni, manifestate anche con particolare partecipazione emotiva, circa le conseguenze che avrebbero potuto derivare da alcuni suoi comportamenti», sicché la diffusione di tali brani non avrebbe potuto essere «in alcun modo giustificata sul piano del

³⁰ Doc. web n. 1299615 in www.garanteprivacy.it.

³¹ Il riferimento corre alla Prescrizione del 21-07-2006, doc. web n. 1312998 in www.garanteprivacy.it.

vincolante principio dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico».

In breve, il Garante ha deciso che, nel caso specifico, il bilanciamento dei valori in gioco doveva condurre a ritenere preminente il diritto alla riservatezza dei privati coinvolti sul diritto all'informazione del pubblico.

Sempre con riferimento alla necessità di evitare fughe di notizie da procedimenti penali, risultano particolarmente interessanti due ulteriori provvedimenti dell'*Autority*.

Con il primo - Prescrizione del 15 novembre 2007³² - il Garante ha indicato al Tribunale di Roma una serie di misure da adottare nel termine di 8 mesi al fine dichiarato di ottenere una adeguata *gestione* come pure una adeguata *protezione* dei dati personali trattati a fini di giustizia nell'ambito del Tribunale; è bene notare come del documento sia stato disposto l'invio, per quanto di competenza di ciascuna istituzione, tanto al Ministero della giustizia, quanto al Consiglio superiore della magistratura.

Il secondo è invece un provvedimento a carattere generale, intitolato «Linee guida in materia di trattamento di dati personali da parte dei consulenti tecnici e dei periti ausiliari del giudice e del pubblico ministero»³³: emessa il 26 giugno 2008, la deliberazione contiene prescrizioni finalizzate a evitare che l'impegno di esperti, nominati dall'ufficio o procedenti dietro incarico di carattere privato, si trasformi in un'occasione propizia all'apprendimento (e possibile divulgazione) di informazioni ultronee rispetto ai soggetti interessati dall'accertamento peritale o all'oggetto del medesimo.

È possibile sintetizzare i risultati estraibili dal materiale sopra indicato rilevando come tanto i molteplici interventi dell'Autorità garante della *privacy*, quanto la relazione finale dell'indagine realizzata dalla Commissione giustizia conducano a ribadire l'idea secondo cui «il decisivo lasciapassare alla notizia processuale l'ha sempre concesso l'autorità giudiziaria. Preventivamente, mediante la rivelazione del fatto (rivelazione costituente già di per sé un tacito avallo alla sua diffusione), oppure successivamente, non perseguendo i responsabili dell'illegittima rivelazione o divulgazione...»³⁴.

La riforma mancata

Poteva segnare il momento di una svolta, ma il disegno di legge n. 1611 - da tempo arenato in parlamento, nelle secche di una crisi che non conosce soste - risulta invece strumento solo parzialmente idoneo alla soluzione delle delicate problematiche sin qui sintetizzate³⁵.

Vale la pena di riprodurre almeno i passaggi salienti della riforma progettata in materia di rapporti tra stampa e processo penale; l'art. 114, in particolare, verrebbe arricchito delle seguenti "aggiunte":

«2-bis. È vietata la pubblicazione, anche parziale, per riassunto o nel contenuto, della documentazione e degli atti relativi a conversazioni, anche telefoniche, o a flussi di comunicazioni informatiche o telematiche ovvero ai dati riguardanti il traffico telefonico o telematico, anche se non più coperti dal segreto, fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare.

³² Doc. web n. 1480605 in www.garanteprivacy.it.

³³ Doc. web n. 1534086 in www.garanteprivacy.it.

³⁴ La frase è di Giostra, *Il segreto investigativo tra inosservanze e strumentalizzazioni*, *Dir. pen. proc.*, 1995, 873.

³⁵ La versione qui esaminata è quella denominata *Disegno di legge n. 1611*, del 10 giugno 2010.

2-ter. È vietata la pubblicazione, anche parziale, per riassunto o nel contenuto, delle richieste e delle ordinanze emesse in materia di misure cautelari. Di tali atti è tuttavia consentita la pubblicazione nel contenuto dopo che la persona sottoposta alle indagini o il suo difensore abbiano avuto conoscenza dell'ordinanza del giudice, fatta eccezione per le parti che riproducono la documentazione e gli atti di cui al comma 2-bis.

6-ter. Sono vietate la pubblicazione e la diffusione dei nomi e delle immagini dei magistrati relativamente ai procedimenti e processi penali loro affidati. Il divieto relativo alle immagini non si applica all'ipotesi di cui all'articolo 147, comma 1, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, nonché quando, ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca, la rappresentazione dell'avvenimento non possa essere separata dall'immagine del magistrato.

7. È in ogni caso vietata la pubblicazione anche parziale o per riassunto, della documentazione, degli atti e dei contenuti relativi a conversazioni o a flussi di comunicazioni informatiche o telematiche di cui sia stata ordinata la distruzione ai sensi degli articoli 269 e 271. È altresì vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, della documentazione, degli atti e dei contenuti relativi a conversazioni o a flussi di comunicazioni telematiche riguardanti fatti, circostanze e persone estranee alle indagini, di cui sia stata disposta l'espunzione ai sensi dell'articolo 268, comma 7-bis».

A prima lettura, il dato che balza all'occhio dell'interprete è sicuramente la peculiare disciplina riservata dal legislatore ai divieti di pubblicazione di un ben preciso atto processuale, ovvero i flussi di comunicazioni, comunque captate.

Se questo è quanto risulta palese, una seconda e più approfondita lettura induce a considerazioni ulteriori e non meno impor-

tanti della prima: sembra evidente che la disciplina della pubblicità degli atti processuali risulta ancora sostanzialmente agganciata a quella del segreto processuale, ma il legislatore tenta di prendere in seria considerazione, all'interno della fattispecie, quell'interesse extraprocessuale alla riservatezza che risulta negletto dal vigente art. 114 c.p.p.

Osservando più in dettaglio la disciplina, risulta che se *tutti* gli atti e le attività svolti durante la fase delle indagini preliminari sono tendenzialmente coperti dal segreto investigativo fino a che esso dura, e dunque sino al termine di fase ovvero sino a che l'imputato non abbia conoscenza dell'atto, quei particolari atti d'indagine rappresentati dai verbali riproducenti conversazioni captate – che si tratti dei c.d. brogliacci o trascrizioni peritali – sono invece non divulgabili anche oltre il limite segnato dal segreto istruttorio: la pubblicità diventa possibile solo al termine delle indagini preliminari ovvero sino al termine dell'udienza preliminare; il divieto di divulgazione, per di più, è assoluto, impedendo anche forme «parziali, per riassunto o nel contenuto».

La disposizione reca impronta nettissima del *favor* legislativo per la tutela del diritto alla riservatezza e appare rovesciare l'impostazione attuale per cui ogni forma di documentazione dell'attività captativa svolta dagli inquirenti diventa pubblicabile al momento del deposito dei verbali delle operazioni e delle registrazioni stesse, ai sensi dell'art. 268, comma 4, c.p.p.: in questo istante, infatti, parti e relativi difensori, avvisati ai sensi del comma 6 della norma, sono messi in condizione di conoscere un atto investigativo prima segreto, con conseguente venir meno tanto delle segretezza interna, quanto del divieto di divulgazione esterna.

Nella previsione del disegno di legge, il divieto di pubblicazione appare, dunque, reciso da ogni legame finalistico con il segreto

investigativo e le relative esigenze, per risultare esclusivamente servente rispetto all'interesse alla riservatezza dell'indagato.

Tutela ancora più spiccata della riservatezza offre poi il comma 7 della norma per quei soggetti che risultino estranei al processo penale: tanto per i materiali intercettati di cui sia stata ordinata la *distruzione* nel *sub-procedimento* di cui all'art. 269 c.p.p., quanto per quelli comunque riguardanti fatti, circostanze e persone estranee alle indagini, di cui sia stata invece disposta la mera *espunzione* ai sensi dell'articolo 268, comma 7-bis, c.p.p., vige un divieto di pubblicazione assoluto, privo di attenuazioni.

In sintesi, dunque, le conversazioni captate dall'indagato diverrebbero pubblicabili in coincidenza col passaggio dalla fase d'udienza preliminare a quella dibattimentale - ossia a una fase caratterizzata strutturalmente dalla pubblicità - mentre tutto ciò che, a seguito di controllo giudiziale, sia risultato palesemente estraneo al processo, non sarebbe pubblicabile *in alcun caso*.

Sin qui la lettura del disegno di legge risulta appagante, almeno nella misura in cui si ritenga di dover condividere, da un lato, la valutazione di particolare efficacia intrusiva riservata allo strumento/intercettazioni, dall'altro l'indispensabilità di una tutela della riservatezza davvero autonoma rispetto alla protezione del segreto investigativo.

Non minor plauso merita, poi, quella parte del disegno di legge che dedica attenzione

alla spettacolarizzazione della giustizia e alle sue ricadute meno nobili, laddove vieta ogni *battage* pubblicitario in merito a identità personali e immagini dei magistrati con riferimento ai processi loro affidati.

Diverse considerazioni devono essere spese, invece, con riferimento alla regolamentazione della pubblicità spendibile sull'eventuale segmento cautelare; in concreto, l'esegesi della disposizione conduce a conclusioni contraddittorie rispetto a quella che palesemente sembrava (e doveva) esserne la *ratio*.

Anzitutto non sembra mai vietata la pubblicazione del *fatto*, in sé e per sé considerato, della richiesta o dell'emissione di una misura cautelare, mentre poi, posto che il *contenuto* dell'ordinanza o anche della mera richiesta diventano divulgabili nel momento in cui l'indagato può averne conoscenza, la tutela della riservatezza risulta qui ancora una volta logicamente agganciata a un interesse schiettamente endoprocessuale; si aggiunga che del pari silente è il disegno di legge in merito a una quantità di atti e attività tipiche delle indagini preliminari, la cui indiscriminata divulgazione è capace di arrecare enormi danni all'immagine, alla riservatezza e, come si diceva, alla vita stessa dell'individuo coinvolto.

La conclusione non può che essere quella consistente nel richiamare, ancora una volta, l'attenzione del futuro legislatore sulla delicatezza di una materia che esige mutamenti non meno curati che impellenti.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Laura Capraro

Presupposti del sequestro probatorio e precisazione finalistica del *corpus delicti*/
Probative seizure requirements, with regard to the specific case of the corpus delicti 69

Marilena Colamussi

De jure condendo 18

Alessandro Diddi

Sezioni Unite 33

Ada Famiglietti

Novità legislative interne/*National Legislative News* 10

Novella Galantini

Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente
l'iscrizione della notizia di reato/*The defence case before pre-trial investigation* 124

Rosa Maria Geraci

Corte costituzionale 28

Paolo Ielo

Non è ragionevole ammettere la parte civile nel processo agli enti/*There is no reason
that victims participate as "parti civili" to proceedings regulated by d.lgs. n. 231-2001* 85

Sergio Lorusso

Gli assetti costituzionali della Giustizia e lo scontro infinito tra poteri/*The
constitutional order of justice and the never ending conflict between powers* 1

Luca Lupária

Latitanza, contumacia e novazione probatoria in appello/*Effective knowledge of the
proceedings, judgment by default and right to a new trial* 97

Roberto Puglisi

Giudicato penale e azione civile in caso di proscioglimento per estinzione del
reato/*Criminal judgment and civil action in case of acquittal for crime extinction* 115

Gioia Sambuco

Il sequestro dei contenuti *on-line*: risposte giurisprudenziali e prospettive/*The
seizure of the content published on-line: jurisprudential responses and perspectives* 58

Alessio Scarcella

Corti europee/*European Courts* 23

L'instabile equilibrio del legittimo impedimento "governativo", tra leale
collaborazione *bidirezionale* e libero sindacato del giudice/*The unstable balance of
legal government's obstacle to appear, between sincere "two-way" cooperation and free
critical evaluation of the court* 45

Cristiana Valentini

Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata/*Press and criminal process: history of a stopped evolution* 132

Elena Zanetti

Novità sovranazionali/*Supranational News* 14

PROVVEDIMENTI / MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 25 gennaio 2011, n. 23 38
 sentenza 11 marzo 2011, n. 80 29
 ordinanza 25 marzo 2011, n. 104 28

Corte di cassazione - Sezioni Unite civili

sentenza 26 gennaio 2011, n. 1768 104

Corte di cassazione - Sezioni Unite penali

sentenza 1 marzo 2011, n. 7391 33

Corte di cassazione - Sezioni semplici

Sezione III, sentenza 20 gennaio 2011, n. 1805 95
 Sezione VI, sentenza 22 gennaio 2011, n. 2251 77
 Sezione V, sentenza 1° febbraio 2011, n. 1887 67
 Sezione V, sentenza 24 febbraio 2011, n. 7155 55

Corte europea dei diritti dell'uomo

27 gennaio 2011, *K. c. Russia* 24
 10 febbraio 2011, *D. c. Ucraina* 25
 10 febbraio 2011, *G. c. Bulgaria* 26
 3 marzo 2011, *M. c. Ucraina* 26

Atti sovranazionali

Risoluzione 2 dicembre 2010 del Consiglio d'Europa concernente l'esecuzione delle sentenze della Corte europea in tema di eccessiva durata dei processi in Italia (*Interim Resolution CM/Res DH (2010) 224*) 14
 Risoluzione 20 gennaio 2011 del Parlamento europeo (P7-TA-PROV (2011)0027) 16

Norme interne

Legge 13 agosto 2010, n. 136 «*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*» 10

De jure condendo

Disegno di legge costituzionale «*Riforma della Giustizia*» 18

MATERIE / TOPICS

Appello

- *rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*
Al latitante restituito nel termine non è preclusa la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (Cass., sez. III, 20 gennaio 2011, n. 1805), con nota di Luca Lupária 95

Dibattimento

- *principio di oralità*
Corte e.d.u., 27 gennaio 2011, K. c. Russia 24

Difesa e difensori

- Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato/ *The defence case before pre-trial investigation*, di Novella Galantini 124

Estradizione

- *disciplina sovranazionale*
Risoluzione 20 gennaio 2011 del Parlamento europeo (P7-TA-PROV (2011)0027) 16
- *divieto di consegna*
Corte e.d.u., 10 febbraio 2011, D. c. Ucraina 25

Giudicato

- *efficacia extrapenale*
Nessuna efficacia extrapenale per le sentenze di proscioglimento estintive (Cass., sez. un. civ., 26 gennaio 2011, n. 1768), con nota di Roberto Puglisi 104

Giudice

- *imparzialità*
Corte e.d.u., 27 gennaio 2011, K. c. Russia 24

Imputato

- *legittimo impedimento (del Presidente del Consiglio)*
Parzialmente illegittima la legge "speciale" sul legittimo impedimento (C. cost., sent. 25 gennaio 2011, n. 23), con nota di Alessio Scarcella 38

Indagini preliminari

- *incompletezza*
Corte e.d.u., 10 febbraio 2011, G. c. Bulgaria 26
Corte e.d.u., 3 marzo 2011, M. c. Ucraina 26

Mezzi di ricerca della prova

- *sequestro*
Il decreto di sequestro individui "a monte" il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti (Cass., sez. V, 1° febbraio 2011, n. 1887), con nota di Laura Capraro 67

Misure cautelari personali

- *impugnazioni*
Cass., sez. un., 1° marzo 2011, n. 7391 33

Misure cautelari reali• *sequestro preventivo*

Anche nel caso di diffamazione è ammissibile il sequestro preventivo del sito internet (*Cass., sez. V, 24 febbraio 2011, n. 7155*), con nota di Gioia Sambuco 55

Misure di prevenzione• *procedimento*

C. cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80 29

Polizia giudiziaria• *operazioni sotto copertura*

Legge 13 agosto 2010, n. 136 «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia» 10

Processo penale• *conflitto tra giurisdizione e potere politico*

C. cost., ord. 25 marzo 2011, n. 104 28

• *durata*

Risoluzione 2 dicembre 2010 del Consiglio d'Europa concernente l'esecuzione delle sentenze della Corte europea in tema di eccessiva durata dei processi in Italia (*Interim Resolution CM/Res DH (2010) 224*) 14

• *rapporti con l'informazione*

Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata/*Press and criminal process: history of a stopped evolution*, di Cristiana Valentini 132

• *rassegna annuale degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo (anno 2010)*

Corte e.d.u., 5 gennaio 2010, *B. e altri c. Italia* 23

Corte e.d.u., 12 gennaio 2010, *M. c. Italia* 23

Corte e.d.u., 19 gennaio 2010, *M. c. Italia* 24

Corte e.d.u., 16 febbraio 2010, *B. c. Italia* 23

Corte e.d.u., 23 marzo 2010, *S. c. Italia* 23 e 24

Corte e.d.u., 30 marzo 2010, *M. c. Italia* 23

Corte e.d.u., 20 aprile 2010, *V. c. Italia* 24

Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *O. c. Italia* 23

Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *U. c. Italia* 23

• *riforme costituzionali*

Gli assetti costituzionali della Giustizia e lo scontro infinito tra poteri/*The constitutional order of justice and the never ending conflict between powers*, di Sergio Lorusso 1

Disegno di legge costituzionale «Riforma della Giustizia» 18

Responsabilità degli enti• *parti processuali*

Inammissibile la parte civile nel processo alle società (*Cass., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251*), con nota di Paolo Ielo 77