

SOMMARIO / CONTENTS

Editoriale / Editorial

“Durata ragionevole”: piccole riforme non impossibili (<i>Giorgio Spangher</i>) <i>Reasonable duration: slight feasible reforms</i>	1
--	---

Scenari / Overviews

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> (<i>Roberto Puglisi</i>)	7
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (<i>Valeria Francesca Mettica</i>)	11
De jure condendo (<i>Marcello D’Aiuto</i>)	15
Corti europee / <i>European Courts</i> (<i>Alessio Scarcella</i>)	20
Corte costituzionale (<i>Laura Capraro</i>)	28
Sezioni Unite (<i>Antonio Pagliano</i>)	32

Avanguardie in Giurisprudenza / *Cutting Edge Case Law*

Per la violenza sessuale di gruppo la custodia cautelare in carcere non è l’unica via Corte di cassazione, Sez. III, sentenza 20 gennaio 2012, n. 4377 - Pres. Fiale; Rel. Marini	39
Anche per il reato di violenza sessuale di gruppo è da escludersi la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere? (<i>Daniela Vigoni</i>) <i>Should pre-trial detention be applied even for sexual group assault only if other measures are inappropriate?</i>	43
Ricorribile per cassazione la condanna alle spese in favore della parte civile disposta con la sentenza di patteggiamento Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 novembre 2011, n. 40288 – Pres. Lupo; Rel. Cassano	51
Va rinviata al giudice civile la decisione sulle spese da liquidare al danneggiato nella sentenza di patteggiamento annullata <i>in parte qua</i> ? (<i>Alessandro Diddi</i>) <i>Is the decision about the legality of the costs refundable to the injured person in the plea bargaining judgment pertaining to the civil court?</i>	57

Il difensore impugnante non può eccepire la nullità per mancata traduzione della sentenza in una lingua nota all'imputato

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 21 settembre 2011, n. 35571 – Pres.

Agrò; Rel. Gramendola _____ 65

“Svista” della Suprema Corte: negato al difensore il diritto di eccepire la violazione dell'art. 143 c.p.p. (Claudia Calubini)

“Oversight” by the Supreme Court: defending counsel denied the right to appeal against transgression of art. 143 c.p.p. _____ 68

Se l'imputato non può accedere alle registrazioni al tribunale del riesame è precluso l'impiego dei “brogliacci” confezionati dalla polizia giudiziaria

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 7 dicembre 2011, n. 45880 – Pres.

Agrò; Rel. Conti _____ 77

Nuovi obblighi del pubblico ministero per soddisfare il diritto del difensore ad accedere alle registrazioni di suoni o immagini in vista del giudizio di riesame (Daiana Bedeschi)

New obligations for the public prosecutor in order to satisfy the right of the lawyer to extract intercepted's files during the proceeding de libertate _____ 84

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

Primi casi “clinici” in tema di prova neuroscientifica (Laura Capraro)

Cognitive Neuroscience and Criminal Proceedings: The First Cases _____ 95

**Analisi e prospettive /
Analysis and Prospects**

I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale (Ennio Amodio)

Rise of the Constitutional Review on Negotiated or Curtailed Criminal Justice _____ 107

Indici / Index

Autori / Authors _____ 117

Provvedimenti / Measures _____ 118

Materie / Topics _____ 119

GIORGIO SPANGHER

Professore ordinario di Procedura penale – Università di Roma “La Sapienza”

“Durata ragionevole”: piccole riforme non impossibili

Reasonable duration: slight feasible reforms

L'attuale fase politica sembra non precludere la possibilità di alcuni aggiustamenti all'impianto del processo penale tesi ad assicurarne una durata ragionevole. Tra le altre, la reintroduzione del concordato in appello, la sospensione del processo agli irreperibili, l'improcedibilità per irrilevanza del fatto potrebbero essere alcune delle riforme non impossibili.

The current political phase seems not to bar some slight adjustments regarding the structure of criminal trial and intended to ensure its reasonable duration. The reintroduction of the plea bargaining in the appeal process, the suspension of the trial for those who are untraceable, the impossibility to proceed because of the irrelevance of the fact might constitute some of these viable reforms.

Un contesto favorevole

Accantonato (per il momento) con l'approvazione della l. n. 9 del 2012 il problema carcerario, sopitosi il dibattito sul processo breve, mantenuto sotto traccia il tema della prescrizione (destinato a riemergere nel dibattito sul provvedimento anticorruzione), la giustizia penale attraversa una fase di apparente tranquillità. Non possono naturalmente escludersi improvvisi rigurgiti di vecchie e nuove polemiche.

In questo contesto, che si inserisce nel più generale quadro di un disarmo di aspre contrapposizioni e di aprioristiche opposizioni,

potrebbe maturare la consapevolezza di proporre alcune – marginali, ma non per questo secondarie – modifiche – *rectius*, aggiustamenti – dell'impianto processuale in vista di una sua più marcata durata ragionevole.

Va subito detto che non si tratta di ipotizzare l'amputazione di segmenti dell'attuale struttura processuale, quanto piuttosto di incidere su alcune incrostazioni che il meccanismo evidenzia e che bisogna rimuovere.

Lo sfondo resta, naturalmente, quello dell'utilizzo sempre più ampio delle nuove tecnologie legate allo sviluppo del processo telematico.

Le impugnazioni

Un primo settore di possibile intervento riguarda sicuramente le impugnazioni. Superata – con molte vittime – la vicenda legata alla c.d. legge Pecorella, non si tratta di operare – improbabili – eliminazioni o compressioni dei due rimedi ordinari, quanto, piuttosto, di rimuovere alcune criticità. In primo luogo, appare possibile escludere la legittimazione dell'imputato a ricorrere personalmente: a parte gli elementi statistici dai quali emerge l'alto numero di inammissibilità dei ricorsi così proposti, a parte l'aggiramento che si determina rispetto alla necessità di avvocati patrocinatori presso il Supremo Collegio, il tecnicismo del gravame sembra richiedere l'intervento di un professionista qualificato. Il dato non incide in alcun modo sui diritti costituzionalmente garantiti.

Stessa conclusione è prospettabile in relazione alla possibilità di tipizzare i motivi di ricorso nei confronti delle sentenze di patteggiamento. La prospettiva di ricorsi tendenti a differire l'esecuzione della decisione – peraltro, spesso inammissibili – costituisce un aggravio inutile del carico del Supremo Collegio.

Potrebbe essere assegnata alla Corte d'appello – anziché alla Cassazione – la competenza a pronunciarsi sul gravame della persona offesa di cui all'art. 409, c. 6.

Non sussistono, invero, solide ragioni per non consentire ad un organo di merito – oggi sgravato dalla appellabilità delle sentenze di non luogo – di pronunciarsi sulle violazioni della procedura archiviativa. L'obiettivo è quello – contenuto – di ridurre le pendenze della Cassazione, anche la fine di recuperare la qualità di un prodotto che, per i carichi di lavoro – sta perdendo progressivamente valore.

Qualche maggiore problematicità sembra connotare l'idea di reintrodurre il concordato sui motivi e sulla pena, abrogato – com'è noto – dalla l. n. 125 del 2008 di conv. d.l. n. 92 del 2008.

Venute meno le ipoteche “politiche” che avevano condotto a questa scelta, restano da valutare le contrapposte opinioni che da tempo si fronteggiano in materia. Se, invero, per un verso si evidenziano – positivamente – la significativa valenza deflativa – su più fronti – dell'istituto, non connotato da valenze premiali, per un altro, si sottolineano – negativamente – i significativi sconti di pena che una diffusa operatività dell'accordo triangolare (difesa, accusa, giudice) determina in relazione all'effettività della pena.

Senza approfondire, in questa occasione, i limiti delle due contrapposte tesi, esclusa la possibilità di non consentire l'accesso al concordato per i reati di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., si potrebbe trovare un punto di equilibrio precludendo l'accesso all'accordo per i procedimenti definiti con il rito abbreviato; potrebbero invero escludersi atteggiamenti indulgenziali nei confronti di chi ha già usufruito – seppur legittimamente – di valutazioni ispirate al *favor*.

Le indagini preliminari

Un secondo “blocco” di possibili interventi attiene alla fase delle indagini preliminari: il discorso appare suscettibile di intercettare più aspetti.

In primo luogo – senza contrapposizioni – potrebbe essere introdotto nel codice di procedura penale il principio della non punibilità per irrilevanza del fatto, ancorandolo alla tenuità o alla occasionalità della condotta, secondo quanto già previsto nel procedimento minorile e per i reati di competenza del giudice di pace.

In secondo luogo, nel novero dei provvedimenti “inutili” o “superflui” appare collocabile la prima richiesta di proroga delle indagini preliminari. Si potrebbe, cioè, ipotizzare che il tempo delle indagini sia fissato in un anno. Il dato emerge anche dalla considerazione che il rigetto di una richiesta di allungamento dei tempi deve ritenersi evento eccezionale e con-

seguentemente il percorso di cui all'art. 406 c.p.p. frustrante per i suoi protagonisti. Va, tuttavia, osservato che – a differenza dei reati di criminalità organizzata – alla richiesta di proroga è abbinata l'informativa della pendenza del procedimento che va conservata. In altri termini, dopo i primi sei mesi il p.m. dovrebbe comunque notificare l'imputato delle indagini in corso.

Si colloca, invece, su di un terreno più scivoloso – in terzo luogo – il tema dell'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. E' dato non controverso come in deroga a quanto previsto *ex lege*, l'iscrizione non avvenga "immediatamente". E' altrettanto noto che l'orientamento delle Sezioni Unite esclude il potere del giudice di retrodatare l'iscrizione, con ricadute sul tema dell'inutilizzabilità degli atti compiuti "fuori termini". Considerato che la conclusione viene giustificata in quanto mancherebbe una espressa previsione normativa sul punto, si tratterebbe di colmare una simile lacuna. Non pare questa l'occasione per indicare quale fra le possibili opzioni possa essere la più agevolmente condivisibile dagli uffici di procura. Resta il fatto che quella riferita risulta una situazione patologica che necessita di un pronunciamento delle Camere.

Alla riferita riforma, nella stessa logica acceleratoria, dovrebbe essere abbinata la previsione di termini entro i quali, esaurite le indagini ed effettuato il deposito *ex art. 415-bis*, il p.m. dovrebbe determinarsi per l'esercizio dell'azione penale e la trasmissione degli atti per l'udienza preliminare. Al riguardo, infatti, la prassi evidenzia inaccettabili stasi processuali da parte degli uffici di procura.

Il processo agli irreperibili

Sembra appartenere, infine, al novero dei temi sui quali non dovrebbe essere impossibile coagulare un consenso trasversale, nonché istituzionale, anche quello legato

alla necessità di sospendere il processo nei confronti dei soggetti irreperibili. Invero, lo sviluppo di un procedimento nel caso in cui l'imputato non ne abbia effettiva conoscenza costituisce un inutile spreco di attività. Si tratterebbe di regolamentare gli sviluppi procedurali nel caso di soggetto irreperibile in modo tuttavia che non sia possibile lucrare i vantaggi di una non esclusa dolosa sottrazione al processo. Sarebbe necessario sospendere il decorso della prescrizione, quanto meno per un periodo pari alla prescrizione del reato, che riprenderebbe a decorrere solo successivamente, consentire lo svolgimento degli atti urgenti, prevedere alcune verifiche periodiche in ordine al permanere della riferita condizione, istituire una banca dati degli irreperibili a disposizione della polizia giudiziaria consentendo una possibile verifica – anche casuale – di queste posizioni soggettive.

Escludendosi che il rito *de quo* operi per tutte le fasce di reati, non potrebbero trascurarsi le notevoli ricadute in termini di efficienza che la previsione sarebbe destinata ad innestare in una macchina giudiziaria significativamente appesantita dall'arretrato e dalle sopravvenienze, stante la difficoltà di avviare significativi processi di decriminalizzazione e/o di depenalizzazione.

Scenari problematici

Le considerazioni svolte dovrebbero aver messo in luce il tipo "mirato" di intervento che potrebbe essere realizzato con largo consenso, non prospettandosi profili suscettibili di sprigionare "conflitti di religione".

Diversa sarebbe la prospettiva se si volesse inserire in questo contesto, per un verso, la riforma/abrogazione dell'immediato custodiale e, per un altro, quella dell'art. 525 cpv. c.p.p. ovvero una riforma troppo sbilanciata o troppo pavida della disciplina delle intercettazioni telefoniche.

Invero, l'attuale fase della giustizia penale si connota anche per un accentuato attivismo giurisprudenziale – delle Sezioni Unite – che sotto l'egida del canone della durata ragionevole del processo – ritenuto principio precettivo e programmatico – rimodula il processo penale bilanciando i criteri dell'efficienza e delle garanzie in una visione sostanzialistica del modello processuale.

Da questa prospettiva, invero, stanno uscendo ridimensionati – sotto vari profili – soprattutto i diritti difensivi. Una loro ride-

finizione ed un loro rafforzamento appaiono indispensabili: oltre al tema delle invalidità per le loro violazioni, degli oneri posti a carico dell'avvocato per l'esercizio dell'attività di patrocinio, devono aggiungersi alcune questioni in tema di garanzie di libertà *ex art.* 103 c.p.p., spesso violate, e in punto di segreto professionale, a volte minacciato. Si tratta, tuttavia, di terreni di confronto sui quali, forse, i tempi non sono maturi e l'attuale fase politica non adeguata ad assecondare un intervento normativo.

Novità legislative interne / *National Legislative News*

ROBERTO PUGLISI

Con il decreto legislativo del 6 settembre 2011, n. 159, *“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia”*, viene esercitata la delega contenuta negli artt. 1 e 2, legge 13 agosto 2010, n. 136, per l’emanazione di un codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché di nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia. Si rammenta che l’intento perseguito dal legislatore delegante è la sistemazione, con eventuali integrazioni, in unico testo delle fonti normative (penali, processuali e amministrative, compresa quella codicistica) riguardanti una materia spesso toccata da interventi legislativi plurimi e frastagliati, quale il contrasto alla criminalità organizzata. Nel conferimento del potere legislativo al Governo, lo stesso delegante indicava le azioni necessarie per raggiungere l’obiettivo prefissato: ricognizione completa e armonizzazione della normativa vigente; coordinamento della stessa con le nuove disposizioni contenute nella medesima legge delega, con la normativa vigente in materia di misure di prevenzione e con quella concernente l’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata; adeguamento della normativa italiana alle disposizioni adottate dall’Unione Europea (art. 1, comma 2, l. n. 136 del 2010).

Riguardo alle misure di prevenzione, si è prevalentemente proceduto ad un’unificazione della normativa già contenuta nelle leggi n. 1423 del 27 dicembre 1956 e n. 575 del 31 maggio 1965, entrambe abrogate espressamente dal codice delle leggi antimafia (art. 120), non mancando, tuttavia, aspetti innovati di rilievo. All’uopo, va sottolineato che l’art. 116 detta una norma di coordinamento, prevedendo che i richiami alle disposizioni contenute nella legge 27 dicembre 1956, n. 1423, e nella legge 31 maggio 1965, n. 575, *«ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto»*. È compito dell’interprete, dunque, discernere, nell’ambito del codice antimafia, tra mera trasposizione e innovazione della normativa precedente al fine di conoscere quali aspetti di questa possano ritenersi tuttora validi.

Con riferimento alle misure di prevenzione personali, l’attività delegata è in maggior parte di carattere compilativo. Si procede, innanzitutto, a una differenziazione netta tra quelle applicabili dal questore (artt. 1, 2 e 3), la cui disciplina recepisce le regole fissate dalla precedente normativa (l. n. 1424 del 1956), e quelle applicabili dall’autorità giudiziaria (artt. 9-15). Il combinato disposto degli artt. 3 e 6 coordina, alla luce delle indicazioni contenute nella delega del 2010, gli artt. 4, commi 1, 2, 3 e 4, l. n. 1423 del 1956, e 2, comma 2, l. n. 575 del 1965. Una novità consiste nell’eliminazione

del rapporto di necessaria consequenzialità tra avviso orale e sorveglianza speciale precedentemente contenuto nell'art. 4, comma 1, l. n. 1423 del 1956. Quanto ai presupposti applicativi, il codice antimafia fa proprie alcune indicazioni della Consulta ormai acquisite già da tempo dalla prassi: il concetto di "sospetto" è soppiantato da quello di "indizi", sicuramente più idoneo a esprimere il necessario sostrato fattuale che deve fondare qualsiasi provvedimento di sicurezza (cfr. C. cost., sent. 22 dicembre 1980, n. 177, in cui si esclude che *«le misure di prevenzione possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti, richiedendosi, invece, una oggettiva valutazione di fatti da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione»*).

Gli artt. 5 e 17 confermano, in linea generale, il previgente assetto in tema di soggetti titolari della proposta applicativa delle misure personali e patrimoniali.

Il procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali è disciplinato dall'art. 7 del codice antimafia che, così, sostituisce le indicazioni contenute nell'art. 4, l. n. 1423 del 1956, ancora fermo ai richiami al codice di procedura del 1930. Il sistema processuale disegnato dall'art. 7 è uno speciale procedimento in camera di consiglio (*«in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta»*) ricalcato sul procedimento di esecuzione (art. 666 c.p.p.), applicabile per quanto non espressamente previsto dal codice antimafia. Tale regola di salvaguardia è densa di implicazioni, a cominciare dall'art. 666, comma 2, c.p.p. che sancisce il principio di preclusione in caso di mera riproposizione di una richiesta già rigettata; poi, l'art. 666, comma 5, c.p.p. consegna nelle mani del giudice un importante potere istruttorio d'ufficio in grado di colmare eventuali lacune originarie ed emerse strada facendo.

La previsione espressa della nullità di cui al comma 7 dell'art. 7 è di diretta derivazione dall'art. 127, comma 5, c.p.p.; la portata della norma va, ovviamente, calibrata sulla necessaria presenza del difensore e del pubblico ministero.

Il riconoscimento del diritto allo svolgimento pubblico dell'udienza risponde alle istanze europee di adeguamento del procedimento di prevenzione all'art. 6 Cedue; la Corte edu (13 novembre 2007, req. n. 399/02, Bocellari e Rizza c. Italia), pur riconoscendo la possibilità, talvolta, di derogare alla garanzia della pubblicità dell'udienza per circostanze eccezionali, in quell'occasione, giudicava essenziale perlomeno la possibilità di sollecitare uno svolgimento pubblico dell'udienza (precluso dalla normativa interna allora vigente).

Il rinvio finale alle regole del processo telematico (d. lgs. n. 82 del 2005) per l'effettuazione delle comunicazioni è da intendersi riferito al successivo Regolamento, emanato con il d.m. n. 44 del 2011, concernente le regole tecniche per l'adozione, nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Nessuna innovazione ha, invece, investito la possibilità (prima prevista dall'art. 6, l. n. 1423 del 1956) di adozione di provvedimenti d'urgenza in pendenza del procedimento di prevenzione con *«il temporaneo ritiro del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente»* e, nei casi di particolare gravità, *«l'obbligo o il divieto di soggiorno fino a quando non sia divenuta esecutiva la misura di prevenzione»* (art. 9). Rimangono, pertanto, sicuramente attuali i ragionamenti giurisprudenziali tesi a ricondurre entro margini temporali definiti l'incidenza dell'applicazione provvisoria di misure di prevenzione.

Sul fronte delle impugnazioni esperibili avverso la decisione adottata dal Tribunale ai sensi del menzionato art. 7, l'art. 10 si limita a trasfondere nel proprio disposto il testo previgente con l'unica innovazione della pubbli-

cità dell'udienza a richiesta dell'interessato, già incontrata a proposito del procedimento di primo grado. Confermata l'assenza di efficacia sospensiva dell'impugnazione, riferibile sia all'appello che al ricorso per cassazione.

Nessuna novità di pregio è stata introdotta dal codice antimafia in materia di esecuzione delle misure di prevenzione personali e revoca delle stesse. Con riferimento a tale ultimo profilo, vale la pena solo rammentare come la natura di decisione emessa allo stato degli atti implichi la revocabilità della stessa «*quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato*» (art. 11).

Riguardo alle misure di prevenzione patrimoniali, un profilo di rilievo concerne la conferma del principio di autonomia tra le stesse e le misure preventive personali. L'art. 18, comma 1, fissa, invero, l'applicabilità disgiunta dei due tipi di misure e, quanto alle misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione. L'innovazione risale all'art. 10, comma 3, lett. c), d.l. n. 92 del 2008 ("Decreto sicurezza 2008"), che si limitò a registrare una prassi giurisprudenziale consolidata (da ultimo, Cass., sez. I, 13 gennaio 2011, n. 18327). Una novità, rispetto al disposto dell'art. 2 *bis*, comma 6 *bis*, l. n. 575 del 1965 – che contemplava la morte come evento sopraggiunto alla proposta – consiste nell'espressa previsione dell'inizio del procedimento di prevenzione patrimoniale anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca; la richiesta va proposta nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso (art. 18, comma 3). Tale soluzione, forse già enucleabile dal sistema, contribuisce, quantomeno, a fare chiarezza.

In tema di sequestro e confisca, l'art. 24, comma 3, prevede la loro adozione «anche dopo l'applicazione di una misura di prevenzione

personale». La nuova formula si limita a ripetere il disposto dell'art. 2 *ter*, comma 6, l. n. 575 del 1965, eliminando il riferimento espresso al termine finale della cessazione della misura di prevenzione. L'innovazione può interpretarsi quale *voluntas legis* di non porre un vincolo di dipendenza tra il sequestro e la confisca, da una parte, e l'esecuzione in atto della misura di prevenzione, dall'altra.

Interessante la novità introdotta con l'art. 28, che prevede la revocabilità della confisca; in sostanza, viene delineata una forma di revisione della forza di giudicato acquisita dal provvedimento applicativo (antecedentemente, era esclusa l'applicabilità della revisione «*nel caso di sopravvenienza di nuove prove che siano idonee a dimostrare la legittima provenienza dei beni che siano stati confiscati in base alla legislazione antimafia. In tal caso l'interessato [poteva] ottenere la revoca della confisca tramite incidente di esecuzione, e il giudice investito dell'incidente [poteva] rimettere la parte davanti al giudice civile, a norma degli artt. 676, comma secondo, e 263, comma terzo, cod. proc. pen.. Allorché, invece, le nuove prove [mirassero] ad escludere anche la pericolosità sociale, accertata definitivamente nel procedimento di prevenzione, il sottoposto o anche il terzo interessato [poteva] avvalersi dell'istituto della revoca di cui all'art. 7 della legge n. 1423 del 1956*», (Cass., sez. II, 24 febbraio 1998, n. 2244, CED Cass., 210320).

La richiesta di revocazione può essere presentata, nelle forme dell'art. 630 c.p.p., nei casi di:

- a) scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento;
- b) fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, che escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca;
- c) decisione sulla confisca motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.

Lo straordinario mezzo di impugnazione in esame può essere utilizzato, entro il termine perentorio di sei mesi dalla verifica di una delle circostanze sopra richiamate, solamente per dimostrare il difetto originario dei presupposti applicativi della misura. La previsione riecheggia gli arresti della giurisprudenza di legittimità secondo cui *«ai fini della revoca della confisca definitiva di prevenzione, che si muove nello stesso ambito della revisione del giudicato penale di condanna, non costituisce prova nuova una diversa valutazione tecnico-scientifica di dati già valutati, che si tradurrebbe in apprezzamento critico di emergenze oggettive già conosciute e deliberate nel procedimento»* (Cass., sez. I, 22 settembre 2010, n. 36224).

L'eventuale accoglimento della richiesta di revocazione della confisca conduce alla cd. restituzione per equivalente (art. 46). In realtà, il disposto dell'art. 28 non è così perentorio, limitandosi a disporre la trasmissione degli atti al tribunale che ha disposto la confisca *«affinché provveda, ove del caso, ai sensi dell'articolo 46»*.

L'art. 46 disciplina la restituzione per equivalente, consistente in uno strumento finalizzato a conciliare l'interesse a non vedere frustrate le aspettative conseguenti all'ottenimento di una revocazione con quello ad una stabilità dell'assegnazione dei soggetti destinatari dei beni confiscati. Ai fini dell'operatività di tale istituto, vale una serie di eccezioni oggettive per categorie di beni nonché la necessità che i beni medesimi siano stati assegnati per finali-

tà istituzionali e la restituzione possa pregiudicare l'interesse pubblico.

Con la trasposizione del testo dell'art. 16, l. 13 settembre 1982, n. 646, (abrogato dall'art. 120) nell'art. 78 del codice antimafia, nulla cambia in tema di intercettazioni telefoniche autorizzate dal procuratore della Repubblica ai fini del controllo del rispetto delle misure di prevenzione disposte.

Risvolti interessanti scaturiscono dalla disciplina transitoria laddove è previsto che le disposizioni sulle misure di prevenzione non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del codice antimafia, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione; in tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti (art. 117, comma 1). Eventuali innovazioni apportate dal codice antimafia non potranno che riguardare le proposte future; viene, in questo modo, messo in discussione il caposaldo giurisprudenziale in virtù del quale le misure di prevenzione, in quanto diverse dalle norme incriminatrici, non sarebbero interessate dal principio di irretroattività della legge (Cfr. Cass., sez. II, 1 settembre 2009, n. 33597).

Il 15 marzo 2012 sono entrati in vigore i d.p.r. nn. 233, 234 e 235 del 15 dicembre 2011 (*Gazz. Uff.*, 29 febbraio 2012, n. 50) contenenti i regolamenti previsti dall'art. 113 del codice antimafia per l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Novità sovranazionali / *Supranational News*

VALERIA FRANCESCA METTICA

L'interesse delle istituzioni europee alla creazione di una piattaforma giuridica comune si sta rivelando specie nelle convenzioni di settore, che prendono in considerazione specifici obiettivi di tutela, sia prevedendo misure e sanzioni penali, sia regolando alcuni aspetti coinvolgenti più direttamente profili processuali, oltre a disciplinare specifici impegni di cooperazione internazionale. È in quest'ottica che vanno inquadrare le due ultime Convenzioni del Consiglio d'Europa: la *Convenzione sulla contraffazione di prodotti medicali e simili reati che comportino minacce alla salute pubblica* (CETS N. 211), aperta alla firma a Mosca, il 28 ottobre 2011 e la *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (CETS N. 210), aperta alla firma a Istanbul, l'11 maggio 2011. Mentre della più recente si darà conto nel prossimo numero della Rivista, ora ci si sofferma sulla prima, che si segnala per diverse norme di rilievo processuale penale.

* * *

La *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, che consta di 81 articoli, è stata sottoscritta (al 31 marzo 2012) da 17 Stati, ma – ed è singolare – non ancora dall'Italia.

Essa si propone di creare una base giuridica pan-europea di riferimento, promuovere la cooperazione internazionale nonché efficaci politiche e conformi programmi d'intervento,

nella prospettiva di eliminare ogni forma di discriminazione e di garantire la protezione delle donne da ogni tipo di violenza, prevenendo e perseguendo la violenza contro le donne e la violenza domestica in generale, e assicurando l'assistenza delle vittime di tali violenze (art. 1).

A tal fine, per quanto rileva sotto il profilo sostanziale, il capitolo V della Convenzione (artt. 29-48) prevede, fra l'altro, l'obbligo per gli Stati contraenti di adottare misure legislative o di altro tipo affinché una serie di condotte indicate dalla Convenzione stessa siano punibili con sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive, che tengano conto della loro gravità», comprendendovi anche eventuali pene detentive. Le fattispecie considerate sono: violenza psicologica (art. 33), *stalking* (art. 34), violenza fisica (art. 35), violenza sessuale, compreso lo stupro (art. 36), matrimonio forzato (art. 37), mutilazioni genitali femminili (art. 38), aborto forzato o sterilizzazione forzata (art. 39), molestie sessuali (art. 40). In particolare, si segnala la necessità di adottare tutte le misure necessarie per evitare che nel procedimento penale relativo alla commissione di qualsiasi atto di violenza previsto dalla Convenzione venga addotto come causa di giustificazione un fattore culturale, sociale, religioso, legato a tradizioni o “d'onore” (art. 42).

La Convenzione, oltre ad alcune norme relative alla giurisdizione competente a perseguire i reati in discorso (art. 44), presenta, poi, nel

Capitolo VI norme di carattere processuale (artt. 49-58).

In particolare, la Convenzione si pone quale obiettivo impedire che agli episodi di violenza domestica o di violenza contro le donne venga assegnato un basso livello di priorità delle indagini, tale da comportare un diffuso senso di impunità rispetto a tali condotte. Si richiede, quindi, agli Stati contraenti, la predisposizione di misure volte ad assicurare l'effettività e la tempestività delle indagini e del procedimento penale, garantendo, nel contempo, il pieno rispetto dei diritti dell'accusato e della vittima durante tutte le fasi del processo (art. 49). L'importanza di tale previsione è strettamente connessa, oltre all'esigenza di assicurare la conservazione delle prove, alla assoluta necessità di evitare, per quanto possibile, di aggravare il trauma subito dalla vittima al momento dell'aggressione.

La grande attenzione rivolta alla tutela della vittima emerge altresì dalle disposizioni che richiedono agli Stati contraenti di predisporre un sistema normativo che sia concretamente in grado di offrire adeguata e immediata protezione alla vittima (art. 50).

A tal proposito, nel Rapporto esplicativo alla Convenzione, si suggerisce l'adozione di misure operative tra le quali, ad esempio, l'ascolto della vittima da parte di personale con formazione specifica, eventualmente di sesso femminile, incaricato di stabilire un rapporto di fiducia tra l'operante e la vittima stessa (§ 258).

Gli Stati contraenti, inoltre, dovrebbero adottare le necessarie misure affinché le autorità competenti possano valutare la gravità del caso, in particolare i rischi di morte e di reiterazione dei comportamenti violenti, provvedendo, se necessario, a una adeguata protezione e un opportuno sostegno della persona offesa dal reato (art. 51). È fondamentale che nella valutazione dei rischi si consideri la circostanza del possesso – anche legittimo – di armi da fuoco da parte dell'autore delle violenze: il fa-

cile accesso alle armi, infatti, oltre a costituire un potente mezzo di controllo della vittima, amplifica notevolmente il rischio di *escalation* della violenza, che non di rado culmina nella morte della persona offesa. La normativa interna dei Paesi contraenti, quindi, dovrebbe assicurare la possibilità di una confisca immediata delle armi in possesso del colpevole e la predisposizione di un piano di protezione al fine di garantire la sicurezza della vittima. Tale piano, da un lato, deve essere attuato con modalità tali da evitare assolutamente la vittimizzazione secondaria della persona offesa dal reato, con conseguente aggravamento del trauma già subito; dall'altro lato, in ogni sua fase di esecuzione, deve rispettare i diritti fondamentali dell'accusato.

In situazioni di emergenza o di pericolo imminente, il modo più efficace per proteggere la vittima di violenza domestica e garantirne la sicurezza si sostanzia in misure urgenti dirette all'allontanamento dell'aggressore dall'abitazione della vittima o dal divieto di accedervi (art. 52). Il rapporto esplicativo della stessa Convenzione (§ 264) suggerisce, in luogo della collocazione in una struttura protetta della vittima, che può avere figli di minore età, l'allontanamento dell'aggressore dalla casa familiare, che resterebbe così a disposizione della persona offesa.

La Convenzione contempla ordinanze di ingiunzione o di protezione (art. 53), che possono essere richieste dalla stessa parte offesa, anche a prescindere dall'incardinamento di un procedimento civile o penale, senza eccessivi oneri amministrativi o economici per la vittima, per un periodo di tempo determinato.

Nel Rapporto esplicativo si suggerisce che gli Stati considerino l'opportunità di permettere la presentazione della richiesta di applicazione della misura restrittiva e/o protettiva anche a persone diverse dalla vittima (§ 276). Ciò al fine di tutelare le vittime più vulnerabili, che potrebbero esitare nella richiesta per paura di ritorsioni o per ragioni emotive e di

attaccamento nei confronti dell'aggressore; tale eventualità s'impone, peraltro, qualora si tratti di vittima incapace – anche temporaneamente – o minore d'età.

Gli Stati debbono poi predisporre le necessarie misure che assicurino sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, anche se non necessariamente di natura penale, nel caso di violazione delle ordinanze di ingiunzione o di protezione. Nel Rapporto esplicativo alla Convenzione (§ 268) si chiarisce che i provvedimenti restrittivi, diretti a proibire o prescrivere determinati comportamenti all'aggressore, rappresentano misure di natura preventiva o protettiva, previste al fine di garantire un rimedio giuridico tempestivo per la sicurezza delle persone a rischio (imminente) di subire violenza, e non costituiscono misure di carattere sanzionatorio.

Per quanto concerne il regime probatorio – nei procedimenti civili o penali – le prove relative alle abitudini sessuali e alla condotta della vittima possono essere ammesse soltanto quando siano «pertinenti e necessarie» (art. 54).

Considerata la particolare gravità e specifica natura (art. 55), la procedibilità per i reati di violenza fisica, violenza sessuale, compreso lo stupro, matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, e procurato aborto o sterilizzazione forzata, non può essere totalmente rimessa alla parte offesa: si prevede così che il procedimento possa essere iniziato o possa proseguire anche se la vittima dovesse ritrattare le dichiarazioni accusatorie o rimettere la querela. In proposito, nel Rapporto esplicativo (§ 280) si sottolinea che, nel caso di reati che comportino gravi danni all'integrità fisica della persona, o che addirittura sfociano nella morte della vittima, la procedibilità debba essere necessariamente d'ufficio.

La protezione delle vittime e dei testimoni deve essere garantita in ogni stato e grado del procedimento. In particolare, è necessario: assicurare la protezione anche ai familiari delle persone esposte a rischio di atti intimidatori

o ritorsioni; avvisare immediatamente le persone a rischio qualora l'aggressore sia evaso o rilasciato, anche temporaneamente; informare le vittime del procedimento, dei diritti e del loro ruolo, nonché dei servizi di cui possono usufruire; garantire un'assistenza adeguata, se del caso, anche attraverso la presenza di un interprete; predisporre sistemi e procedure che consentano l'audizione della parte offesa, senza che sia fisicamente presente o senza la presenza dell'accusato; assicurare misure dirette a tutelare la riservatezza della vittima (art. 56). Si tratta, secondo quanto si legge nel Rapporto esplicativo (§ 283), di un elenco di misure non esaustivo, ma puramente indicativo e suscettibile d'integrazione.

Si sottolinea poi la necessità di garantire alla vittima il diritto all'assistenza legale e al gratuito patrocinio, alle condizioni previste dall'ordinamento interno (art. 57).

La Convenzione, infine, richiede la previsione, riguardo ai reati di violenza sessuale, matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, procurato aborto e sterilizzazione forzata, di un termine di prescrizione «sufficiente e proporzionale» alla gravità del reato per consentire, quando la vittima sia minorenni, ogni determinazione relativa al procedimento penale dopo il raggiungimento della maggiore età (art. 58). Questa previsione è chiaramente volta a concedere al minore, vittima di violenze o abusi, il tempo necessario alla rielaborazione del trauma subito al fine di una decisione più consapevole circa la volontà di proposizione della querela.

Quanto ai profili di cooperazione internazionale, quali principi generali (art. 62) si riconoscono, innanzitutto, gli impegni a «prevenire, combattere e perseguire» ogni forma di violenza in esame, a proteggere ed assistere le vittime, a svolgere indagini e a perseguire i reati indicati dalla Convenzione, e ad eseguire le sentenze civili e penali e i provvedimenti di protezione pronunciati dalle autorità giudiziarie degli Stati Parte alla Convenzione. Inol-

tre, si contempla l'adozione di misure volte a garantire che le vittime di un reato previsto dalla Convenzione e commesso sul territorio di uno Stato diverso da quello in cui risiedono, possano presentare denuncia presso le autorità dello Stato di residenza. Posto che, nell'ipotesi di assenza di un trattato di estradizione, di assistenza o di esecuzione di decisioni straniere, la Convenzione in discorso si prospetta come «base giuridica» di cooperazione internazionale per gli Stati Parte, si sollecita anche l'impegno a concludere accordi bilaterali o multilaterali con Paesi terzi, al fine di facilitare e rendere concretamente effettiva la tutela le vittime dei reati di violenza domestica.

Ancora, si segnala la disposizione che sollecita uno Stato Parte, nel caso abbia fondato

motivo di ritenere che una persona possa essere immediatamente esposta al rischio di essere vittima, nel territorio di un altro Stato Parte, dei reati di violenza sessuale, matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, procurato aborto o sterilizzazione forzata, a trasmettere tempestivamente l'informazione, al fine di consentire l'adozione delle adeguate misure di protezione (art. 64).

Da ultimo, è prevista sia un'attività informativa fra gli Stati relativamente alle misure di cooperazione internazionale (art. 64), sia l'istituzione di un gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO), al fine di vigilare sull'attuazione della Convenzione da parte degli Stati contraenti.

De jure condendo

MARCELLO D'AIUTO

È all'esame dell'Assemblea della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 2094 - *«Definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto»*.

Il progetto di legge ha lo scopo dichiarato di alleggerire il carico giudiziario, evitando la verifica processuale in ipotesi che, pur foriere di un disvalore penalmente apprezzabile, in concreto non giustificano lo svolgimento del processo.

I parametri a cui ancorare la valutazione della "tenuità" dovrebbero essere la «modalità della condotta», la sua «occasionalità» e l'«esiguità delle sue conseguenze dannose o pericolose». In particolare, nel primo ambito esegetico, rientrerebbe anche la valutazione dell'elemento soggettivo del reato, da ricostruire insieme agli elementi di fatto esplicativi della condotta. La condotta, poi, non sarebbe occasionale quando l'imputato sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero quando abbia commesso (in precedenza o successivamente) altri reati della stessa indole, anche se ciascun fatto è stato ritenuto di particolare tenuità. Il terzo parametro, viceversa, dovrebbe ancorare la valutazione dell'autorità giudiziaria a tutte le possibili conseguenze lesive del reato, sia nei reati di danno che in quelli di pericolo.

L'istituto della «particolare tenuità del fatto», quale modalità di definizione del processo, del resto, non è nuovo all'ordinamento perché già sperimentato con successo sia nel procedi-

mento minorile che nel procedimento davanti al giudice di pace.

Il d.d.l. in parola si componeva inizialmente di soli quattro articoli, che prevedevano la definizione del procedimento a seconda della fase in cui sarebbe venuta in rilievo la condizione prevista. Del tutto assenti nella versione iniziale della proposta erano le prerogative della persona offesa e del danneggiato dal reato. L'eventuale sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per la particolare tenuità del fatto, non avrebbe avuto, del resto, effetto vincolante nei giudizi civili di danno, così da non pregiudicare i loro diritti risarcitori.

Il testo, però, ha subito in Commissione significative modifiche. Sono rimasti inalterati i cardini del progetto di legge ovvero la possibilità che l'istituto in parola si espliciti in ogni fase del procedimento. L'art. 1, infatti, rinviando al nuovo art. 530-*bis* c.p.p., introduce tra gli obblighi di immediata declaratoria delle cause di non punibilità di cui al comma 1 dell'art. 129 c.p.p. l'ulteriore ipotesi di proscioglimento per particolare tenuità.

La stessa dizione è impiegata dal legislatore anche per integrare l'art. 425 c.p.p. Il giudice dell'udienza preliminare, valutata la condotta e la sua portata offensiva, qualora riscontri la sua limitata conseguenza lesiva, dovrebbe emettere sentenza di non luogo a procedere.

Per quanto attiene alla fase del giudizio, l'art. 3 del d.d.l. in oggetto introduce uno specifico

articolo con riferimento all'ipotesi di proscioglimento «per particolare tenuità del fatto» fissando i parametri a cui ancorare la valutazione. A norma di quello che dovrebbe essere il già richiamato art. 530-bis c.p.p., «il giudice pronuncia sentenza di proscioglimento quando, per le modalità della condotta, la sua occasionalità e l'esiguità delle sue conseguenze dannose o pericolose, il fatto è di particolare tenuità. La condotta può essere ritenuta non occasionale solo quando il suo autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso, in precedenza o successivamente, altri reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, per le modalità della condotta e l'esiguità delle sue conseguenze dannose o pericolose, sia di particolare tenuità».

Del tutto rinnovata rispetto al testo originario della proposta, è, invece, la disciplina che riguarda il contenuto e l'efficacia delle sentenze emesse per particolare tenuità. A norma dell'art. 5 del d.d.l. in oggetto, che dovrebbe modificare l'art. 538 c.p.p., il giudice, anche quando pronuncia sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, «decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli articoli 74 e seguenti». Contemporaneamente, l'art. 7, modificando l'art. 651 c.p.p., attribuisce alle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto «efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti [...] o del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale».

Altra modifica di rilievo attiene alla possibilità che il procedimento possa essere definito già nella fase delle indagini preliminari. Inizialmente, l'art. 4 prevedeva la novella dell'art. 125 norme att. c.p.p. nei termini seguenti: «il

pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione anche quando per le modalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa, il fatto è di particolare tenuità». La versione definitivamente approvata in Commissione, viceversa, non contiene la previsione appena citata, ma si propone di modificare l'art. 408 c.p.p. introducendo il comma 3-bis, così da prevedere che la persona offesa, anche qualora non lo abbia espressamente domandato, riceva, a cura del pubblico ministero, l'avviso della richiesta di archiviazione per essere il fatto di particolare tenuità. La modifica all'originaria versione del progetto di legge ben si comprende alla luce della complessiva rivisitazione del contenuto e degli effetti della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto. La persona offesa, infatti, può avere interesse a che il procedimento non si concluda nella fase delle indagini, stante la possibilità che il giudice, all'esito del giudizio, pur prosciogliendo l'imputato, decida sulle pretese risarcitorie della parte civile.

Il d.d.l. in esame, così come modificato in Commissione, con finalità di coordinamento con quanto già previsto dagli istituti omologhi, prevede modifiche anche in relazione al procedimento minorile ed al rito penale dinanzi al giudice di pace.

In relazione al primo, l'art. 9 recepisce nell'art. 27, comma 4, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 quanto già statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza 9 maggio 2003, n. 149, prevedendo che il giudice possa pronunciare d'ufficio sentenza di non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto anche nel dibattimento e non solo all'esito dell'udienza preliminare ovvero del giudizio immediato o direttissimo.

Per quanto attiene, poi, il giudizio dinanzi al giudice di pace, l'attuale disciplina, all'art. 34, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, prevede che, nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non dover-

si procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento (comma 2). Se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono (comma 3). L'art. 10 del d.d.l. in esame contempla l'abrogazione dell'art. 34, d.lgs. n. 274 del 2000, così da applicare anche ai procedimenti davanti al giudice di pace la disciplina generale sulla particolare tenuità introdotta nel c.p.p.

* * *

È stata assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la proposta di legge C. 4871, recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di sanzioni per la produzione, il traffico e la detenzione illeciti di stupefacenti e sostanze psicotrope, di misure cautelari, di concorso di circostanze e recidiva, nonché di esecuzione della pena e di affidamento in prova, nei confronti dei tossicodipendenti o alcoolodipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici*».

Il provvedimento in questione ha la finalità dichiarata di ridurre le ipotesi di detenzione di chi fa mero uso di sostanze stupefacenti. Si legge nella Relazione di accompagnamento al d.d.l., infatti, che la conseguenza della l. 21 febbraio 2006, n. 49, che - convertendo con modificazioni il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 - modificava sostanzialmente il t.u. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, è stata quella di aumentare la repressione ma puntando "al basso": è aumentata la percentuale dei tossicodipendenti ristretti in carcere ma sono diminuiti i sequestri di sostanze. Quasi la metà ormai della popolazione carceraria è composta da piccoli spacciatori o, sovente, da consumatori di droghe per i quali la rie-

ducazione e il reinserimento sono difficilissimi se non impossibili, al contrario di quanto prescritto dall'art. 27 Cost. La situazione critica delle carceri italiane, poi, rende improrogabile un intervento normativo volto a ridurre le ipotesi di detenzione in carcere, rafforzando le misure di prevenzione e di intervento terapeutico, tese anche al reinserimento sociale.

A tale scopo, l'art. 2 del progetto di legge in parola si propone di inserire nel d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, l'art. 73-bis. La norma ridurrebbe la pena alla reclusione da sei mesi a tre anni nel caso in cui «per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dall'articolo 73 sono di lieve entità». Nella stessa ipotesi, a norma del comma 2 della stessa previsione, non sarebbero applicabili ulteriori circostanze attenuanti o aggravanti e non opererebbe, come circostanza aggravante, la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p., che, comunque, non ostacolerebbe nemmeno il riconoscimento dell'ipotesi di «lieve entità». La previsione più rilevante è, però, il comma 3 che attribuisce al giudice, nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta della parti, a norma dell'art. 444 c.p.p., la possibilità di sostituire la detenzione con il lavoro di pubblica utilità. In deroga all'art. 54 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, il lavoro di pubblica utilità potrebbe avere, in tali ipotesi, anche durata corrispondente a quella della misura detentiva sostituita. Secondo il comma 4, sarebbe il magistrato di sorveglianza a determinare in concreto le modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità ed eventualmente, in caso di mancato rispetto delle prescrizioni imposte, a decidere sulla revoca della misura e la ridefinizione della pena ancora da eseguire, «tenuto conto, da un lato, dell'impegno manifestato nel periodo di esecuzione del lavoro di pubblica utilità e, dall'altro lato, della gravità delle inadempienze agli obblighi connessi alla stessa misura».

L'art. 3 del d.d.l. in oggetto, modifica, poi, l'art. 89 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 con riferimento specifico all'applicazione delle misure cautelari nel caso di imputati tossicodipendenti. Nello specifico, il comma 1 introduce un vero e proprio divieto per il giudice. Questi, «quando è imputata una persona tossicodipendente o alcooldipendente che ha in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per le tossicodipendenze, ovvero nell'ambito di una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116», e non sussistano esigenze cautelari di particolare rilevanza, «non può disporre la custodia cautelare in carcere, ma può, ove lo ritenga necessario, applicare gli arresti domiciliari o un'altra misura cautelare». Qualora, poi, una persona tossicodipendente o alcooldipendente, in stato di custodia cautelare in carcere, ritenga di sottoporsi ad un programma di recupero, il giudice «può revocare la misura della custodia cautelare in carcere o, ove lo ritenga necessario, sostituirla con quella degli arresti domiciliari o con altra misura cautelare». Ai sensi del comma 2-bis «i servizi pubblici per le tossicodipendenze, attraverso un nucleo di operatori distaccati presso lo stesso tribunale segnalano, al giudice procedente, su richiesta degli interessati o di ufficio, nei casi di cui al comma 1, lo svolgimento del programma terapeutico in corso» e nel caso di custodia cautelare in carcere prendono in carico la persona tossicodipendente o alcooldipendente e segnalano immediatamente i singoli casi al nucleo operativo presso ogni tribunale. Al riguardo, «i tribunali mettono a disposizione dei servizi pubblici per le tossicodipendenze i locali necessari per il funzionamento dei nuclei operativi».

L'art. 7, infine, si propone di novellare l'art. 656 c.p.p. relativo all'esecuzione delle pene detentive. In particolare, la norma consentirebbe la sospensione dell'esecuzione anche nei confronti dei condannati ai quali è stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma

4, c.p., qualora sia applicata la misura alternativa alla detenzione prevista dall'articolo 94 del t.u. di cui al d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309.

* * *

Al cospetto della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati è altresì la proposta di legge C. 4977, recante «*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di richiesta del giudizio abbreviato da parte del difensore*».

L'iniziativa legislativa si propone di consentire al difensore la scelta tecnica processuale ritenuta più favorevole e, al contempo, di conseguire una ragionevole riduzione dei tempi processuali e dei conseguenti costi. In altre parole, si vuole attribuire al difensore, anche d'ufficio, la facoltà di chiedere il giudizio abbreviato, prerogativa oggi riservata all'imputato ovvero al suo procuratore speciale.

Se è data facoltà al difensore di acconsentire l'acquisizione al dibattimento del contenuto del fascicolo del pubblico ministero anche in assenza di procura speciale, e conseguentemente di rinunciare al diritto di controesame i testimoni - si legge nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. in parola -, ne deriva che la scelta di esaminare o di non esaminare è tecnica, a valutazione del difensore: pertanto, non si comprende perché la stessa facoltà il difensore non possa esercitarla dopo il rinvio a giudizio ovvero in sede di udienza preliminare, allo stato degli atti.

La proposta di legge si compone di un solo articolo, ma è tesa a modificare ben cinque articoli del codice di procedura penale ovvero gli artt. 415-bis, 419, 438, 458 e 552, il tutto finalizzato a consentire al difensore di richiedere il giudizio abbreviato per l'imputato senza la necessità di munirsi della procura speciale.

Il comma 1, infatti, novellando l'art. 415-bis, introdurrebbe un nuovo avvertimento per il quale, «in caso di richiesta di rinvio a giudi-

zio, il procedimento potrà essere definito con giudizio abbreviato anche a semplice richiesta del difensore di nomina o d'ufficio».

Lo stesso avvertimento dovrà essere contenuto anche nell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare di cui all'art. 419 c.p.p.

Naturalmente l'incidenza maggiore il d.d.l. C. 4977 l'avrebbe in relazione all'art. 438 c.p.p. ed ai presupposti del giudizio abbreviato. Nello specifico non sarebbe più il solo imputato legittimato a richiedere il rito alternativo

ovvero il suo procuratore speciale, come oggi previsto dal codice, ma anche il suo difensore, sia esso di fiducia o d'ufficio.

Infine, la lettera *e*) dell'unico articolo del citato progetto di legge si propone di novellare anche l'art. 552 c.p.p. relativo alla citazione diretta a giudizio ed al relativo decreto di citazione. Lo stesso, infatti, dovrebbe contenere l'avviso per l'imputato che il difensore possa chiedere, in sua «sostituzione e vece», il rito abbreviato.

Corti europee / *European Courts*

ALESSIO SCARCELLA

Prima di analizzare le decisioni più recenti della Corte e.d.u. e della Corte di Giustizia U.E. che presentano riflessi processuali significativi, merita in via preliminare di essere segnalato il contributo di studio ed approfondimento offerto dalla Suprema Corte di Cassazione, costituito dalla Relazione tematica elaborata dall'Ufficio del Ruolo e del Massimario riguardante i rapporti tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU (*Rel. n. 104 del 22/12/2011*, accessibile e scaricabile in formato pdf sul sito della Corte Suprema www.cortedicassazione.it) che integra la precedente *Rel. n. 65 del 7 luglio 2011* (v., in questa *Rivista*, n. 6/2011, p. 23 ss.).

* * *

Passando, dunque, ad esaminare le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo aventi particolari riflessi sul processo penale italiano, meritano anzitutto di essere segnalate alcune decisioni della Corte medesima sul tema del trattamento carcerario, di estremo interesse per il nostro Paese, in cui ferve il dibattito sul recente provvedimento legislativo (noto come "svuota carceri") tra i cui scopi rientra anche l'umanizzazione della fase espiativa della condanna (d.l. 22 Dicembre 2011, n. 211, recante "*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*", conv. con modd. in L. 17 Febbraio 2012, n. 9).

Con una prima sentenza (Corte e.d.u., *Req. n. 42921/09, Feldman c. Ucraina* (n. 2), 12 gennaio 2012), la Corte si è pronunciata sui diritti del detenuto in custodia cautelare, in particolare per quel che riguarda i diritti a mantenere contatti con la famiglia e a beneficiare di assistenza spirituale.

In breve, la vicenda. Il ricorrente è un cittadino ucraino che nell'aprile 2002 era stato condannato per avere distratto dei fondi con abuso della propria qualifica di direttore generale e maggiore azionista di una banca. Con il proprio ricorso egli lamentava di non essere mai stato autorizzato a ricevere visite durante il periodo di custodia cautelare, né di avere ottenuto il permesso di recarsi al funerale del padre. Di religione ebraica, poi, più volte avrebbe invocato l'assistenza spirituale di un rabbino: richiesta, questa, che gli era sempre stata negata.

Orbene, con la sentenza del 12 gennaio 2012 la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la duplice violazione dell'art. 8 Cedu (*diritto al rispetto della vita individuale e familiare*) nei due dinieghi opposti dall'amministrazione carceraria al ricorrente di avere visite e di recarsi al funerale del padre. Circa il rifiuto a fornire l'assistenza spirituale richiesta – integrante, ladove dimostrato, violazione dell'art. 9 Cedu sulla libertà religiosa – la Corte ha rilevato che la domanda non era abbastanza circostanziata, non potendosi collocare cronologicamente l'asserita infrazione, né essendoci la prova di una pluralità di altri dinieghi, simili a quello

lamentato, tali da costituire una serie rilevante a dimostrare l'effettiva e indebita compressione dei diritti del detenuto.

Sempre sul tema della detenzione carceraria e, più specificamente, su quello della protezione di salute e benessere dei detenuti, con particolare attenzione all'eventualità che gli stessi compiano atti di autolesionismo, si è di recente pronunciata la Corte di Strasburgo, ritenendo violato l'art. 2 della Convenzione sotto il profilo della completezza, efficienza e indipendenza delle indagini (Corte edu, *Req.* n. 23944/04, *E.-P. c. Repubblica Ceca*, 16 febbraio 20129).

In sintesi, i fatti. V.P., indagato per rapina, veniva condotto presso la locale stazione di polizia per accertamenti; lì, non ammanettato, aveva raggiunto la finestra della stanza nella quale gli agenti stavano procedendo all'identificazione e si è lanciato nel cortile; ricoverato in ospedale, è morto il giorno seguente.

Nei fatti riassunti, la Corte e.d.u. ha rilevato la violazione dell'art. 2 della Convenzione, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale. In particolare, i giudici hanno evidenziato che lo Stato ha l'obbligo di proteggere quanti si trovano sotto custodia di polizia o in stato detentivo, dovendo, pertanto, adottare le cautele necessarie a minimizzare il rischio di atti, compiuti dagli stessi prevenuti, idonei a cagionare lesioni alla propria integrità fisica o, addirittura, la propria morte.

Quanto all'infrazione sul piano formale, le investigazioni sul caso sono state giudicate inefficienti; torna in evidenza, tra l'altro, il problema dell'indipendenza dell'inquirente rispetto all'indagato (con riferimento all'Italia, si ricordi il caso *Alikaj del marzo 2011*) visto che gli accertamenti sui fatti sono stati compiuti dallo stesso corpo di polizia cui appartenevano gli inquisiti.

Altra decisione meritevole di attenzione, soprattutto perché assunta in coincidenza con l'approvazione, nel nostro ordinamento, del c.d. decreto "svuota carceri", è quella pronun-

cia della Corte di Strasburgo sul tema delle condizioni di permanenza dei detenuti in carcere (Corte edu, *Req.* n. 30268/03, *D.S. c. Russia*, 1 marzo 2012).

La vicenda processuale in sé è banale: il ricorrente, detenuto per omicidio, ha lamentato lo stato – definito come "spaventoso" – del carcere di San Pietroburgo, ove ha trascorso gli anni dal 1998 al 2003 e, tra le altre cose, a cagione le pessime condizioni igieniche ha contratto la tubercolosi; a causa di ciò la Corte ha condannato la Russia sulla base della violazione dell'art. 3 Cedu (divieto di trattamenti inumani e degradanti). Ancora una volta le difficili condizioni di prigionia – siano esse determinate dal sovraffollamento, dalla mancanza di igiene o da entrambi i fattori – hanno indotto i giudici della Corte europea dei diritti umani alla condanna degli Stati Parte della Convenzione.

È un problema noto anche all'Italia che, davanti alle decisioni della Corte europea, alle mozioni di certe parti politiche e alle proteste di talune associazioni in difesa dei detenuti, si interroga continuamente su quali possano essere i rimedi più idonei a fronteggiare la precaria situazione delle carceri nazionali, ormai al collasso, e dei detenuti, anche (e forse soprattutto) per riportare la pena nell'alveo dell'umanità e assicurarle quel fine rieducativo previsto dalla Costituzione.

* * *

Altro tema di interesse, nuovamente affrontato di recente dalla Corte di Strasburgo, è quello concernente il delicato tema del processo contumacia (Corte edu, *Req.* n. 39206/07, *S. c. Bulgaria*, 31 gennaio 2012).

La vicenda può essere così sintetizzata. Durante una festa, il ricorrente (S.), in stato di ubriachezza e accecato dalla gelosia, uccideva la sua ragazza, costringendo successivamente uno dei testimoni a seguirlo fuori città; da quel momento si perdevano le sue tracce e le inda-

gini svolte al fine di rintracciarlo non davano esito positivo. A carico di S. veniva aperto un procedimento penale per omicidio e minacce; l'atto di citazione a giudizio gli veniva notificato presso il domicilio ufficiale, ma tornava inevaso all'organo giurisdicente (Tribunale regionale di Haskovo) con una dichiarazione del padre secondo cui S. avrebbe lasciato la casa familiare due anni prima. Ulteriori indagini rappresentavano poi che il ricorrente non era in carcere e non aveva lasciato il Paese. Il ricorrente S. subiva, così, condanna in contumacia a sedici anni di reclusione con obbligo di risarcire la madre della vittima, costituitasi parte civile; due anni dopo, essendo ricercato per altre pendenze, veniva tratto in arresto. Dopo quattro mesi di detenzione, chiedeva la riapertura del procedimento, sostenendo di esserne venuto a conoscenza solo al momento dell'arresto: egli affermava di avere subito una condanna ingiusta, lamentando il mancato compimento di una perizia psichiatrica che dimostrasse il suo stato mentale al momento dei fatti; S., inoltre, rappresentava l'inidoneità della difesa prestata dall'avvocato d'ufficio, che nemmeno aveva proposto appello contro la condanna. L'istanza in parola era rigettata: secondo il diritto bulgaro la riapertura del processo è ammissibile solo se l'ignoranza del giudizio non sia imputabile all'accusato; circostanza, questa, insussistente nel caso di S.: la fuga dopo il delitto e l'assenza di ogni informazione circa i suoi spostamenti avrebbero, infatti, integrato una rinuncia spontanea ai suoi diritti di parte.

In sede europea, il ricorrente ha sostenuto la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, Cedu, reclamando il mancato rispetto del diritto di difesa *sub species* di: a) diritto a presenziare al processo; b) diritto a una difesa effettiva (posto che il difensore d'ufficio non ha impugnato la sentenza di condanna); c) mancata possibilità di ottenere la riapertura del processo a causa del diritto interno e dell'interpretazione data dalla Corte di Cassazione bulgara.

Secondo i giudici di Strasburgo, la fuga dalla scena del crimine non basta di per sé ad affermare la conoscenza, da parte dell'imputato, di indagini a suo carico. In caso di processo in contumacia occorrono fatti oggettivi e inequivocabili per sostenere una tale consapevolezza e, per converso, per avere certezza dell'effettiva rinuncia alla difesa. Nel caso di S., la Corte ha poi evidenziato che il ricorrente era già ricercato per altri crimini, non potendo sapere se si stesse celebrando il processo per omicidio e minacce, o un giudizio per altro dei delitti addebitatigli.

La sentenza in parola richiama, nelle sue motivazioni, *Sejdovic c. Italia* (1 marzo 2006), in cui si è stabilito il principio di diritto secondo il quale ogni soggetto condannato in un procedimento in cui è assente, ha il diritto di essere giudicato sul merito dell'accusa dopo essere stato ascoltato, tranne che non sia stata accertata la sua rinuncia al diritto di comparire e di difendersi.

* * *

Merita di essere segnalata, in relazione alla violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Convenzione), altra decisione che ne ha ritenuto la violazione sotto il profilo dell'effettività e completezza delle indagini (Corte edu, *Req. n. 22150/04*, *V. c. Russia*, 14 febbraio 2012).

La vicenda è così sintetizzabile. Il ricorrente, V.V., è attualmente detenuto per omicidio e furto con scasso; durante il periodo di custodia cautelare fu costretto dagli agenti di polizia penitenziaria a uscire dalla propria cella e, tradotto in un bosco, fu pestato e indotto a confessare i reati di cui era accusato e a firmare alcuni documenti. V.V. denunciò questi fatti e chiese la consulenza di un esperto che verificasse la compatibilità di quanto da lui affermato con le lesioni effettivamente riportate; senza attendere l'esito dell'esame, il pubblico ministero decise di non esercitare l'azione pe-

nale, ritenendo la notizia di reato non sufficientemente fondata. Va dato atto che la versione di V.V. fu smentita da altri due detenuti oltre che da un medico dell'ospedale: i primi negarono che il ricorrente avesse subito violenze, mentre il sanitario sostenne che V.V. gli riferì di essere caduto in casa. Il consulente – il cui rapporto, però, fu successivo al mancato esercizio del potere persecutorio – confermò la versione di V.V. sui pestaggi sofferti; ciononostante, però, l'inchiesta non fu riaperta e a nulla servì la lettera di uno dei detenuti già escussi, che affermò di avere dichiarato il falso circa la vicenda in parola. Nel 2001 la Corte regionale di Yaroslavl condannò il ricorrente per entrambi i reati di cui era imputato (furto aggravato e omicidio) a vent'anni di reclusione; vani furono i tentativi di appello: i tribunali superiori confermarono il verdetto (peraltro in un caso né V.V., né il suo difensore furono notiziati della data di un'udienza). Il caso è stato riaperto solo nel 2009, dopo che il governo russo fu informato del ricorso di V.V. alla Corte di Strasburgo: in quell'occasione, per la prima volta, la Corte distrettuale ha riconosciuto gli errori commessi, ordinando alla Procura di rivedere le sue precedenti determinazioni. Attualmente, però, Stato e ricorrente non hanno fornito notizie in ordine al nuovo procedimento.

La Corte ha individuato nei fatti sopra delineati la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 3 Cedu. Secondo i giudici europei è stato, infatti, provato che durante il periodo detentivo il ricorrente ha subito i trattamenti descritti: la consulenza, le cartelle cliniche dell'ospedale e la lettera dell'altro detenuto hanno confermato i fatti da lui denunciati. I giudici europei hanno operato una presunzione di ascrivibilità delle lesioni all'istituto detentivo, visto che il ricorrente ha riportato tali ferite durante la custodia cautelare e che era onere della direzione carceraria fornire giustificazioni alternative: a fronte della mancata contestazione della lettera e in assenza di

spiegazioni sul punto, la Corte ha, quindi, ritenuto veritiera la versione di V.V.

I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto anche una violazione di carattere procedurale. Sui fatti denunciati dal ricorrente l'Autorità russa non ha compiuto indagini effettive (*id est*, indipendenti, imparziali e tali da coinvolgere la vittima nel compimento delle stesse, almeno in misura idonea a garantirle la tutela dei suoi interessi). La Corte ha considerato di enorme gravità: a) il fatto che le indagini non siano state riaperte a seguito della consulenza; b) la circostanza che i giudici non abbiano tenuto conto del parere dell'esperto e non abbiano censurato il *modus operandi* degli inquirenti. A fronte di ciò, a poco serve la riapertura delle indagini, avvenuta nel 2010 e, quindi, diversi anni dopo la violazione dei diritti fondamentali del ricorrente.

La decisione in esame assume rilevanza anche per il nostro Paese, inserendosi tra quelle pronunce in cui la Corte di Strasburgo ha chiarito che cosa debba intendersi per indagini effettive e in che modo l'attività di inquirenti e giudici debba essere di ausilio alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (per l'Italia, si pensi alle sentenze *Giuliani e Alikaj*, entrambe del marzo 2011).

* * *

Con altra decisione la Corte edu si è interrogata sulla valenza dell'art. 5, § 1, Cedu, con riferimento a risvolti assai particolari della libertà personale (Corte edu, *Req.* n. 39692/09, 40713/09 e 41008/09, *A. c. Regno Unito*, 15 marzo 2012).

La vicenda in fatto era la seguente. Durante alcune manifestazioni *no-global* svoltesi a Londra il 1° maggio 2001, la polizia aveva creato dei cordoni di sicurezza che, tra le altre cose, hanno impedito la mobilità dei passanti e degli attivisti per sette ore. I giudici di Strasburgo hanno inteso comprendere se quella in parola sia stata o meno una modalità – pur singolare

– di privazione della libertà personale, diritto salvaguardato dall'art. 5, § 1, Cedu.

Per la prima volta la Corte si è occupata di una tale problematica e nel decidere sono stati richiamati alcuni precedenti giurisprudenziali: i giudici hanno anzitutto ricordato che la Carta è uno “strumento di vita” da considerarsi a seconda delle condizioni sussistenti al momento della sua applicazione. Tanto premesso, i giudici hanno rilevato che: 1) nel 2001 i mezzi di comunicazione erano perfettamente in grado di consentire l'adunanza di un elevato numero di persone in uno stesso luogo e nell'arco di pochissimo tempo; 2) dato l'esiguo lasso cronologico nel quale gli attivisti si sono riuniti nella zona della manifestazione, non era dato alla polizia conoscere l'esatta natura dell'adunanza (se fosse pacifica o meno): ciò ha portato le forze dell'ordine ad attrezzarsi come per fronteggiare un attacco alla sicurezza pubblica, e questo era loro preciso dovere; 3) quanto ricordato sub 1) e 2) porta ad ammettere limitazioni della libertà su quanti si rechino a manifestazioni pubbliche, proprio nell'ottica del comune interesse alla sicurezza e nel rispetto dei doveri della polizia.

Per queste ragioni la Corte ha considerato insussistente la lesione dell'art. 5, § 1, Cedu nel caso in esame, che rileva, però, in quanto spunto di nuove letture della libertà personale in un contesto particolare come una manifestazione: s'incrociano qui riflessioni sui doveri delle forze dell'ordine e sui diritti degli attivisti che sicuramente interessano anche il nostro Paese, laddove numerose sono le occasioni di scontro tra le une e gli altri, durante adunanze che alle volte nascono come pacifiche, per poi trascendere in episodi di violenza sicuramente condannabili (si vedano, ultimi in ordine cronologico, i fatti di Roma del 15 ottobre 2011).

* * *

Numerose decisioni della Corte di Strasburgo hanno, purtroppo, riguardato anche l'Italia.

Si tratta delle sentenze: 1) Corte edu, *Req. n. 2447/05, C-D. c. Italia*, 7 febbraio 2012; 2) Corte edu, *Req. n. 27765/09, H. e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012; 3) Corte edu, *Req. n. 23563/07, G. c. Italia*, 6 marzo 2012.

Con la prima decisione (Corte edu, *Req. n. 2447/05, C-D. c. Italia*, 7 febbraio 2012) la Corte e.d.u. si è pronunciata in tema di trattamenti inumani e degradanti, con specifico riferimento all'obbligo degli Stati di assicurare ai detenuti appropriate cure mediche, paragonabili a quelle di cui beneficia la maggior parte della popolazione. I giudici hanno statuito sul ricorso di un detenuto affetto da *handicap*, che lamentava di essere stato ristretto in un padiglione regolare (cioè attrezzato per i soli normodotati), nonostante il carcere di Parma – nel quale egli era rinchiuso – sia idoneo ad ospitare, in talune sezioni, anche prigionieri diversamente abili.

Secondo la Corte, il fatto che il ricorrente non sia stato subito ammesso alla detenzione domiciliare, unitamente all'inadeguatezza del luogo di pena e all'inerzia delle autorità penitenziarie davanti alle reiterate istanze del prigioniero di essere collocato in un luogo idoneo al trattamento della sua patologia hanno determinato la violazione dell'art. 3 Cedu. La detenzione prolungata di un soggetto diversamente abile all'interno di un istituto penitenziario in cui questo non sia in grado di muoversi autonomamente e dove non sia assicurata assistenza sanitaria costituisce, infatti, un trattamento inumano e degradante.

La seconda decisione (Corte edu, *Req. n. 27765/09, H. e altri c. Italia*, 23 febbraio 2012) era relativa, invece, ad una vicenda così sintetizzabile. I ricorrenti erano ventiquattro profughi (undici somali e tredici eritrei), facenti parte di un gruppo di circa duecento persone che, a bordo di tre imbarcazioni, nel 2009 avevano lasciato la costa africana, dirigendosi verso l'Italia. Il 6 maggio di quell'anno, giunti a pochi chilometri da Lampedusa, i natan-

ti venivano raggiunti dalla Guardia costiera italiana, i migranti, fatti salire a bordo delle navi italiane e, senza spiegazioni di sorta, condotti a Tripoli. Qui erano stati consegnati alle autorità libiche: in merito, il Ministro degli Interni italiano ha dichiarato, in una conferenza stampa del 7 maggio 2009, che le operazioni si erano svolte in conformità degli accordi bilaterali Italia-Libia del 4 febbraio 2009. Si chiarisce che solo durante l'anno 2009 sono stati intercettati e respinti ben 471 clandestini; cifre simili sono state raggiunte nell'anno successivo. Gli accordi sono, poi, stati sospesi il 26 febbraio 2011, stante la peculiare e grave crisi occorsa in Libia. Tornando al caso in esame, due dei ricorrenti sono morti in circostanze sconosciute, uno è stato trovato in un campo per rifugiati in Tunisia, quattordici hanno ricevuto lo *status* di rifugiati dall'Alto commissariato Onu (uno di loro, nel giugno 2011, dopo essere clandestinamente tornato in Italia), degli altri profughi si è persa ogni traccia, anche a causa della rivoluzione libica.

La decisione della Corte di Strasburgo è rilevante sotto quattro diversi aspetti:

1) *Rischio di trattamenti inumani in Libia* (art. 3 Cedu). Sugli Stati interessati dal fenomeno migratorio grava l'obbligo di non allontanare persone che potrebbero essere sottoposte a trattamenti inumani e degradanti. Il *report* sull'Italia del Comitato internazionale per la prevenzione della tortura – datato 28 aprile 2010 – ha testimoniato che le autorità italiane hanno sistematicamente adottato trattamenti di arresto e successiva detenzione, contrari ai diritti umani, senza peraltro alcuna distinzione tra clandestini e persone richiedenti asilo. Dal canto proprio, l'Italia ha ritenuto di mantenersi fedele agli impegni internazionali assunti, presumendo che la Libia fosse un sicuro luogo di rifugio per i profughi: sul punto la Corte osserva che le garanzie formali che il governo nordafricano aveva dato non erano di per sé sufficienti a escludere rischi di

trattamenti contrari all'art. 3 Cedu. Secondo i giudici, pur in mancanza di una formale richiesta d'asilo da parte dei migranti, l'Italia non avrebbe dovuto sottrarsi ai propri obblighi di accoglierli sul proprio territorio (indipendentemente dalle garanzie formali – peraltro non rispondenti alle successive condotte – della Libia). Il respingimento dello straniero in altro Paese lascia intatto l'obbligo dello Stato-Parte di assicurare la tutela dei diritti fondamentali del migrante, soprattutto quando il Paese di consegna (quello, cioè, verso cui la persona viene respinta) non sia parte della Convenzione. Le informazioni in possesso della Corte hanno lasciato trasparire una situazione sociale e politica in Somalia e in Eritrea assai preoccupante: i giudici hanno ragionevolmente presunto che al loro rientro nei rispettivi Paesi (verso i quali sarebbero stati sicuramente indirizzati dalle autorità libiche stesse), i migranti avrebbero subito trattamenti contrari all'art. 3 Cedu;

2) *Art. 4, IV protocollo addizionale*. Per la prima volta la Corte ha applicato questa norma all'ipotesi del respingimento di massa operato al di fuori del territorio dello Stato firmatario della Convenzione. La Corte ha, infatti, osservato che né il Protocollo, né i lavori preparatori portano a escludere un'applicazione extraterritoriale del divieto di rimpatri massivi. Nonostante il concetto di espulsione – come poi quello di giurisdizione – sia intimamente legato alla nozione di "territorio", la sottrazione dell'ambito marino alla disciplina convenzionale determinerebbe un'indebita disparità di trattamento rispetto ai migranti via terra; in tal modo – prosegue il giudice di Strasburgo – si andrebbe ad escludere la maggioranza degli attuali movimenti migratori, con conseguente erosione dei diritti dei profughi;

3) *Articolo 13 Cedu*: i ricorrenti hanno riferito di non avere ricevuto alcuna informazione da parte dei militari italiani circa il luogo di loro destinazione; essi, quindi, non sono

stati posti nelle condizioni di presentare un formale reclamo all'autorità giudiziaria italiana e di ottenere una valutazione seria e rigorosa della loro situazione; valutazione, questa, che si pone quale presupposto necessario alla decisione sul respingimento. Dal canto proprio il governo italiano ha affermato che non è stato possibile ottenere informazioni circa lo stato dei profughi. I migranti avrebbero potuto avanzare richiesta di asilo ai militari nostrani: l'assenza di comunicazioni da questi ultimi rivolte ai primi, però, ha reso impossibile anche questo rimedio. I ricorrenti, quindi, non hanno beneficiato di un ricorso efficace per fare valere le proprie posizioni, in spregio all'art. 13 della Convenzione;

4. *Giurisdizione italiana*: è, sì, vero che i militari hanno operato all'esterno del territorio italiano; ai sensi dell'art. 1 Cedu, però, essi erano tenuti ad assicurare agli odierni ricorrenti i diritti previsti e riconosciuti dalla Convenzione. Peraltro – secondo principi di diritto internazionale unanimemente condivisi e confermati dal codice della navigazione nostrano – le imbarcazioni in alto mare sono soggette alla giurisdizione dello Stato di cui battono bandiera. Nel caso in parola i migranti si trovavano, così, sottoposti *de iure* e *de facto* all'autorità italiana che, da parte propria, era tenuta a garantire l'effettività dei diritti sanciti dalla Convenzione e da cui aderisce e alla quale è assolutamente vincolata.

Lo Stato italiano è stato condannato per i fatti occorsi nella vicenda sopra descritta e per i motivi qui sintetizzati; *de iure condendo* si auspica – come pure parte del mondo politico ha affermato – una revisione delle attuali norme in tema di immigrazione, in armonia con gli accordi internazionali tesi ad affermare la preminenza dei diritti umani, ivi compresi quelli dei migranti, su qualsivoglia interesse dello Stato.

Infine, quanto alla terza decisione (Corte edu, *Req. n. 23563/07, G. c. Italia*, 6 marzo 2012) è

tornato alla ribalta uno dei problemi che interessano costantemente la giustizia penale italiana, ossia quello delle tempistiche dei processi, assai spesso giudicate dalla Corte e.d.u. contrarie al monito convenzionale della ragionevole durata.

Con la sentenza in esame i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 Cedu a causa dell'eccessiva lunghezza dei procedimenti pendenti avanti ai giudici nazionali. Ricorrente era un cittadino italiano, G., condannato ad esito di un giudizio penale durato dieci anni e sette mesi; esperito ricorso sulla base della legge Pinto (l. 24.03.2001, n. 89), il procedimento d'indennizzo è durato cinque anni invece dei quattro mesi imposti dalla normativa interna che regola le procedure volte a ottenere il risarcimento da irragionevole durata di altro processo. Ed è proprio sul giudizio disciplinato dalla Legge Pinto che si è concentrata l'attenzione della Corte: il procedimento principale era stato sottoposto all'attenzione della Corte d'appello di Milano e della Cassazione per ben due volte, a causa della modifica del capo d'imputazione; la Corte e.d.u. ha, così, ritenuto di non potersi parlare di una sua durata irragionevole. Al contrario, è stato considerato significativo il danno patito dal ricorrente per la lunghezza del "giudizio Pinto": come spesso accade – e come, ad esempio, è accaduto il 21 dicembre 2010, allorché l'Italia fu condannata per 471 violazioni del principio di ragionevole durata in altrettanti processi, di cui diversi disciplinati dalla legge Pinto –, il rimedio è stato peggiore del male, e il giudizio volto a sanzionare la lunghezza del processo principale è durato assai più del dovuto.

Il ricorrente ha lamentato violazione dell'art. 13 Cedu, ritenendo il solo indennizzo per irragionevole durata del processo come rimedio non effettivo; la Corte ha tuttavia rigettato l'istanza di G., asserendo che, se pure astrattamente il solo indennizzo possa non essere efficace a sanare il pati-

mento dei troppi mesi (qui, anni) trascorsi dall'accusato *sub iudice*, non può parlarsi di violazione in sé significativa (ciò che necessiterebbe di una dimostrazione che nel caso di specie il ricorrente non ha fornito), e come tale idonea a sollecitare l'azione della Corte sul punto.

* * *

Non meno importante, infine, rivolgendo l'attenzione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., è il caso trattato dalla Grande Sezione della C.G.U.E. (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 21 dicembre 2011, ricorso n. C-27/09 P), **che ha respinto l'impugnazione** proposta dalla Francia contro la sentenza del Tribunale di primo grado del 4 dicembre 2008 (causa T-284/08) secondo cui la *People's Mojahedin Organization of Iran* (PMOI) doveva essere radiata dall'elenco europeo delle organizzazioni terroriste.

Secondo la Corte, con l'impugnata pronuncia il Tribunale correttamente ha deciso che il Consiglio aveva violato i diritti della difesa della PMOI, non avendole comunicato la motivazione del suo inserimento nell'elenco prima dell'adozione della decisione. Nel dicembre 2008, in particolare, il Tribunale aveva annullato per la terza volta una decisione del Consiglio che includeva la predetta organizzazione nell'elenco europeo delle organizzazioni terroriste di cui dovevano essere congelati i capitali e le altre attività finanziarie (v. le precedenti sentenze del 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* / Consiglio e del 23 ottobre

2008, causa T-256/07, *People's Mojahedin Organization of Iran* / Consiglio).

In data 15 luglio 2008, infatti, il Consiglio aveva adottato una nuova decisione di aggiornamento dell'elenco europeo (Decisione del Consiglio 15 luglio 2008, 2008/583/CE, che attua l'articolo 2, par. 3, del Regolamento (CE) n. 2580/2001, relativo a misure restrittive specifiche contro determinate persone ed entità, destinate a combattere il terrorismo), con la quale aveva mantenuto il nome della PMOI nell'elenco, trasmettendo tale informazione alla predetta organizzazione il giorno stesso dell'adozione della decisione.

Nella motivazione, la Corte ha rammentato che nel caso di una decisione iniziale di congelamento dei capitali il Consiglio non è tenuto a comunicare previamente alla persona o all'entità interessata la motivazione del suo inserimento nell'elenco. Infatti, per evitare che l'efficacia di una misura del genere risulti compromessa, essa, per sua stessa natura, deve essere idonea a dispiegare un effetto sorpresa e ad applicarsi immediatamente. In un'ipotesi del genere, in linea di principio, è sufficiente che l'istituzione comunichi la motivazione alla persona o all'entità interessata e le riconosca il diritto ad essere sentita in concomitanza con l'adozione della decisione, o immediatamente dopo. Al contrario, nell'ipotesi di una decisione successiva di congelamento dei capitali, che mantiene l'interessato nell'elenco, tale effetto sorpresa non è più necessario, cosicché l'adozione di una decisione del genere deve essere preceduta dalla comunicazione degli elementi a carico del destinatario, nonché dall'opportunità offerta alla persona o all'entità interessata di essere sentita.

Corte costituzionale

LAURA CAPRARO

La Corte costituzionale (sentenza 9 febbraio 2012, n. 21) dichiara non fondata la questione di legittimità dell'art. 2 *ter*, comma 11, della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera), sollevata con riferimento al diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma 2, Cost. e al principio del contraddittorio sancito dall'art. 111 Cost.

La disposizione censurata, introdotta dall'art. 10, comma 1, lettera d), numero 4, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, come sostituito dalla legge di conversione 24 luglio 2008, n. 125 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), prevede che «la confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso».

Dopo aver dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità della citata disposizione per contrasto con l'art. 24, comma 1, Cost. per assenza di censure, la Corte stabilisce che nell'ambito del procedimento in oggetto non vi è alcuna violazione tra quelle ipotizzate nell'ordinanza di rimessione. In merito alla pretesa violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio nei confronti del deceduto, l'infondatezza deriva dalla estraneità di tale soggetto al procedimento, nonché dalla «erroneità della attribuzione ad una per-

sona defunta della titolarità di una posizione processuale propria»: «nel procedimento delineato dalla disposizione censurata, parti sono i “successori a titolo universale o particolare” del “soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta” e non quest'ultimo».

Anche la pretesa violazione dei medesimi diritti nei confronti dei successori è, per la Corte, infondata: a tali soggetti sono infatti assicurati «nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi probatori previsti per il *de cuius*», potendo soltanto, il diverso rapporto di conoscenza che lega il successore ai fatti oggetto del giudizio (che attengono esclusivamente al *de cuius*) «in linea astratta incidere sugli specifici profili del procedimento relativi [...] alle valutazioni demandate al giudice [...], ma non sulla possibilità di procedere nei confronti dei successori, prevista dalla disposizione censurata».

Pertanto, in termini più generali, la Corte chiarisce che la presenza fisica dell'interessato (o almeno la sua possibilità astratta di partecipare) è elemento imprescindibile per la correttezza complessiva del solo processo penale (al quale infatti si riferisce la giurisprudenza della Corte e.d.u. sul giudizio *in absentia*), non già condizione ineludibile di conformità del procedimento di prevenzione (ed in particolare del procedimento per l'applicazione della confisca) ai parametri costituzionali evocati dal giudice *a quo*: i connotati del procedimento penale non devono

essere impropriamente sovrapposti a quelli del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, destinata ad incidere non già sulla libertà personale della parte, ma sul suo patrimonio. La confisca di prevenzione, in particolare, presenta peculiarità significative, essenzialmente riconducibili alla *ratio* stessa dell'istituto: come già chiarito (C. cost., sent., 8 ottobre 1996, n. 335) essa è volta, da una parte, a «sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo», e dall'altra, «a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, (la *ratio*) va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso».

(C. cost., sent., 9 febbraio 2012, n. 21)

* * *

La Corte costituzionale (sentenza 23 febbraio 2012, n. 40) rigetta il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, proposto dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Perugia nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'ambito del processo a carico dell'*ex* direttore del SISMI, *ex* collaboratore e poi dipendente del medesimo Servizio. Il ricorso aveva ad oggetto le note del 3 dicembre 2009, n. 50067/181.6/2/07.IX.I e del 22 dicembre 2009, n. 52285/181.6/2/07.IX.I, con le quali la Presidenza del Consiglio – richiesta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 41 della legge 3 agosto 2007, n.124 (Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto) aveva confermato l'esistenza del segreto di Stato opposto in sede di interrogatorio *ex* art. 415 *bis*, comma 3, c.p.p. dagli indagati.

La pronuncia – assai articolata – apporta un elemento di grande novità, capovolgen-

do sostanzialmente l'opinione dominante secondo la quale l'imputato (così come la persona sottoposta ad indagini) non rientra tra i soggetti per i quali vale il divieto di deporre su fatti coperti da segreto di Stato. Secondo la Corte, infatti, l'ambito applicativo soggettivo delineato dall'art. 202 c.p.p. deve oggi essere integrato con l'art. 41 della l. n. 124 del 2007, che non opera alcuna distinzione in relazione alla veste processuale del dichiarante: tale disposizione prevede infatti che «ai pubblici ufficiali, ai pubblici impiegati e agli incaricati di pubblico servizio è fatto divieto di riferire riguardo a fatti coperti da segreto di Stato» (art. 41, comma 1, primo periodo, l. n. 124 del 2007). Nel ricomprendere, nella sua genericità, anche l'imputato e la persona sottoposta alle indagini, la norma in definitiva finisce per modificare i termini del bilanciamento tra diritto individuale di difesa ed interesse alla sicurezza della Repubblica. Secondo la normativa anteriore a tale legge, l'imputato (o la persona sottoposta ad indagini), aveva la possibilità di scegliere, in virtù del principio consacrato dall'art. 24, comma 2 Cost., se tacere ovvero rendere dichiarazioni, anche su fatti coperti da segreto di Stato; la rivelazione non sarebbe comunque stata punibile, in effetti, integrando gli estremi della causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto di rango primario.

Alla luce della disciplina normativa scaturita dall'intervento legislativo del 2007, al contrario, l'imputato «viene ad essere incluso tra i titolari del potere-dovere di opporre il segreto di Stato», di modo che nel predetto giudizio di bilanciamento prevale la tutela della sicurezza nazionale, rispetto alla quale «altri valori – pure di rango costituzionale primario – sono "fisiologicamente" destinati a rimanere recessivi»: come conferma anche la costante giurisprudenza costituzionale, la sicurezza dello Stato, costituisce un «interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese

carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca [...] la esistenza stessa dello Stato» (C. cost., sent. 24 maggio 1977, n. 86, C. Cost., sent. 10 aprile 1998, n. 110 e C. Cost., sent. 3 aprile 2009, n. 106). Mentre richiede anche all'imputato (o alla persona sottoposta ad indagini) «il silenzio sulla notizia coperta da segreto, lo Stato esige (*al contempo*) dalla giurisdizione un possibile esito processuale scevro da connotati negativi nei confronti del giudicabile (la dichiarazione di non doversi procedere), fermo restando il vaglio di "essenzialità" rimesso all'autorità giudiziaria».

Con specifico riguardo a tale vaglio, peraltro, la Corte rimarca che - quando sia l'imputato o la persona sottoposta ad indagini ad opporre il segreto - esso deve essere effettuato dall'autorità giudiziaria in via preliminare, dovendo quest'ultima chiederne conferma al Presidente del Consiglio dei Ministri, non in ogni caso, come previsto dalla disciplina codicistica, ma solo qualora quanto coperto da segreto sia ritenuto "essenziale" per la definizione del processo (art. 41, comma 2, l. 124 del 2007); tale valutazione, che si aggiunge a quella successiva alla conferma presidenziale del segreto, prevista dall'art. 202, comma 2, c.p.p. per l'ipotesi in cui ad opporre il segreto sia un testimone, dovrebbe, verosimilmente, contenere il rischio di utilizzazioni strumentali del segreto da parte del soggetto accusato. Rilevante, altresì, tra i profili affrontati, quello relativo all'oggetto e ai limiti del sindacato costituzionale: la Corte osserva che «oggetto di scrutinio sono [...] unicamente gli atti di conferma del segreto concretamente adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, in rapporto alla loro denunciata attitudine lesiva delle attribuzioni costituzionali del giudice ricorrente», fermo restando che il giudizio espresso in tali atti «resta soggetto a un sindacato di tipo esclusivamente parlamentare, essendo quella parlamentare la sede istituzionale "di controllo nel merito delle più alte

e gravi decisioni dell'Esecutivo" (sentenza 3 aprile 2009, n. 106)».

(C. cost., sent. 23 febbraio 2012, n. 40)

* * *

Con ordinanza n. 46 del 7 marzo 2012, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Magistrato di Sorveglianza di Roma nei confronti del Ministro della Giustizia.

La vicenda prende avvio dal reclamo proposto da un detenuto ai sensi degli artt. 35 e 69 ord. penit. nei confronti del provvedimento con il quale il Direttore del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria aveva disposto che fosse preclusa la ricezione dei programmi televisivi trasmessi sui canali «Rai Sport» e «Rai Storia» per tutti i detenuti nella Casa circondariale di Rebibbia sottoposti a regime di sospensione delle regole trattamentali (art. 41 *bis* ord. penit.). Il Magistrato di Sorveglianza, con ordinanza del 9 maggio 2011, aveva ritenuto l'oscuramento in parola lesivo del diritto soggettivo dei detenuti ad essere informati, tutelato dall'art. 21 Cost. e dagli artt. 18 e 18 *ter* ord. penit., annullando pertanto il provvedimento dell'amministrazione, con l'ordine di ripristinare la possibilità per il reclamante di accedere ai programmi in oggetto.

Poiché l'Amministrazione penitenziaria non aveva dato esecuzione all'ordine del Magistrato di Sorveglianza, il detenuto interessato, al fine di ottenere l'effettivo accesso alle trasmissioni, aveva proposto un secondo reclamo, nell'ambito del quale emergeva che il Ministro della Giustizia, su proposta del Capo del dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, con decreto del 14 luglio 2011, aveva disposto la «non esecuzione» del provvedimento giudiziale adottato in seguito al reclamo proposto. Alla luce di ciò, il Magistrato di Roma aveva promosso il conflitto

di attribuzioni dinanzi alla Corte, lamentando una lesione da parte del provvedimento ministeriale delle attribuzioni costituzionalmente riconosciute al Magistrato di Sorveglianza, quale giudice della tutela dei diritti soggettivi dei detenuti.

La Corte ha dichiarato l'ammissibilità del conflitto, ritenendo sussistente sia il requisito soggettivo (legittimazione attiva del Magistrato di Sorveglianza, in quanto «organo giurisdizionale in posizione di indipendenza costituzionalmente garantita, competente a dichia-

rare definitivamente, per il procedimento del quale è investito, la volontà del potere cui appartiene [...]»); legittimazione passiva esclusiva del Ministro della giustizia, «in forza delle attribuzioni direttamente conferitegli dall'art. 110 Cost. in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, tra i quali sono compresi i servizi pertinenti all'esecuzione delle misure e delle pene detentive [...]»), che quello oggettivo, relativo alla materia del conflitto.

(C. cost., ord. 7 marzo 2012, n. 46)

Sezioni Unite

ANTONIO PAGLIANO

Risolvendo talune incertezze interpretative sul conteggio del *dies a quo* per la proposizione dell'impugnazione, le Sezioni Unite hanno affermato che se il *dies ad quem* per il deposito della motivazione scade in un giorno festivo esso va di diritto prorogato al giorno successivo, così esprimendosi in dissenso con il prevalente orientamento secondo cui, in materia di termini fissati a giorni, non poteva trovare applicazione la proroga prevista per i giorni festivi dall'art. 172, comma 3, c.p.p., riguardando tale norma esclusivamente la scadenza dei termini stessi e non anche l'inizio della loro decorrenza.

Al contrario orientamento le Sezioni Unite approdano dopo aver preliminarmente verificato la piena applicabilità alle sentenze o agli altri atti e provvedimenti del giudice della disposizione di cui all'art. 172, comma 3, c.p.p., in considerazione del fatto che nessuna indicazione normativa consente di limitare la portata di tale precetto ai soli atti o attività delle parti o ai soli termini perentori. Fermo restando che nei casi in cui, come nell'art. 585, comma 2, lett. c), c.p.p., è previsto che il termine assegnato per il compimento di una attività processuale decorra dalla scadenza del termine assegnato per altra attività processuale, la proroga di diritto del giorno festivo in cui il precedente termine venga a cadere al primo giorno successivo non festivo determina di per sé lo spostamento della decorrenza del termine successivo con esso coincidente. Tale slittamento, tuttavia, non si verifica ove ricor-

rano cause di sospensione quale quella prevista, ad esempio, per il periodo feriale.

Così risolta la questione devoluta al loro vaglio, le Sezioni Unite hanno poi esteso il loro sindacato agli altri motivi di doglianza formulati dal ricorrente, affrontando, all'esito della relativa disamina, il delicato tema dell'abuso del processo, con particolare riferimento al vorticoso avvicendamento di difensori posto in essere dall'imputato nelle fasi finali del dibattimento, secondo uno schema ritenuto dai giudici non giustificato da alcuna reale esigenza difensiva se non da quella di dilatare i tempi processuali. Il Collegio, precisato come tale concetto derivi in gran parte dalla consolidata nozione di abuso del diritto, ha così ribadito, alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, della Corte di Giustizia UE e della Corte di Strasburgo, che l'abuso del processo consiste in una sorte di frode alla funzione dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento riconosce all'imputato, sicché egli non avrà più titolo per invocare la tutela di interessi che non erano in realtà effettivamente perseguiti.

Sui riferiti presupposti, sono state rigettate tutte le sollevate doglianze in merito a ripetute violazioni dell'art. 108 c.p.p., che avrebbero determinato, secondo il ricorrente, una serie di nullità a regime intermedio, non riconosciute invece tali dalla Corte in quanto nessuna lesione all'esercizio del diritto di difesa ne sarebbe, in assoluto, derivata, stante il carattere

meramente strumentale del massiccio ricorso all'istituto della rinuncia al mandato difensivo, con successiva richiesta di concessione di termini a difesa.

(Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155)

* * *

In merito alla individuazione della forma che la domanda di accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione di pagamento di determinate spese processuali deve assumere, le Sezioni Unite hanno confermato il consolidato orientamento per cui tale domanda deve essere proposta nelle forme dell'opposizione all'esecuzione in sede civile piuttosto che a mezzo di incidente di esecuzione in sede penale. Si è quindi ritenuto che sia rimasto inalterato il tradizionale riparto di attribuzioni in materia di spese processuali penali anche a seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, permanendo la logica della scelta di separare il momento della statuizione penale delle spese da quello della successiva quantificazione delle stesse. Ne consegue che mentre il giudice dell'esecuzione è chiamato a dirimere unicamente le questioni attinenti al primo dei due momenti riguardanti la sussistenza e la portata della statuizione in sé, il giudice civile deve occuparsi delle contestazioni relative all'attuazione quantificatoria della statuizione penale, sotto il profilo sia del calcolo del concreto ammontare delle voci di spesa sia della loro pertinenza ai reati cui si riferisce la condanna, non rivestendo, inoltre, alcuna influenza la questione relativa alla natura della statuizione di condanna alle spese processuali.

Quanto poi al profilo relativo alle conseguenze di un'erronea adizione del giudice penale su una questione di pertinenza del giudice civile, le Sezioni Unite precisano che il giudice penale erroneamente investito della domanda del condannato di accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione di pagamento di de-

terminate spese processuali deve dichiarare non il difetto di giurisdizione ma il non luogo a provvedere; ciò sul presupposto di quanto già delineato dalle Sezioni Unite civili, secondo cui la distribuzione degli affari all'interno di un ufficio giudiziario appartenente alla magistratura ordinaria non crea questioni di giurisdizione, dovendosi considerare tali solo le questioni relative all'individuazione delle rispettive sfere di attribuzione fra giudice ordinario e quello speciale.

Il Supremo Collegio ha risolto infine l'ulteriore questione rimessa al suo sindacato circa la persistenza o meno, a seguito dell'abrogazione dell'art. 535, comma 2, c.p.p., del vincolo di solidarietà della condanna alle spese del procedimento penale, stabilendo che tale norma, al di là della natura sostanziale, non può essere comunque applicata nei confronti di un debito maturato in forza di una sentenza emanata anteriormente, stante la preclusione di cui all'ultimo inciso del comma quarto dell'art. 2 c.p..

(Cass., sez. un., 12 gennaio 2012, n. 491)

* * *

Risolvendo un radicato contrasto interpretativo in ordine all'individuazione delle modalità attraverso cui si possa manifestare la volontà dell'imputato di presenziare all'udienza camerale di appello, e ciò soprattutto al fine di verificare la sussistenza del diritto al differimento dell'udienza per legittimo impedimento, le Sezioni Unite hanno affermato che la richiesta di partecipazione dell'imputato ai sensi dell'art. 599, comma 2, c.p.p., può essere ricavata anche attraverso *facta concludentia* dai quali possa desumersi l'inequivoca volontà di partecipare all'udienza, risultando tale interpretazione maggiormente conforme al compiuto esercizio dei diritti della difesa.

Cionondimeno, il collegio ha ribadito, quanto ai poteri valutativi rispetto alle ragioni di

salute documentate in un certificato medico presentato a sostegno della richiesta di differimento dell'udienza, che il giudice deve valutare il carattere impeditivo, potendo pervenire ad un giudizio negativo solo disattendendo con adeguata motivazione, la rilevanza della patologia, che deve comunque presentare il carattere dell'attualità, deve essere corredata dalla indicazione del grado dello stato febbrile, essenziale alla valutazione della fondatezza, serietà e gravità dell'impedimento, e deve attestare altresì l'eventuale assoluta impossibilità fisica di comparire.

(Cass., sez. un., 7 febbraio 2012, n. 4694)

* * *

Chiamate a decidere in ordine alla questione dell'applicabilità o meno della recidiva in relazione a precedenti condanne la cui espiazione sia avvenuta, con esito positivo, con l'affidamento in prova al servizio sociale, le Sezioni Unite, aderendo ad un più isolato orientamento, hanno affermato che l'estinzione della pena determinata dall'esito positivo dell'affidamento in prova ha effetti anche ai fini della recidiva, escludendone l'operatività.

È stato così ribaltato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'effetto estintivo di cui all'art. 47, comma 12, ord. penit., non comportando la cancellazione dell'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, non impedirebbe alla sentenza di condanna di dispiegare i suoi effetti ai fini dell'applicazione della recidiva, considerando anche che l'effetto estintivo andrebbe riferito genericamente ad ogni altro effetto penale e non specificamente agli effetti penali della condanna, a differenza di quanto previsto per la riabilitazione.

Le Sezioni Unite, invece, premettendo preliminarmente che non occorre tanto interrogarsi sull'effetto estintivo relativo alla pena detentiva, quanto piuttosto chiarire in cosa consista l'estinzione «di ogni altro effetto pena-

le», verificando così se tale effetto possa essere riferito anche alla recidiva, sono giunti all'opposta conclusione sostenendo che il collegamento fra l'art. 47, comma 12, ord. penit. e l'art. 106 c.p. impone di ritenere che la recidiva non produce effetti qualora sussista una causa di estinzione del reato o della pena che comporti anche l'estinzione degli effetti penali della condanna. Non rileva, quindi, se la recidiva abbia effettivamente tale natura, essendo al contrario sufficiente prendere atto che, per espressa previsione normativa, anche la recidiva segue la sorte degli effetti penali della condanna allorché gli stessi vengano ad essere neutralizzati da qualsiasi causa di estinzione del reato o della pena, così esprimendosi il comma secondo dell'art. 106 c.p.. Tale inibizione all'applicazione della recidiva, precisa inoltre la sentenza, si realizza nonostante l'estinzione della pena possa essere solo parziale, non potendosi dire estinta la porzione di pena detentiva eventualmente già espia, in quanto l'art. 106, comma 1, c.p., non richiede espressamente una estinzione totale della pena.

La sentenza ribadisce altresì che sul giudice del merito incombe uno specifico dovere di motivazione sia quando riconosce sia quando esclude la rilevanza della recidiva, in considerazione del fatto che egli, esclusi i casi di recidiva obbligatoria di cui al comma quinto dell'art. 99 c.p., può attribuire effetti alla recidiva unicamente se il nuovo episodio criminoso sia significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, così come fissato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 193 del 2007.

(Cass., sez. un., 15 febbraio 2012, n. 5859)

* * *

Le Sezioni Unite, originariamente investite della questione relativa alla possibilità che l'estradando detenuto debba essere rimesso

in libertà ove l'efficacia del decreto di estradizione venga sospesa in via cautelare dal giudice amministrativo, con conseguente mancata esecuzione della consegna nel termine stabilito, hanno emesso declaratoria di inammissibilità del presentato ricorso per sopraggiunta carenza d'interesse, essendo intervenuta nelle more della decisione la consegna allo Stato richiedente della persona reclamata. Sia il T.A.R. che il Consiglio di Stato avevano infatti successivamente rigettato il ricorso presentato dall'estradando per il quale era originariamente stata concessa la sospensione cautelare.

Ha allora osservato il massimo organo di legittimità che essendosi esaurita la funzione strumentale della misura cautelare nei riguardi della successiva consegna, non poteva dubitarsi dell'intervenuta carenza di interesse all'impugnazione, risultando essa legata alla natura incidentale della *quaestio libertatis* rispetto alla procedura di estradizione. D'altronde, si è altresì precisato che nel caso in esame, l'interesse all'impugnazione del provvedimento sulla libertà personale finalizzato all'extradizione non poteva essere individuato neanche nella prospettiva di conseguire il riconoscimento all'ingiusta detenzione, da considerarsi incompatibile con la pronuncia della sentenza oramai irrevocabile favorevole all'extradizione.

Il carattere assorbente della declaratoria di inammissibilità per intervenuta carenza di interesse ha pertanto impedito la valutazione da parte delle Sezioni Unite sulla questione di diritto rimessa al suo sindacato, che pertanto rimane insoluta.

Nonostante, infatti, vi fosse stata una precedente decisione del Supremo Collegio, la sezione cui era stato assegnato il ricorso aveva rilevato la persistenza del contrasto interpretativo basato su letture diverse del medesimo principio affermato in quella stessa decisione. Secondo un primo orientamento, nel caso di sospensione in via cautelare del decreto di

extradizione, il detenuto deve necessariamente essere rimesso in libertà in considerazione del fatto che la legge non prevede l'intervento del giudice amministrativo come causa di sospensione o di proroga dei termini di durata della misura restrittiva, che non possono assolutamente superare quelli inderogabili previsti in tema di consegna dagli artt. 708 c.p.p. e 18 della Convenzione europea di estradizione. In caso contrario, secondo tale orientamento, si violerebbero i principi di cui all'art. 13 della Costituzione. Il diverso orientamento assume invece che nell'ipotesi in discussione non si realizzi alcuna perdita di efficacia della misura cautelare in corso, ritenendo che la durata della custodia sia disciplinata dall'art. 303, comma 4, c.p.p..

L'omessa valutazione del prospettato contrasto, precisano le Sezioni Unite, risulta necessitata dall'assenza nel sistema processuale penale, a differenza di quello civile, di una specifica norma che consenta di enunciare il principio di diritto pur quando si deve dichiarare l'inammissibilità del ricorso, non ritenendosi praticabile un'estensione analogica di tale potere attraverso l'auto attribuzione dello stesso, come pure accaduto in altre occasioni.

(Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 6624)

* * *

Chiamata a decidere sul contrasto creatosi in ordine alla possibilità e alle relative condizioni per le quali la notifica del decreto di citazione a giudizio sia da ritenere equivalente, nei procedimenti per il reato di omesso versamento delle ritenute assistenziali e previdenziali all'I.N.P.S., alla non effettuata notifica dell'accertamento della violazione da parte dell'ente, in riferimento al decorso del termine di tre mesi per il pagamento di quanto dovuto, le Sezioni Unite hanno affermato che tale equivalenza può ritenersi sussistente solo se il decreto di citazione a giudizio contenga

gli elementi essenziali previsti dal predetto avviso onde consentire all'imputato di esercitare concretamente le facoltà concessagli dalla legge.

Con tale decisione si è così sovvertito il prevalente indirizzo interpretativo secondo cui, nel caso non risulti certa la contestazione o la notifica dell'avvenuto accertamento delle violazioni, il termine di tre mesi decorre dalla data di notifica del decreto di citazione.

A tale conclusione il Supremo Collegio approda dopo aver stabilito che la contestazione ovvero la notifica dell'avviso di accertamento delle violazioni da parte dell'ente previdenziale di cui all'art. 2, comma 1bis, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, ha natura di causa di

non punibilità e non di condizione di procedibilità dell'azione penale, fermo restando che il pubblico ministero è senz'altro chiamato a verificare che l'indagato sia stato posto concretamente in condizione di esercitare la facoltà di fruire della riferita causa di non punibilità, notiziando, in caso di esito negativo della verifica, l'ente previdenziale affinché adempia all'obbligo di contestazione di cui al citato art. 2, comma 1bis.

Viene infine utilmente ribadito che la condotta illecita in questione integra un reato omissivo istantaneo che si consuma nel momento in cui scade il termine utile per il versamento da parte del datore di lavoro, a nulla rilevando il momento in cui il reato è stato accertato.

(Cass., sez. un., 18 gennaio 2012, n. 1855)

Per la violenza sessuale di gruppo la custodia cautelare in carcere non è l'unica via

Corte di cassazione, Sez. III, sentenza 20 gennaio 2012, n. 4377 - Pres. Fiale; Rel. Marini

La presunzione relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies cod. pen.), dev'essere interpretata alla luce della sentenza della Corte costituzionale 21 luglio 2010, n. 265 che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma processuale, sicché il giudice ha l'obbligo di valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine a tale delitto, se siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

[omissis]

Rileva

Con ordinanza in data 19 agosto 2011 il Tribunale di Roma, quale giudice del riesame, ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare emessa il 5 agosto 2011 dal Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Cassino nei confronti dei due ricorrenti per il reato previsto dall'art. 609-octies c.p. commesso in danno di persona minore di età.

Il Tribunale, ricostruito sinteticamente il fatto e fatto rinvio all'ordinanza emessa dal Giudice delle indagini preliminari in ordine ai momenti essenziali della vicenda, ha concentrato la propria attenzione sui due aspetti di maggiore criticità sollevati dagli indagati:

- a) il contrasto di versioni tra la persona offesa e loro stessi con riferimento alla volontarietà dei rapporti sessuali pacificamente intrattenuti;
- b) l'esistenza di esigenze cautelari attuali.

Sul primo aspetto il Tribunale ha ritenuto di condividere il giudizio del Giudice delle indagini preliminari circa la genuinità del racconto della persona offesa, anche se ha considerato scarsamente rilevanti le discrasie nel racconto dei due indagati che, invece, il primo giudice aveva valorizzato. Una volta ritenuta la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, il Tribunale ha considerato che il reato ex art. 609-octies c.p. rientra fra quelli per i quali, secondo il terzo comma dell'art. 275 c.p.p., come modificato dal d.l. 23 febbraio 2009, n.11, convertito in legge 23 aprile

2009, n. 38, si prevede come obbligatoria la misura della custodia in carcere, a meno che non risultino elementi specifici che escludono la presenza di esigenze cautelari, condizione che nel caso in esame non si pone.

Avverso tale decisione (...) hanno presentato ricorso.

L'avv. (...) difensore di (...) in sintesi lamenta:

1. L'esistenza di un contrasto tra l'art.275, terzo comma, c.p.p. e gli artt. 13 e 27 della Costituzione con riferimento al regime cautelare da applicare in ipotesi di reato *ex art.609-octies* c.p., con conseguente richiesta di investire la Corte costituzionale della relativa questione;
2. L'errata applicazione dell'art. 274 c.p.p. per avere il Tribunale omesso di considerare la rilevanza decisiva del tempo trascorso dai fatti e per avere omesso ogni motivazione sul punto.

L'avv. (...) difensore di (...) in sintesi lamenta:

1. Carenza e illogicità della motivazione *ex art.606, lett.e)* c.p.p. in relazione all'obbligo che l'art. 292, comma 2,lett. *c-bis*, c.p.p. pone anche al tribunale del riesame di esaminare puntualmente le argomentazioni difensive. Invero, il Tribunale, dopo avere ritenuto serie e plausibili le argomentazioni proposte dalla difesa ha illogicamente concluso per la conferma del provvedimento impugnato;
2. Errata applicazione di legge e vizio di motivazione *ex art.606, lett. b) ed e)* c.p.p. per avere il Tribunale, nonostante i numerosi elementi positivi addotti a sostegno della impostazione difensiva, richiamato la obbligatorietà della misura della custodia in carcere *ex art.275, terzo comma, c.p.p.* senza estendere anche a tale norma i principi fissati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 265 del 21 luglio 2010;
3. Difetto di costituzionalità dell'art.275, terzo comma, c.p.p., se non interpretato in conformità alla citata sentenza della Corte costituzionale, con conseguente trasmissione degli atti a tale Corte per l'esame del contrasto tra la norma richiamata e gli artt. 2, 3, 24, 25, 27 e 111 della Costituzione.

L'avv. (...) difensore di (...) in sintesi lamenta:

1. Vizio di motivazione in relazione alla gravità del quadro indiziario per avere il Tribunale erroneamente e illogicamente valutato sia la rilevanza della presenza di sole modeste ecchimosi sul corpo della giovane sia le ragioni che l'avrebbero portata a costruire *ex post* un racconto non veritiero;
2. Errata applicazione dell'art. 275 c.p.p. in relazione al reato *ex art.609-octies* c.p. per avere il Tribunale omesso di dare alla norma processuale una interpretazione compatibile con i principi fissati dalla sentenza che la Corte costituzionale allorché ha esaminato la medesima disposizione in relazione all'art. 609-bis c.p. (sentenza n. 265 del 2010).

Osserva

La Corte ritiene che l'ordinanza sia incorsa in un duplice vizio.

Il primo riguarda la carenza della motivazione con riferimento al giudizio sulla gravità del quadro indiziario. Appare evidente alla Corte che la vicenda si connota per una certa complessità e delicatezza, attese le modalità della condotta imputata ai due ricorrenti e attesa la condotta tenuta dalla persona offesa dopo i fatti, quale emerge dalla stessa ordinanza impugnata. In tale contesto la motivazione dei giudici avrebbe dovuto essere particolarmente attenta a valutare tutti gli elementi presenti in atti e a fornire una ricostruzione coerente degli elementi posti a fondamento della decisione.

Rispetto a tale esigenza risulta non coerente l'assenza di motivazione circa la genesi e il contenuto del contatto telefonico che la giovane avrebbe involontariamente attivato con il padre mediante il proprio telefono cellulare nel corso della permanenza nell'autovettura assieme ai ricorrenti; si tratta di carenza motivazionale che non consente di comprendere quanta parte del contatto sia stata percepita dal genitore e in quale contesto si collochino le brevissime espressioni della giovane riportate nell'ordinanza. Sul punto appaiono fondate, indipendentemente dalle conseguenze di merito che le difese intendono trarre, le censure della difesa. Altrettanto rilevante appare alla Corte il difetto di esame di quanto accaduto al momento in cui la giovane fece rientro alla propria abitazione pochi minuti dopo la fine della violenza che ella ha solo successivamente riferito.

La Corte ritiene che si sia in presenza di un difetto di motivazione che incide in modo decisivo sulla tenuta logica dell'intero percorso motivazionale e che impone una nuova valutazione.

Il secondo vizio concerne l'errata interpretazione e applicazione della legge processuale con riferimento al terzo comma dell'art. 275 c.p.p.

Il Tribunale ha ritenuto scontato che in presenza di gravi indizi del reato *ex art.609-octies* c.p.p. si versi in ipotesi di applicazione del divieto di graduazione della misura cautelare fissato dal terzo comma dell'art. 275 c.p.p. nel testo risultante dalla modifica apportata dall'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito, con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38. Tale interpretazione trascura il contenuto della sentenza n. 265 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'analogia disposizione processuale con riferimento ai reati previsti dagli artt. 600-bis, 609-bis e 609-quater, n. 1, c.p.

Se è vero che il giudice delle leggi non è stato interessato specificamente dell'esame del regime cautelare concernente l'art.609-octies c.p., ma solo di quello applicabile ai citati reati richiamati anch'essi dal terzo comma del citato art. 275 c.p.p., non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2010 appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame.

In modo del tutto corretto le difese hanno sollecitato la Corte a valutare, in primo luogo, se l'art.275, terzo comma, c.p.p. possa essere interpretato in modo coerente coi principi fissati dalla Corte costituzionale anche con riferimento al reato *ex art. 609-octies* c.p., e solo in caso di risposta negativa a valutare se sussistano la non manifesta infondatezza e la rilevanza di un quesito da sottoporre alla Corte medesima.

Questo giudice ritiene che dalla lettura della citata sentenza della Corte costituzionale emerga l'esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili all'art.275, terzo comma, c.p.p. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato *ex art. 609-octies* c.p.

Nel corso della motivazione della sentenza n. 265 del 2010 la Corte costituzionale ha ricostruito la filosofia che anima la disciplina delle misure cautelari personali affermando (paragrafo4) che quel regime è improntato al criterio del "minore sacrificio necessario", assicurato mediante la previsione di una "pluralità graduata" di misure e mediante l'applicazione nel caso concreto di meccanismi "individualizzati" di selezione del trattamento cautelare. Ha, poi, rilevato (paragrafo 7) che una simile filosofia non tollera né automatismi né presunzioni e prevede che sia il giudice ad apprezzare e motivare i presupposti e le condizioni per l'applicazione della singola misura in relazione alla situazione concreta. Ha, conseguentemente, considerato (paragrafo 7)

che la disciplina introdotta con il citato decreto legge n. 11 del 2009, e successiva legge di conversione, si pone come un “vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale” dal momento che introduce due presunzioni, una relativa in ordine alle esigenze cautelari e una assoluta in ordine alla scelta della misura, che impedisce al giudice di adottare misure meno gravose della custodia in carcere.

La motivazione prosegue affrontando (ancora nel paragrafo 7) le ragioni per cui la Consulta e la Corte di Strasburgo hanno ritenuto che per i delitti legati alla criminalità organizzata e mafiosa tale eccezionale regime sia compatibile coi principi costituzionali in relazione alla speciale gravità e pericolosità degli illeciti, per giungere alla conclusione (paragrafi 9 e 10) che la novella del 2009 compie un “salto di qualità” non compatibile col sistema costituzionale allorché estende la presunzione assoluta circa la misura da applicare anche a reati, come quelli sessuali, che non si prestano a generalizzazioni, che risultano ampiamente eterogenei tra loro, che non presentano nella norma legami qualificati tra l’indagato e un ambiente delinquenziale pericoloso.

Osserva, ancora, la Corte costituzionale (paragrafi 10 e 11) che la irragionevolezza della soluzione normativa può essere agevolmente apprezzata ove si considerino la circostanza che i reati di violenza sessuale comprendano “condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto” e la circostanza che solitamente si tratta di delitti meramente individuali che possono essere affrontati in concreto anche con misure diverse dalla custodia in carcere. Infine, la ragionevolezza del regime introdotto nel 2009 non può essere fondata sull’esigenza di risposta all’allarme sociale per il moltiplicarsi di delitti a sfondo sessuale, esigenza che “non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione”.

Sulla base di tali e altre considerazioni, la sentenza giunge ad affermare l’esistenza del contrasto tra la disciplina cautelare citata e gli artt. 3,13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione.

Così riassunti i principi interpretativi che la Corte costituzionale ha fissato con riferimento ai reati *ex art. 609-bis* e *609-quater* c.p., questo giudice ritiene evidente che si è in presenza di principi “in toto” applicabili anche alla ipotesi di reato *ex art. 609-octies* c.p., reato che presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale ha individuato per i reati sessuali (*art. 609-bis* e *art. 609-quater* c.p.) sottoposti al suo giudizio in relazione alla disciplina *ex art. 275*, terzo comma, c.p.p.

Deve, dunque, concludersi che nel caso in esame l’unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010, citata, è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all’*art. 609-octies* c.p.p.

Sotto tale profilo, la motivazione dell’ordinanza impugnata è incorsa nel vizio di errata applicazione della legge.

Sulla base delle considerazioni che precedono la Corte ritiene che i vizi di motivazione sopra indicati impongano di annullare l’ordinanza impugnata, con rinvio degli atti al Tribunale di Roma per un nuovo esame che terrà conto dei principi fissati in questa sede.

[*omissis*]

DANIELA VIGONI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano

Anche per il reato di violenza sessuale di gruppo è da escludersi la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere?

Should pre-trial detention be applied even for sexual group assault only if other measures are inappropriate?

(Peer reviewers: Prof. Marzia Ferraioli, Prof. Angelo Pennisi)

La Corte di Cassazione ritiene direttamente applicabile anche al reato di cui all'art. 609-octies c.p. il principio espresso dalla Corte costituzionale per cui, ad eccezione dei reati di carattere mafioso, non vale la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere espressa dall'art. 275, comma 3, c.p.p. Tuttavia, tale principio non può estendersi alla fattispecie in esame per via interpretativa analogica: occorre investire della questione la Corte costituzionale, se il legislatore non interviene per adeguare la disciplina cautelare ai canoni costituzionali di riferimento.

The Supreme Court also considered directly applicable to the offense under art. 609-octies c.p. the principle expressed by the Constitutional Court which, except for crime of mafia character, a judicial authority may choose a most lenient coercive measure than pre-trial detention, otherwise as required by art. 275, paragraph 3, c.p.p. However, that principle cannot be extended – reasoning by analogy – about to this case: it is for the Constitutional Court to decide, if the legislature fails to ensure that the law complies with constitutional standards.

Il caso

La sentenza n. 4377/2012 della Sezione III della Cassazione tocca davvero un nervo sco-

perto e provoca polemiche, puntualmente enfatizzate dai *mass media*, tanto che al suscitato clamore ha addirittura fatto seguito un comunicato dell'Ufficio stampa della Corte Su-

prema, volto a precisare *ratio* ed effetti della pronuncia.

Il caso da cui muove riguarda un fatto gravissimo – la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.) nei confronti di minorenne – per il quale il tribunale, in sede di riesame, aveva confermato l'ordinanza di custodia cautelare nei confronti dei due indagati, ritenendo, da un lato, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza; dall'altro lato, l'obbligatorietà della custodia in carcere, poiché il delitto *de quo* è ricompreso fra quelli per cui il comma 3 dell'art. 275 – dopo le modifiche operate nel 2009 – impone in via automatica tale misura, se non risultano in concreto elementi specifici tali da escludere la sussistenza delle esigenze cautelari.

In seguito al ricorso, la Corte suprema rileva un duplice vizio nell'ordinanza: in primo luogo, «il difetto di motivazione» circa il giudizio sulla gravità del quadro indiziario; in secondo luogo, «l'errata interpretazione e applicazione della legge processuale», in quanto, se pur il reato di cui all'art. 609-*octies* non rientra fra quelli espressamente menzionati dalla Corte costituzionale nella sentenza d'illegittimità n. 265 del 2010¹ (che si riferiva solo ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1°, 609-*bis* e 609-*quater* c.p.), costituendo delitto a sfondo sessuale è ad essi assimilabile per carattere, cosicché i principi espressi in quella occasione «appaiono potenzialmente riferibili» anche alla fattispecie in esame. Di qui la prospettata interpretazione estensiva, per cui anche con riferimento alla violenza sessuale

di gruppo il giudice deve valutare se possano applicarsi misure diverse dalla custodia in carcere quando siano acquisiti elementi specifici, nel caso concreto, da cui risulti che le esigenze cautelari possano essere adeguatamente soddisfatte.

La motivazione addotta, che introduce un criterio valutativo fondato sull'analogia, al fine di prospettare una soluzione in linea con i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, non convince. E ciò, sia perché punta a fornire al giudice di merito uno strumento diretto a superare il dettato normativo, prescindendo dalla (corretta) iniziativa volta ad investire della questione la Corte costituzionale; sia in quanto prospetta il vizio nei termini (inconsueti) di una errata interpretazione e applicazione della legge processuale.

Da sempre tema sensibile, la “questione cautelare”, fra cicliche emergenze determinanti estemporanee soluzioni legislative e conseguenziali riassetto normativi volti a correggere incoerenze costituzionali, trova rinnovato interesse per alcuni sviluppi concernenti i criteri selettivi delle misure, quando si tratti di affrontare reati gravi, che mettono in pericolo l'incolumità personale e la sicurezza pubblica.

Il peculiare profilo oggetto della pronuncia annotata si colloca lungo un itinerario segnato da importanti sviluppi, normativi e giurisprudenziali, da cui non è possibile prescindere per comprendere appieno motivi e implicazioni della soluzione interpretativa proposta dalla Cassazione.

... fra coordinate normative ed esperienze del passato

Il trattamento cautelare occupa un'area segnata da confini costituzionali: in particolare, dai parametri espressi, in positivo, dall'art. 13 Cost., che impone una riserva di legge e di giurisdizione, nonché un obbligo di motivazione (ma cela un “vuoto di fini”), ed emergenti,

¹ C. cost., sent. 21 luglio 2010 n. 265, *Dir. pen. e proc.*, 2010, 949, con commento di Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*; Guida dir., 2010, n. 35, 51, con nota di Lorusso, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia cautelare*. V., inoltre, i rilievi di Spangher, *La “neutralizzazione” della pericolosità sociale. Prime riflessioni*, *Giust. pen.*, 2010, I, 407, e di Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Legislazione pen.*, 2010, 499 ss.

in negativo, dall'art. 27 Cost., che, laddove esprime la presunzione di non colpevolezza, si prospetta quale regola di trattamento volta ad escludere ogni cautela processuale posta in chiave anticipatoria della pena.

La presenza, a fianco di ogni considerazione relativa al *fumus commissi delicti*, delle condizioni di applicazione che individuano dei *pericula libertatis*, se dà corpo a esigenze endoprocessuali – di cui alle lett. a) e b) – che legittimano i provvedimenti restrittivi, laddove sottende – alla lett. c) – elementi indicativi di pericolosità sociale rivela un primo punto d'attrito, espressione delle tensioni e delle spinte tese a considerare anche esigenze extraprocessuali, più propriamente di spessore sostanziale, legate a quelle istanze di «tutela della collettività» già enunciate in sede di legge-delega (art. 2, dir. n. 59, l.d. n. 81/1987).

Neppure i profili inerenti ai criteri di scelta delle misure, improntati a regole generali espressive degli indici valutativi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, che pongono la custodia quale *extrema ratio*, sono risultati privi di condizionamenti correlati al tipo di reato e all'allarme sociale suscitato.

Infatti, accanto alla regola generale contenuta nella formulazione originaria dell'art. 275 c.p.p., per cui «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata», in seguito all'allarmante incremento dei reati di mafia, il d.l. n. 152/1991 convertito in l. n. 203/1991 veniva ad affiancare, per un significativo numero di reati², la deroga che imponeva invece

la custodia in carcere con la seguente specificazione: «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure». Così, mentre, per la generalità dei reati, valevano i criteri di gradualità delle misure e di residualità della custodia in carcere, per i delitti specificamente indicati s'incontrava il diverso parametro valutativo concretantesi in una presunzione di applicabilità della custodia cautelare, fatta salva l'insussistenza, in concreto, di esigenze cautelari – nel qual caso non si sarebbe prospettata alcuna misura restrittiva della libertà personale – oppure la ritenuta adeguatezza di un'altra misura meno afflittiva a soddisfare le esigenze cautelari.

Quest'ultimo parametro valutativo era però destinato a venir meno con il d.l. n. 292/1991 convertito in l. n. 356/1991, a seguito del quale si configurava unicamente la rigida alternativa fra la custodia in carcere o, nel caso di insussistenza delle esigenze cautelari, la libertà.

Un'ulteriore novella, rappresentata dalla l. n. 332/1995, veniva poi ad incidere sul nucleo normativo riguardante la tipologia di reati, limitando l'operatività della deroga ai soli delitti di associazione mafiosa *ex* art. 416-bis c.p. o di delitti commessi avvalendosi di quelle condizioni o per agevolare l'attività delle associazioni stesse. Il rigido schema era fondato sull'automatismo della duplice presunzione – relativa, circa la sussistenza delle esigenze cautelari; assoluta, circa la misura adeguata a rispondere ai *pericula libertatis* – e si risolveva in un onere motivazionale semplificato per il giudice riguardo all'ordinanza di custodia in carcere³.

luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'art. 2, comma 3, l. n. 110/1975, ovvero dei delitti di cui agli artt. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, comma 2, e 74 d.P.R. n. 309/1990 t.u. stup.

³ Cass., sez. un., 28 dicembre 1994, n. 16, *CED Cass.*,

² Si trattava dei delitti di cui agli artt. 285, 286, 416-bis e 422 c.p. e di quelli, consumati o tentati, di cui agli artt. 575, 628, comma 3°, 629, comma 2°, e 630 dello stesso codice, dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci ovvero dei delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in

La conformità ai fondamentali parametri costituzionali dell'assetto così individuato trovava poi conferma giurisprudenziale.

In particolare, nell'ordinanza n. 450 del 1995⁴, la Corte costituzionale sottolineava che se, nell'*an*, ogni valutazione circa la sussistenza dei presupposti cautelari è riservata in concreto al vaglio giudiziale, nel *quomodo*, la scelta del tipo di misura e, in particolare, la previsione di adeguatezza della sola custodia in carcere, può «essere effettuata in termini generali dal legislatore», non potendosi considerare irragionevole «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (...) atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è conaturato».

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella decisione del 2003 sul caso Pantano⁵, veniva ad avallare la scelta normativa espressa dall'art. 275, comma 3, c.p.p., laddove si specificava che la particolare natura del crimine organizzato di stampo mafioso giusti-

fica provvedimenti cautelari diretti a «tagliare i legami esistenti tra le persone interessate ed il loro ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti simili». E', in sostanza, il grado di pericolosità derivante dalla particolare natura e dalle specifiche connotazioni del reato di mafia a legittimare l'unidirezionale soluzione che consente di arginare i *pericula libertatis* attraverso la misura più afflittiva.

... un travagliato presente

Più recentemente, una rinnovata spinta emergenziale, correlata all'allarmante *escalation* di alcuni gravi delitti⁶, ha indotto a innovare l'assetto e gli equilibri normativi sottesi alla regola generale di gradualità delle misure cautelari e all'eccezione fondata sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare per i reati di criminalità organizzata di stampo mafioso, giustificata sul piano ontologico dalle peculiarità e dalla specifica struttura di quei reati.

Con il d.l. n. 11/2009, convertito in l. n. 38/2009⁷, la deroga normativa è estesa in una

199387, secondo cui quando vi siano gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati nell'art. 275, comma 3 (nella fattispecie si trattava dell'associazione per delinquere di stampo mafioso) «deve essere senz'altro applicata la misura della custodia cautelare in carcere, senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono presunte dalla legge». Di conseguenza, secondo la Corte, «al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto dell'inesistenza di elementi idonei a vincere tale presunzione, mentre l'obbligo di motivazione diventa più oneroso nell'ipotesi in cui l'indagato o la sua difesa abbiano evidenziato elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi allora addurre o, quanto meno, dedurre gli elementi di fatto sui quali la prognosi positiva può essere fatta». In linea, Cass., sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 10318, CED Cass., 239211; Cass., sez. I, 14 luglio 1998, n. 4291, CED Cass., 211412.

⁴ C. cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, Cass. pen., 1996, 2835, con nota di Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*

⁵ Corte e.d.u., 6 novembre 2003, ric. 60851/00, Pantano c. Italia, www.echr.coe.int, § 70.

⁶ Al riguardo, v. le osservazioni di Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, Guida dir., 2010, n. 39, 39 ss.

⁷ V., con riferimento alle modifiche in materia cautelare, Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, Dir. pen. e proc., 2009, 948 ss.; Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, AA.VV., *Il «pacchetto sicurezza» 2009* (Commento al d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 39 e alla legge 15 luglio 2009 n. 94), a cura di Mazza-Vigano', Torino, 2009, 2283 ss.; Epidendio, *Presunzioni e misure cautelari personali*, AA.VV., *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, a cura di Corbetta, Della Bella, Gatta, Milano, 2009, 405 ss.; Ruggeri, *commento art. 2, D.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, Legislazione pen., 2009, 429 ss.; Bricchetti-Pistorelli, *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere*, Guida dir., 2009, n. 10, p. 45 ss. Già in rapporto ai dubbi circa la legittimi-

duplice direzione: mediante rinvio ai delitti richiamati dagli artt. 51, comma 3-bis e comma 3-quater, c.p.p., e attraverso un diretto riferimento normativo ad ulteriori fattispecie delittuose specificamente individuate⁸. La clausola fondata sulla presunzione di adeguatezza della (sola) custodia in carcere, viene così a ricomprendere, di nuovo, un'area che investe una pluralità di fattispecie.

In particolare, per effetto dell'intervento di tipo estensivo, la norma che deroga al fondamentale criterio di progressività e residualità della custodia carceraria non riguarda solo dei reati che presuppongono un vincolo associativo di tipo mafioso, ma anche ulteriori gravi delitti contro la vita, la libertà della persona e la libertà sessuale: in tutti questi casi si prefigura un onere motivazionale alleggerito da ogni vincolo riguardante la scelta della misura. Lo sviluppato ambito derogatorio per cui sussiste una presunzione di pericolosità e opera l'automatismo applicativo della custodia in carcere (salvo non sussistano esigenze

cautelari)⁹, non poteva, considerata la precedente elaborazione interpretativa giurisprudenziale, risultare indenne dal controllo di costituzionalità.

Sono alcuni delitti di cui agli articoli 600-bis, comma 1°, 609-bis e 609-quater c.p. – si tratta, rispettivamente, dell'induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, della violenza sessuale e di atti sessuali con minorenne – ad essere per primi considerati nella prospettiva della compatibilità costituzionale della previsione che pone, in rapporto ad essi, la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere. Pur «odiosi e riprovevoli», i connotati intrinseci dei delitti *de quibus*, che risultano tali da comprendere «condotte nettamente differenti, quanto a modalità lesive del bene protetto», inducono la Corte, nella sentenza n. 265 del 2010, a ritenere che non possa estendersi ad essi la *ratio* posta alla base della «regola di esperienza sufficientemente condivisa» per cui nei casi di criminalità mafiosa le esigenze cautelari non possano che essere soddisfatte con la custodia in carcere. Esclusa la ragionevolezza della parificazione ai delitti di mafia, richiamato il valore fondante il regime cautelare espresso dall'art. 13 Cost. e rimarcata l'illegittimità, rispetto all'art. 27, comma 2°, Cost., di ogni esperimento normativo diretto a implementare nella funzione cautelare connotati tipici della pena, la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p., prospetta per i citati delitti di carattere sessuale un trattamento cautelare

tà costituzionale dell'innovato art. 275 c.p.p. v. inoltre Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, *Dir. pen. e proc.*, 2010, 227 ss.; Andreazza, *L'ennesima modifica dell'art. 275, comma 3, c.p.p. tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto*, *Cass. pen.*, 2010, 3342.

⁸ Nel complesso, l'art. 51, al comma 3-bis richiama «i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis e 630 del codice penale, (...) i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché (...) i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152»; al comma 3-quater «i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo». Lo specifico richiamo contenuto nell'art. 275, comma 3 riguarda i «delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale» e «i delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate».

⁹ L'orientamento giurisprudenziale maggioritario si è espresso nel senso che la presunzione opera anche in corso di esecuzione, senza riconoscere la possibilità di sostituzione con una misura meno grave e prospettando la sola possibilità di revoca qualora le esigenze cautelari vengano meno (v., fra le più recenti, Cass., sez. V, 22 giugno 2011, n. 35190, *CED Cass.*, 251201; Cass., sez. II, 16 febbraio 2011, n. 11749, *CED Cass.*, 249686); invece, nel senso che l'automatismo riguarda esclusivamente il momento genetico, applicativo della misura, e non le vicende successive relative alla permanenza delle esigenze cautelari è in particolare Cass., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 4424, *CED Cass.*, 249188.

differenziato, individuando una presunzione relativa di adeguatezza, superabile da elementi che inducano a ritenere adeguata altra misura meno afflittiva.

Tale regime speciale – un *tertium genus*¹⁰ che evoca schemi legislativi già elaborati in passato – sarà parimenti prospettato anche nelle successive declaratorie di illegittimità a seguito delle sentenze n. 164¹¹, 231¹² e 331¹³ del 2011 rispettivamente riguardanti l'omicidio volontario (art. 575 c.p.), l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 t.u.stup.) e i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286/1998)¹⁴. Secondo la

Corte costituzionale, in tutti questi casi – non solo integranti «fatti meramente individuali» o comunque legati a «specifici contesti», ma anche espressione di vincoli associativi mancanti, però, delle specifiche connotazioni tipiche dell'organizzazione mafiosa e suscettibili di manifestarsi secondo un profilo variabile, quanto a modi e ambiti – sarebbe da escludere la validità della «regola di esperienza» per cui la custodia in carcere verrebbe a costituire l'unica risposta adeguata ad assicurare le esigenze di cautela processuale.

... e un incerto futuro

Da questo quadro, che al disegno legislativo vede sovrapporsi marcati ritocchi della giurisprudenza costituzionale, emerge, in rapporto al trattamento cautelare, un differenziato e triplice regime:

- a) un regime ordinario, basato sul fondamentale criterio del «minore sacrificio necessario», secondo lo schema di «pluralità graduata»¹⁵ delle varie misure cautelari: per la generalità dei reati, esclusi quelli qui indicati *sub b)* e *c)*;
- b) un regime speciale automatico, fondato sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere: per tutti i reati indicati dal legislatore nell'art. 275, comma 3, secondo periodo, tranne quelli *sub c)*;
- c) un regime speciale attenuato, per effetto della presunzione relativa di adeguatezza della custodia in carcere, superabile dall'acquisizione di elementi specifici da cui risulti che le esigenze cautelari possano essere sod-

¹⁰ Così Spangher, *La "neutralizzazione"*, cit., 407.

¹¹ C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, *Guida dir.*, 2011, n. 22, 70, con nota di Lorusso, *Altre le norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del «minor sacrificio necessario»*; *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1218, con nota di Balducci, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*; *Giust. pen.*, 2011, I, 214, con nota di Andò, *Tutto o niente. Presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinati delitti: la Corte costituzionale e la differente dimensione cautelare tra i delitti di mafia e l'omicidio volontario*; *Cass. pen.*, 2011, 3331, con nota di Longo, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*.

¹² C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, *Guida dir.*, 2011, n. 33-34, 60, con nota di Lorusso, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola d'esperienza*. Per ulteriori osservazioni sulla sentenza n. 231 e sulle precedenti decisioni d'illegittimità costituzionale v. Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, *Legislazione pen.*, 2011, 697 ss.

¹³ C. cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, in *www.cortecostituzionale.it*

¹⁴ Uno schema analogo a quello previsto nell'art. 275, comma 3, c.p.p. è contemplato dall'art. 12, comma 4-bis, t.u. immigrazione. Infatti, a seguito delle modifiche apportate sempre dalla legge n. 94/2009, relativamente ai reati previsti dal comma 3 dello stesso articolo commessi da chi, in violazione della disciplina del citato testo unico, «promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente», se ricorrono taluni elementi specificamente indicati, si dispone che «quando sussistono

gravi indizi di colpevolezza (...) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari». In merito v. Marandola, *Le disposizioni contro le immigrazioni clandestine: profili processuali*, AA.VV., *Il sistema della sicurezza pubblica*, a cura di Ramacci e Spangher, Milano, 2010, 847 ss.

¹⁵ Le citate locuzioni sono di costante utilizzo nelle citate sentenze n. 265 del 2010, e nn. 164, 231, 331 del 2011 della Corte costituzionale.

disfatte con altre misure: per i reati di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1°, 609-*bis*, 609-*quater*, 575 c.p., 74 t.u. stup., e per quelli previsti dal comma 3 dell'art. 12 t.u. immigrazione.

Se la presunzione assoluta impone un'univoca soluzione dettata dall'automatismo che correla ai reati individuati la custodia cautelare, il criterio selettivo, conseguente alla presunzione relativa, prefigura un onere motivazionale a giustificazione dell'adeguatezza di una determinata scelta cautelare secondo un indice che muove, per così dire verticalmente, dalla custodia in carcere alle altre misure meno afflittive. La verifica attraverso il criterio selettivo ordinario, invece, va condotta in senso contrario, ossia dalle misure meno afflittive alla custodia in carcere.

L'instabilità dello schema sopra tracciato è tuttavia evidente allorché si consideri l'esito del canone interpretativo – nel suo procedere per analogia e distinzione – che funge da *fil rouge* dell'elaborazione giurisprudenziale costituzionale: soltanto le particolari connotazioni ontologiche dell'associazione a delinquere di stampo mafioso sono tali da legittimare – per regola d'esperienza condivisa – la ragionevolezza della presunzione di obbligatorietà della custodia in carcere, quale unica misura in grado di rispondere adeguatamente alle esigenze cautelari. Se pur è ricorrente l'assunto che la gravità del reato, la natura dell'interesse protetto e il pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica non possono di per sé legittimare soluzioni cautelari fondate sulla necessità di ricorrere alla misura più grave e afflittiva, l'individuato correttivo consistente nella presunzione relativa di adeguatezza della custodia carceraria consente di differenziare, contemperando garanzie personali ed emergenze sociali, e così scongiurando automatismi che, oltre a non essere compatibili con i canoni costituzionali, mal si adattano alla varietà delle fattispecie sussumibili in un'astratta figura criminosa.

I criteri interpretativi espressi dalla giurisprudenza costituzionale inducono a prevedere che il sistema si sviluppi limitando il regime speciale *sub b*) ai soli reati di criminalità mafiosa, salvo ritenere che alcuni dei reati di marca associativa manifestino profili strutturali analoghi a quelli *ex art.* 416-*bis* c.p. (forse i delitti con finalità terroristiche?)¹⁶, tanto da giustificare corrispondenti soluzioni normative rigide nella presunzione *ex lege* della necessità della custodia in carcere. Parallelamente, si dovrebbe registrare l'espansione del regime speciale attenuato *sub c*) a tutti gli altri reati indicati nell'art. 375, comma 3, c.p.p., in modo da consentire di disporre una misura diversa dalla custodia in carcere quando vi siano elementi che inducano a ritenerla idonea a rispondere alle esigenze cautelari.

Salvo prefigurare una declaratoria che coinvolga tutti i reati richiamati per rinvio o riferimento diretto nell'art. 275, comma 3, c.p.p., tale futuro assetto, però, non potrebbe che essere conseguenza di ulteriori e specifici interventi della Corte costituzionale, diretti ad estendere ad ulteriori fattispecie il regime speciale attenuato, oppure di un provvedimento legislativo volto ad innovare la disciplina cautelare conformandosi ai *dicta* della giurisprudenza costituzionale.

Pur essendo i principi affermati nelle citate sentenze d'illegittimità – specie quelli esposti nella sentenza n. 265 del 2010 – senz'altro riferibili in astratto anche alla figura criminosa di cui all'art. 609-*octies* c.p., essi non possono, a differenza di quanto afferma la Corte di Cassazione, ritenersi «direttamente applicabili» anche alla fattispecie citata.

Proprio la sentenza n. 265 del 2010 costituisce un serio ostacolo tecnico, laddove limita la dichiarazione d'illegittimità, e la conseguente regola peculiare inerente al trattamento cautelare, ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma

¹⁶ Cfr. al riguardo LORUSSO, *Il variegato panorama*, cit., 63.

1°, 609-bis e 609-quater c.p., così rinunciando a un'estensione della declaratoria alle altre fattispecie autonome di reato – previste non solo dall'art. 609-octies, ma anche dagli artt. 600-ter (escluso il comma 4°) e 600-quinquies c.p. – accomunate dall'identità di contesto normativo e di obiettivi di tutela, sia pur nelle varie declinazioni che comprendono specificamente anche la protezione del minorenni da ogni forma di sfruttamento e violenza.

L'interpretazione estensiva suggerita dalla Cassazione, che si conforma ai principi emergenti dagli sviluppi giurisprudenziali relativi al regime trattamentale cautelare, di fatto viene, però, a disapplicare il dettato normativo, e si pone in chiave surrogatoria rispetto alla necessità di proporre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 13, comma 1°, e 27, comma 2°, Cost. Se pur scontato, l'esito dell'investitura della Corte non può venire, per ciò stesso, a legittimare l'anticipata applicazione della *regula iuris* espressa dalla giurisprudenza costituzionale.

Né l'opzione interpretativa manifestata potrebbe essere giustificata da considerazioni di opportunità, legate al fatto che «la sospensione del procedimento fino alla decisione della Consulta avrebbe potuto determinare la scarcerazione degli imputati per decorrenza dei termini di custodia»¹⁷, tanto più che non pare sia stato intempestivo l'intervento del giudice delle leggi nelle occasioni in cui è stata posta la questione di costituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p., sotto il profilo che qui si considera.

Peraltro, anche il prospettato vizio nei termini di «errata interpretazione e applica-

zione della legge processuale» desta qualche perplessità, sia perché a rilevare, in rapporto all'«erronea applicazione», è, se mai, in base al comma 1, lett. b), dell'art. 606 c.p.p., la legge penale, sia perché il mancato apprezzamento dell'alternativa cautelare meno afflittiva da parte del giudice di merito verrebbe più propriamente a riflettersi sulla motivazione del provvedimento restrittivo, integrando l'ipotesi di cui alla lett. e) del comma sopra citato, relativa alla «mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità» della medesima.

Più che «solo un ulteriore argomento»¹⁸, rispetto al riscontrato difetto di motivazione sulla gravità del quadro indiziario che ha indotto all'annullamento dell'ordinanza del giudice del riesame, l'interpretazione proposta dalla Corte Suprema è da considerarsi al pari di un *obiter dictum*, che non potrebbe vincolare, in termini di principio di diritto, il giudice che provvede in materia cautelare. Dalla giurisprudenza costituzionale non emerge, infatti, un additivo ermeneutico che possa guidare in un'interpretazione costituzionalmente orientata del dettato legislativo, ma una integrativa regola di giudizio che si pone quale correttivo delle scelte legislative operate per garantirne la coerenza ai principi costituzionali.

Di certo, la linea interpretativa proposta dalla Cassazione, volta a superare le attuali antinomie creatasi nella disciplina cautelare, si rivela segnale forte di «disagio», che dovrebbe indurre il legislatore a provvedere tempestivamente, adeguandosi alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale: per scongiurare ulteriori censure dell'art. 275, comma 3, c.p.p., seriali declaratorie d'illegittimità e prevedibili «moniti» diretti a sollecitare le opportune modifiche legislative.

¹⁷ Così nel comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte di Cassazione «La Cassazione sull'obbligo di carcere per lo stupro di gruppo».

¹⁸ In questi termini si esprime il comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte di Cassazione, cit.

Ricorribile per cassazione la condanna alle spese in favore della parte civile disposta con la sentenza di patteggiamento

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 novembre 2011, n. 40288 – Pres. Lupo; Rel. Cassano

È ricorribile per cassazione la sentenza di patteggiamento nella parte relativa alla condanna alla rifusione delle spese di parte civile, in particolare per quanto attiene alla legalità della somma liquidata e alla esistenza di una corretta motivazione sul punto, una volta che sulla relativa richiesta, proposta all'udienza di discussione, nulla sia stato eccepito

[omissis]

1. La questione di diritto devoluta alle Sezioni Unite può essere riassunta nei seguenti termini: “se sia ricorribile la sentenza di patteggiamento nella parte relativa alla condanna alla rifusione delle spese di parte civile, in particolare per quanto attiene alla congruità delle somme liquidate e alla coerenza della motivazione sul punto, una volta che, sulla relativa richiesta, proposta all'udienza di discussione, nulla sia stato eccepito.

2. Come osservato dalla ordinanza di rimessione, la problematica sottoposta all'esame del Collegio è in concreto rilevante sotto due profili.

La questione concernente la totale assenza della motivazione della sentenza impugnata in merito alla determinazione della somma posta a carico delle imputate a titolo di rifusione delle spese sostenute dalla parte civile s'intreccia, infatti, con il tema più generale della fisionomia della decisione ex art. 444 c.p.p. e dell'estensione dell'accordo fra le parti.

In via preliminare si tratta, quindi, di stabilire se la pronuncia sulle spese sostenute dalla parte civile abbia un fondamento pattizio, dal momento che essa si inserisce all'interno di uno schema di giustizia contrattata, e se l'entità della somma da liquidare, così come indicata nella nota presentata dalla stessa parte civile nel corso dell'udienza di discussione, venga a far parte dell'accordo tra le parti, ossia dei termini del patteggiamento.

3. In proposito si registrano due contrastanti orientamenti nell'ambito della giurisprudenza di legittimità.

3.1. Un primo indirizzo interpretativo ritiene che l'accordo fra il pubblico ministero e l'imputato, in quanto pertinente esclusivamente agli aspetti penalistici e sanzionatori, non si estende a

quelli strettamente inerenti la liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile, la cui entità non è, pertanto, ricompresa nell'accordo processuale.

Posto, dunque, che la domanda della parte civile di essere sollevata dalle spese processuali è strutturalmente estranea all'accordo intercorrente tra pubblico ministero e imputato sulla pena da applicare in relazione ad una determinata fattispecie criminosa e che su tale domanda il giudice ha il dovere di decidere con una pronuncia avente natura formale e sostanziale di condanna, è indubbio che su tale capo della sentenza la parte interessata (imputato o parte civile) è legittimata a dedurre, mediante il ricorso per cassazione, le normali censure che attengono alla valutazione giudiziale circa la pertinenza delle voci di spese, la loro documentazione e congruità. Proprio per consentire siffatto controllo sulla statuizione accessoria alla sentenza di patteggiamento, il giudice ha il dovere di fornire adeguata motivazione (Sez. 6, n. 7902 del 03/02/2006, Fassina, Rv. 233698; Sez. 6, n. 3057 del 20/12/2000, dep. 11/01/2001, Fanano, Rv. 219707; cfr. inoltre, Sez. 4, n. 20796 del 03/05/2006, Lopo, Rv. 234593 che ha affrontato il tema in modo incidentale).

In coerenza con queste premesse teoriche si argomenta, inoltre, che è rilevabile in sede di legittimità il vizio motivazionale della sentenza di applicazione di pena nella determinazione globale dell'ammontare delle spese liquidate in favore della parte civile, in quanto ostativo della doverosa verifica delle parti in ordine al rispetto dei limiti tariffari e delle altre condizioni di legge nelle singole voci di spesa (Sez. 2, n. 39626 dell'11/05/2004, Di Pinto, Rv. 230052).

3.2. Le decisioni che si collocano sull'altro versante interpretativo argomentano che la pronuncia sulle statuizioni contenute nella sentenza di patteggiamento in favore della parte civile, essendo necessariamente oggetto di rappresentazione ed accettazione da parte dell'imputato che abbia avanzato l'istanza di applicazione della pena o vi abbia aderito, viene a far parte, pur se non espressamente, di un atto plurilaterale.

Dalla riconducibilità della liquidazione degli esborsi sostenuti dalla parte civile all'ambito dell'accordo delle parti derivano, quale logiche conseguenze, l'applicazione anche agli stessi del principio dell'intangibilità dell'accordo e l'inammissibilità delle censure mosse, mediante il ricorso per cassazione, dall'imputato che nulla aveva eccepito in sede di patteggiamento.

Questo secondo indirizzo ermeneutico non giunge, però, ad affermare il carattere incondizionato dell'adesione all'accordo, e si pone il problema della mancanza di conoscenza in capo alla parte - al momento della richiesta o dell'accettazione della pena - dell'ammontare e della giustificazione delle spese oggetto dell'istanza di liquidazione della parte civile, la cui presentazione si colloca in un successivo momento processuale. A tale riguardo osserva che è onere della parte che intenda contestare la misura delle spese richieste dalla parte civile sollevare specifica eccezione sui contenuti della nota da quest'ultima presentata nel corso dell'udienza. Ove nulla venga eccepito in proposito in quella sede, è preclusa la possibilità di avanzare, con il ricorso per cassazione, rilievi circa la congruità delle spese liquidate (Sez. 5, n. 14309 del 21/03/2008, Leoni, Rv. 239491; Sez. 5, n. 35599 del 27/09/2002, Ridolfi, Rv. 222684; Sez. 6, n. 2815 del 21/01/1999, Mingon, Rv. 213473; Sez. 5, n. 6375 del 26/11/1998, dep. 18/01/1999, Costa, Rv. 212149; Sez. 3, n. 2000 del 02/05/1996, Maranini, Rv. 205469).

Alcune delle pronunce riconducibili a questo indirizzo rilevano, ulteriormente, che grava sull'imputato che impugna la statuizione della sentenza relativa alla liquidazione delle spese processuali in favore della parte civile l'onere di dimostrare, qualora la liquidazione sia stata effettuata in misura assai contenuta, l'esistenza di uno specifico interesse a sostegno della ri-

chiesta di applicazione delle tariffe professionali (Sez. 5, n. 21056 del 08/04/2011, Rosania, non massimata; Sez. 2, n. 24790 del 16/04/2010, Halilovic, Rv. 247737).

4. Il Collegio ritiene di condividere il primo dei due orientamenti illustrati sulla base di argomentazioni di tipo letterale e logico-sistematico.

Sotto il profilo soggettivo, il tenore testuale del comma 2 del novellato art. 444 c.p.p. rende evidente che il danneggiato è escluso dalla partecipazione all'accordo che intercorre fra imputato e pubblico ministero, pur avendo lo *ius loquendi* sulle questioni che formano oggetto della valutazione del giudice; si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle iniziative, esterne al patteggiamento, volte ad indurre il giudice a respingere l'accordo o a postulare la subordinazione dell'eventuale sospensione condizionale della pena alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato (cfr. in proposito Sez. 3, n. 2442 del 18/06/1997, Groppelli, Rv. 208809; Sez. 5, n. 3305 del 01/7/1996, Carboni, Rv. 205864; Sez. 5, n. del 06/10/1993, Salerno; Sez. 3, n. 3683 del 29/11/1991, Genvaldo, Rv. 188725; Sez. 4, 26 novembre 1991, Addario).

Da un punto di vista oggettivo, il dato normativo ha una portata inequivoca nel definire la natura e i contenuti tipici del patteggiamento sulla pena unicamente in relazione agli aspetti penalistico-sanzionatori e nel lasciare strutturalmente estranea all'accordo intercorrente tra il pubblico ministero e l'imputato sulla pena da applicare ad una determinata fattispecie delittuosa la parte civile, i cui interessi non possono filtrare nell'accordo attraverso il pubblico ministero neppure sotto il limitato profilo della rifusione delle spese sostenute (Sez. 4, n. 6670 del 09/04/1991, Pilotti, Rv. 187788).

Né, d'altra parte, si può ipotizzare che, parallelamente all'accordo principale tra pubblico ministero e imputato, si perfezioni implicitamente un patto autonomo – pur se intimamente connesso al primo – tra l'imputato e il danneggiato. Per escludere tale opzione esegetica appaiono decisive le seguenti considerazioni sull'ipotetico meccanismo di conclusione del presunto accordo.

Innanzitutto la condanna alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile può mancare, quando il giudice, all'esito della verifica in ordine alla legittimazione del soggetto leso dal reato, ordinariamente assorbita nella statuizione sul *petitum*, ritenga lo stesso privo di legittimazione (Sez. U, n. 12 del 19/05/1999, Pediconi, Rv. 213857).

In secondo luogo dal novellato art. 444, comma 2, c.p.p. si evince che manca qualsiasi forma di automatismo tra la richiesta del soggetto leso e il provvedimento del giudice, avendo quest'ultimo il potere di compensare, in tutto o in parte, per giusti motivi, le spese. Poiché, come ha evidenziato un'autorevole dottrina, la compensazione equivale a mancanza di condanna, è agevole concludere che il giudice chiamato a pronunciare sentenza ex art. 444 c.p.p. ha la facoltà di porre solo in parte o di non porre affatto le spese a carico dell'imputato.

Infine, in presenza di una domanda di rifusione delle spese tempestivamente proposta dalla parte civile, il giudice, anche in assenza della produzione della relativa nota, può ugualmente procedere alla liquidazione delle stesse sulla base della tariffa professionale vigente, atteso che l'art. 153 disp. att. c.p.p. non commina alcuna sanzione di nullità o inammissibilità per l'inosservanza del dovere della parte civile di depositare la predetta nota (Sez. U, n. 20 del 27/10/1999, Fraccari, Rv. 214640).

Sulla base delle considerazioni sinora svolte possono trarsi due conclusioni.

La domanda della parte civile tesa ad ottenere la rifusione delle spese sostenute nel processo svolto nelle forme di cui all'art. 444 c.p.p., pur inserendosi in uno schema di giustizia contrattata, esula dall'accordo intercorso tra il pubblico ministero e l'imputato circa la pena da appli-

care in ordine ad un determinato reato. L'entità della somma da liquidare a titolo di rifusione delle spese sostenute dalla parte civile non è compresa nei termini del patteggiamento e forma oggetto di una decisione che, pur se inserita nel rito alternativo, si connota per la sua autonomia (in quanto prescinde dalla pronuncia sul merito) e per la maggiore ampiezza dello spazio decisorio attribuito al giudice rispetto a quello inerente ai profili squisitamente penali.

Tali affermazioni ben si armonizzano con i principi espressi dalla Consulta (Corte cost., sent. n. 443 del 1990) che, nel ritenere incompatibile con il parametro costituzionale (art. 24 Cost.) l'omessa previsione della condanna dell'imputato a rifondere le spese sostenute dal danneggiato, ha sottolineato l'irragionevolezza della preclusione ad una pronuncia su un oggetto "non così strettamente collegato alla sentenza di condanna per la responsabilità civile", come quello sulle "spese processuali sostenute dalla parte civile".

5. Non merita di essere condivisa neppure l'affermazione - presente in talune delle sentenze riconducibili al secondo indirizzo interpretativo - che sia onere dell'imputato sollevare specifica eccezione sui contenuti della nota spese presentata dalla parte civile nel corso dell'udienza, qualora intenda contestare la loro entità.

All'accoglimento di questa tesi ostano argomenti di tipo sistematico.

Innanzitutto tale considerazione può valere soltanto nelle ipotesi in cui la nota spese sia effettivamente presentata, ma non si attaglia alla generalità dei casi, atteso che, come già in precedenza accennato, il giudice, in presenza di una tempestiva domanda della parte civile, ben può procedere alla liquidazione delle spese da essa sostenute sulla base della tariffa professionale vigente anche in assenza della produzione della relativa nota (Sez. U, n. 20 del 27/10/1999, Fraccari, cit.).

Inoltre la richiesta di applicazione concordata della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. non vincola il giudice che ben può rigettarla, ove ritenga la pena non adeguata.

La decisione sulle spese della parte civile interviene, comunque, soltanto dopo che sia stata positivamente risolta la questione dell'applicabilità della pena concordata fra le parti essenziali del processo.

Per tutte queste ragioni la previsione di un onere di contestazione gravante sull'imputato non appare coerente con la peculiarità del rito e con le sue scansioni procedurali (cfr. Sez. U, n. 47803 del 27/11/2008, D'Avino, Rv. 241356 sulle problematiche poste dalla presentazione della richiesta di applicazione della pena nel corso delle indagini preliminari con conseguente non ammissibilità della costituzione di parte civile e illegittimità della condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dal danneggiato dal reato la cui costituzione sia stata ammessa dal giudice nonostante tale divieto).

6. Considerato, quindi, che la domanda di rifusione delle spese processuali avanzata dalla parte civile nell'ambito del processo instaurato nelle forme di cui all'art. 444 c.p.p. è estranea all'accordo intercorrente tra il pubblico ministero e l'imputato e che il giudice è tenuto a provvedere su tale richiesta, con una pronuncia avente natura formale e sostanziale di "condanna", soltanto dopo avere positivamente vagliato la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della pena concordata tra le parti essenziali del processo, è indubbio che su questo capo della sentenza la parte interessata (imputato o parte civile) è legittimata a formulare i rilievi attinenti alla pertinenza delle voci di spesa, alla loro congruità, alla loro documentazione.

Correlativamente sussiste il dovere del giudice di fornire, pur nell'ambito di una valutazione discrezionale, un'adeguata motivazione sulle singole voci riferibili all'attività svolta dal patrono di parte civile e sulla congruità delle somme liquidate, tenuto conto del numero e dell'impor-

tanza delle questioni trattate, della tipologia ed entità delle prestazioni difensive, avuto riguardo ai limiti minimi e massimi fissati dalla tariffa forense.

L'osservanza di tale dovere, che costituisce il risvolto del potere discrezionale di disporre la compensazione, totale o parziale, delle spese sostenute dalla parte civile, è preordinata a consentire alle parti la doverosa verifica in ordine alla pertinenza delle singole voci di spesa e all'osservanza delle altre condizioni di legge nella liquidazione delle singole voci di spesa (fra le tante, Sez. 1, n. 21868 del 07/05/2008, Grillo, Rv. 240421; Sez. 4, n. 10920 del 29/11/2006, dep. 15/03/2007, Vella, Rv. 236186; Sez. 5, n. 10143 del 25/01/2005, Polacco, Rv. 230918; Sez. 2, n. 39626 dell'11/05/2004, Di Pinto, Rv. 230052; Sez. 4, n. 5301 del 21/01/2004, Fichera, Rv. 227093).

Una determinazione globale, senza distinzione tra onorari, competenze e spese, non consente alle parti di verificare il rispetto dei limiti tariffari e di controllare l'eventuale onerosità, necessaria per consentire, attraverso il sindacato di legittimità, l'accertamento della conformità della liquidazione a quanto risulta dagli atti e alle tariffe (v. Sez. U, n. 6402 del 30/4/1997, Dessimone, nonché Sez. 4, n. 10920 del 29/11/2006, dep. 15/03/2007, Vella, Rv. 236186; Sez. 2, n. 39626 dell'11/05/2004, Di Pinto, Rv. 230052; Sez. 3, n. 557 del 10/02/1999, Mazzitelli, Rv. 213551).

La liquidazione delle spese in favore della parte civile non può essere, quindi, effettuata con semplice riferimento alla determinazione fatta nella nota spese presentata in giudizio, in quanto non contiene alcuna valutazione sulla congruità degli emolumenti in relazione alle previsioni della tariffa professionale ed all'entità e pertinenza delle somme anticipate, sicché viene sottratta, di fatto, all'imputato qualsiasi possibilità di controllo sulla stessa.

Pertanto il giudice, nel liquidare dette spese, ha il dovere di fornire adeguata motivazione sia sull'individuazione delle voci riferibili effettivamente alle singole attività defensionali dedotte, che sulla congruità delle somme liquidate, avuto riguardo ai limiti minimi e massimi della tariffa forense, al numero e all'importanza delle questioni trattate e alla natura ed entità delle singole prestazioni difensive (Sez. 5, n. 39208 del 28/09/2010, Filpi, Rv. 248661; Sez. 2, n. 26264 del 05/06/2007, Tropea, Rv. 237168; Sez. 6, n. 7902 del 03/02/2006, Fassina, Rv. 233699; Sez. 5, n. 8442 del 18/01/2005, Stipa, Rv. 230687 che ha ritenuto legittima la liquidazione anche dell'onorario dovuto per l'atto di costituzione e per la procura, nonché per le voci "corrispondenza" e "sessioni" alla luce del disposto dell'art. 5 della tariffa penale di cui al d.m. n. 585 del 1994).

Tale dovere di specifica motivazione è tanto più cogente qualora correlato all'entità della somma liquidata che superi sensibilmente la media per tipologie di procedimenti di analoga difficoltà.

7. Sulla base di tutte le considerazioni sinora svolte può, pertanto, affermarsi il seguente principio di diritto: «è ricorribile per cassazione la sentenza di patteggiamento nella parte relativa alla condanna alla rifusione delle spese di parte civile, in particolare per quanto attiene alla legalità della somma liquidata e alla esistenza di una corretta motivazione sul punto, una volta che sulla relativa richiesta, proposta all'udienza di discussione, nulla sia stato eccepito».

8. Alla luce dei principi in precedenza illustrati i ricorsi meritano accoglimento.

La sentenza impugnata non ha, infatti, assolto il dovere di motivazione sulla rifusione delle spese della parte civile, atteso che, nell'ambito del procedimento definito con sentenza di applicazione della pena concordata fra le parti, è stata liquidata la somma complessiva di euro 3.098,72 di cui euro 45,126 per spese vive, senza alcuna specificazione dei criteri adottati in proposito.

L'assoluta carenza di motivazione su tale aspetto comporta l'annullamento della sentenza impugnata limitatamente alla liquidazione delle spese in favore della parte civile.

9. Poiché l'imputato non ha formulato censure in ordine all'omessa compensazione delle spese né alla sussistenza di giusti motivi per provvedere in tal senso (art. 541 c.p.p.) e l'oggetto della domanda riguarda unicamente le disposizioni della sentenza concernenti le spese processuali della parte civile, l'annullamento va disposto con rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello, a norma dell'art. 622 c.p.p., dovendosi discutere in tale sede solo del quantum.

10. Per tutte queste ragioni s'impone l'annullamento della sentenza impugnata limitatamente alla liquidazione delle spese a favore della parte civile e il rinvio alla Corte d'appello di Firenze in sede civile.

ALESSANDRO DIDI

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

Va rinviata al giudice civile la decisione sulle spese da liquidare al danneggiato nella sentenza di patteggiamento annullata *in parte qua*?

Is the decision about the legality of the costs refundable to the injured person in the plea bargaining judgment pertaining to the civil court?

(Peer reviewers: Prof. Marzia Ferraioli, Prof. Angelo Pennisi)

La Corte di cassazione ha stabilito che è ricorribile il capo della sentenza di patteggiamento riguardante le spese del procedimento sostenute dalla parte civile resolvendo un contrasto che si protraveva da alcuni anni. Rileva l'Autore come risolto un problema, se ne apra un altro: quello di capire qual è il giudice di rinvio competente.

The supreme court held that the 'plea bargaining' judgment related to the procedure costs payed by civil part can be appealed, thus solving a conflict lasted for years. The author notes that, even if the decision solves a problem, it opens another one: the identification of the referring court.

Il contrasto

La sentenza annotata ha risolto un contrasto che si protraveva da alcuni anni circa la ricorribilità per cassazione della sentenza di patteg-

giamento nella parte relativa alla condanna alla rifusione delle spese di parte civile. Per quanto concerne, in particolare, la congruità delle somme liquidate e la coerenza della motivazione sul punto, una volta che sulla rela-

tiva richiesta, proposta all'udienza di discussione, nulla sia stato eccepito dall'imputato, una certa linea di tendenza ha ritenuto che egli non possa più dolersi¹.

Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 444 comma 3 c.p.p., il giudice, nel disporre l'applicazione della pena richiesta dalle parti, qualora vi sia stata costituzione di parte civile, può condannare l'imputato alle spese sostenute dalla stessa, salvo che non ritenga di compensarle parzialmente o totalmente².

In linea di principio, non dovrebbe esservi difficoltà ad ammettere la deducibilità per cassazione delle statuizioni sulle spese contenute nella sentenza che decide gli interessi civili rimessi al giudice penale.

Come si deduce dal combinato disposto degli artt. 573 e 574 c.p.p., infatti, esse possono costituire oggetto di autonome impugnazioni³.

¹ La questione risulta rimessa alle sezioni unite da Cass., sez.V, ord. 29 marzo 2011, n. 20264.

² Si rammenta che nella formulazione originaria, l'art. 444 c.p.p. nulla disponeva al riguardo delle spese sostenute dalla parte civile. C. cost., 12 ottobre 1990, n. 443, in *Cass.pen.*, 1990, II, 372 tuttavia, dichiarò la illegittimità del secondo periodo del comma 3 dell'articolo citato nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile. In senso critico nei confronti di tale decisione, Gialuz, *Patteggiamento e spese della parte civile: tra logica negoziale e prerogative del giudice*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, 1120. Il comma 2 dell'art. 444 c.p.p. fu poi sostituito dall'art. 32, comma 1 della l. 16 dicembre 1999, n. 479 e la nuova formulazione contiene, appunto, l'espressa previsione della possibilità che l'imputato possa essere condannato alle spese sostenute dalla parte civile. Con riferimento alle vicende subite dalla disposizione *de qua*, Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di Pisani, Milano, 2003, 198 e ss. Secondo Cass., sez.V, 16 maggio 2003, n. 35139, *Cass.pen.*, 2004, 2945, la liquidazione copre anche le spese di consulenza tecnica sostenute dalla parte civile. Secondo Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano, 2005, 214, la liquidazione potrebbe coprire le spese sostenute dalla parte civile durante l'intero arco processuale ma non quello procedimentale in cui il danneggiato abbia eventualmente partecipato come persona offesa.

³ Per una ricostruzione dei vari interessi civili che

Stante il chiaro disposto letterale delle citate previsioni, dunque, parrebbe che non ci sia alcun dubbio circa la impugnabilità dei capi relativi alla rifusione delle spese contenute nella sentenza di patteggiamento; salvo poi stabilire in concreto i limiti di deducibilità ed individuare il vizio al quale ricondurre la questione, la quantificazione delle spese dovrebbe poter essere assoggettata ai corrispettivi meccanismi di controllo.

Ciononostante, taluni orientamenti hanno ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione proposto contro la condanna contenuta nella sentenza di applicazione della pena dell'imputato al pagamento in favore della parte civile. A tale conclusione, in sintesi, si è giunti muovendo dalla premessa che, siccome la richiesta avanzata dal danneggiato deve necessariamente essere stata rappresentata all'imputato e da questi implicitamente accettata, la successiva determinazione giudiziale entrerebbe a far parte di una sorta di negozio plurilaterale di natura processuale. Pertanto, come l'imputato non può mettere in discussione l'accordo raggiunto con il pubblico ministero, così nemmeno potrebbe dolersi delle decisioni sulle domande presentate dalla parte civile⁴.

Ulteriore corollario di tale impostazione è che solo in presenza di una obiezione tempestiva e formale, sarebbe consentito all'impu-

possono essere introdotti nel processo penale, ci si permette rinviare a Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011, 1 e ss.

⁴ Così, Cass., sez. V, 21 marzo 2008, n. 14309, *CED Cass.*, 239491; Cass., sez. VI, 21 gennaio 1999, n. 2815, *Cass.pen.*, 2000, 2349. Evidenzia chiaramente le posizioni della giurisprudenza e le conseguenze alle quali le stesse danno luogo, Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, 2011, 96. Per una compiuta ricostruzione del contrasto Zappulla, *Patteggiamento e impugnazione della condanna alle spese sostenute dalla parte civile*, *Cass.pen.*, 2003, 3887. Resta, ovviamente, sempre possibile censurare con ricorso per cassazione la legittimazione alla costituzione. Sul punto, Cass., sez. III, 12 marzo 1998, n.814, *Cass.pen.*, 1999, 936, con nota di Luzi, *Costituzione di parte civile in sede di patteggiamento e dovere del giudice di liquidarne le spese*.

tato che ha ottenuto l'applicazione della pena richiesta eccepire, per la prima volta in sede di impugnazione, difetti motivazionali sulla congruità della somma liquidata ovvero dolersi della mancata compensazione delle spese⁵.

La soluzione adottata dalla Corte

Le sezioni unite, nel risolvere il contrasto, hanno seguito l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l'accordo fra il pubblico ministero e l'imputato, in quanto pertinente esclusivamente agli aspetti penalistici e sanzionatori, non si estende a quelli inerenti la liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile. In particolare, poiché l'entità della rifusione non è ricompresa nel negozio processuale, non può essere ravvisata alcuna preclusione per la parte interessata (l'imputato o la stessa parte civile) alla possibilità di impugnare la valutazione giudiziale su pertinenza e congruità⁶.

La soluzione è certamente da condividere, posto che dall'area negoziale definita dall'art. 444 c.p.p. sono completamente estranei gli interessi civili⁷ i quali, peraltro, non possano neppure rilevare come ostacoli al perfezionamento dell'accordo.

Anzitutto, deve essere evidenziato come le aspettative del danneggiato non possano in alcun modo interferire con le dinamiche procedurali.

Sul punto, va notato come, in talune situazioni, al danneggiato sia perfino precluso l'esercizio del diritto di costituzione di parte civile. Nel caso dell'udienza fissata a seguito della richiesta di applicazione della pena presentata nel corso delle indagini preliminari⁸ e, per la stessa ragione, in quella appositamente svolta per decidere sulla richiesta presentata a seguito della emissione del decreto di giudizio immediato a norma dell'art. 456 comma secondo c.p.p.⁹, infatti, la partecipazione del danneggiato non può avere luogo.

Inoltre, gli interessi della parte privata solo in via indiretta potrebbero rilevare ai fini delle determinazioni inerenti il perfezionamento del negozio processuale intercorrente tra imputato e pubblico ministero. Va sottolineato, a tale riguardo, come in giurisprudenza si sia correttamente escluso che il mancato risarcimento della parte civile integri un diniego ragionevolmente motivato alla richiesta avanzata dall'imputato da parte del pubblico ministero¹⁰. Si deve aggiungere, poi, che, con specifico riferimento a quanto statuisce l'art. 165 c.p., si reputa che la concessione della sospensione condizionale non possa essere subordinata al risarcimento del danno o alla restituzione. Tale condivisibile conclusione trae fondamento - oltre che dalla considerazione, già affermata in via generale dalle stesse se-

⁵ Hanno seguito tale indirizzo, tra le tante, Cass., sez. V, 21 marzo 2008, n. 14309, *CED Cass.*, 239491; Cass., sez. V, 27 settembre 2002, n. 35599, *Cass.pen.*, 2003, 3887; Cass., sez. V, 26 novembre 1998, n. 6375, *CED Cass.*, 212149.

⁶ Cass., sez. VI, 20 dicembre 2000, n. 3057, *Cass.pen.*, 2003, 3886; Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 7902, *CED Cass.*, 233698; Cass., sez. II, 11 maggio 2004, n. 39626, *Riv. pen.*, 2005, 1219; Cass., sez. V, 30 aprile 1998, n. 2665, *CED Cass.*, 211628.

⁷ Sul punto, Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 147; nello stesso senso, Ruggiero, *Le spese: solo per costituzioni di parte civili "ragionevoli"*, *Giust.pen.*, 2010, III, 213.

⁸ Così, Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 47803, *Giust. Pen.*, 2009, III, 321 seguita, di recente, da Cass., sez. II, 18 giugno 2009, n. 36033, *CED Cass.*, 245588; non condivide tale soluzione, Arru, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Tomo I, a cura di Spangher e Filippi, Torino, 2008, 52.

⁹ Cass., sez. VI, 24 maggio 2011, n. 22512, *CED Cass.*, 250503 che ha conseguentemente ritenuto illegittima la condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dal danneggiato dal reato la cui costituzione sia stata irrualmente ammessa dal giudice.

¹⁰ Cass., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 10393, *Riv. pen.*, 2001, 415; Cass., sez. IV, 9 aprile 1991, n. 6760, *Giust. pen.*, 1992, III, 113. Per una ricostruzione della problematica e richiami giurisprudenziali e bibliografici, Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, cit., 95, nt. 58.

zioni unite¹¹, che il giudice non può alterare il contenuto dell'accordo intervenuto tra le parti – dal fatto che, prescindendo la sentenza di applicazione della pena su richiesta da accertamenti in ordine all'esistenza del danno risarcibile, essa non può in alcun modo influenzare il trattamento sanzionatorio raggiunto con l'accordo¹².

L'unico ruolo che, secondo la prassi, il danneggiato può, eventualmente, svolgere rispetto alla formazione dell'accordo – ovviamente nelle sedi in cui è ammessa la sua costituzione come parte civile – è quello di interloquire sulle questioni affidate alla valutazione del giudice nella misura in cui da esse derivi un pregiudizio alla propria pretesa¹³. Nondime-

no, pur ammettendo la facoltà di interloquire nel procedimento di applicazione della pena, la parte civile potrebbe comunque agire solo dall'esterno per impedire la "sigla" dell'accordo da parte del giudice¹⁴.

Nel quadro così ricostruito, appaiono ineccepibili i rilievi svolti dalla decisione annotata per confutare gli argomenti addotti a sostegno dell'indirizzo contrario all'autonomia impugnabilità dei capi relativi alle spese contenute nella sentenza di patteggiamento. Per sostenere, infatti, la tesi dell'insindacabilità della determinazione del giudice di merito sono stati seguiti fondamentalmente due differenti percorsi. Da un lato, si è ipotizzato che la mancata eccezione dell'imputato sulla non congruità del liquidato corrisponderebbe ad una sorta di tacita accettazione della richiesta¹⁵; dall'altro si è configurato quello di applicazione della pena come una sorta di negozio plurilaterale¹⁶.

Nell'una come nell'altra ricostruzione, tuttavia, non si comprende in quale categoria giuridica l'inerzia dell'imputato dovrebbe essere ricondotta, per legarvi l'effetto tipico di un atto abdicativo alla successiva potestà di impugnazione. Per quanto suggestiva, infatti, la tesi della configurazione di un negozio multilaterale appare inconciliabile con la dinamica processuale che si conclude con la formazione del consenso tra pubblico ministero ed imputato. La parte civile, infatti, può

¹¹ Cfr., Cass., sez. un., 11 maggio 1993, n. 10, *Giust. Pen.*, 1993, III, 449, che, con riferimento all'ordine di demolizione del manufatto abusivamente realizzato, ha statuito che «nel procedimento speciale di applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice non può, alterando i dati della concorde richiesta, subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena all'adempimento di un obbligo, cui la legge lo faculti».

¹² Così, Cass., sez. IV, 7 novembre 2000, n. 3610, *Riv. Pen.*, 2001, 365. Più di recente, Cass., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 13905, *CED Cass.*, 246689; Cass., sez. II, 7 aprile 2004, n. 18044, *CED Cass.*, 229049; Cass., sez. III, 20 novembre 2002, n. 3518, *CED Cass.*, 223134; *contra*, Cass., sez. V, 6 dicembre 2004, n. 2276 e Cass., sez. V, 1° luglio 1996, n. 3305, *CED Cass.*, 205864, secondo le quali la parte civile potrebbe partecipare al giudizio di applicazione della pena su richiesta delle parti, tra l'altro, per far affermare la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena nella misura in cui può essere subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ex art. 165 c.p.

¹³ Così, con riferimento alla qualificazione giuridica del fatto ed al proscioglimento dell'imputato ai sensi dell'art. 129 c.p.p., Cass., sez. V, 1° luglio 1996, n. 3305, *cit.*; Cass., sez. III, 21 ottobre 1999, *CED Cass.*, 215298 e, con riferimento alla subordinazione della sospensione condizionale alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, Cass., sez. V, 6 dicembre 2004, n. 2276, *cit.* Quanto evidenziato non deve far dimenticare che la mancata riparazione del danno o l'omesso adempimento dell'onere di elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, rilevano comunque in negativo, impedendo l'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 comma 1, n. 6 c.p. e che la condotta susseguente al reato viene in considerazione in base all'art.

633 comma 2 n. 3 c.p. ai fini della determinazione della pena e in ragione della necessità che si prospetti congrua nel caso di specie, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nonché per la concessione condizionale della pena, come previsto dall'art. 165 c.p.. Sul punto, D. Vigoni, *L'applicazione della pena*, *cit.*, 165.

¹⁴ Così, Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1015; Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, *cit.*, 91; Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, 200.

¹⁵ Cass., sez. III, 13 dicembre 2005, n. 2922; Cass., sez. V, 26 novembre 1998, n. 6375, *CED Cass.*, 212149.

¹⁶ Cass., sez. V, 21 marzo 2008, n. 14309, *CED Cass.*, 239491; Cass., sez. VI, 21 gennaio 1999, n. 2815, *CE-DCass.*, 213473.

presentare le proprie istanze sulle spese solo dopo il perfezionamento dell'accordo sulla pena e sotto forma di richiesta rivolta al giudice; inoltre, la prassi ammette che la stessa costituzione di parte civile avvenga anche dopo il raggiungimento dell'accordo medesimo, cosicché è difficile ammettere che la richiesta del danneggiato entri a far parte dello schema negoziale¹⁷.

Pertanto, che la richiesta sulle spese non si ancori all'accordo tra pubblico ministero ed imputato è dimostrato dal fatto che, mentre il giudice, con riferimento al progetto di condanna, può solo accettarlo o respingerlo, in relazione alla domanda avanzata dalla parte civile, benché non opposta dall'imputato, egli mantiene intatto il potere decisorio, disponendo, nel caso ricorrano giusti motivi, perfino la compensazione totale o parziale.

Non è possibile attribuire alla condotta dell'imputato, che abbia rinunciato ad eccepire *statim* la congruità delle spese richieste dalla parte civile, una sorta di efficacia preclusiva all'esercizio del diritto di controllo in materia. Poiché il giudice emette una decisione autonoma sulle spese, per poter trarre simili conseguenze dall'inerzia del condannato occorrerebbe ipotizzare una sua 'rinuncia' al successivo sindacato sulla statuizione: ma, anche così impostata, tuttavia, la questione non può essere condivisa. La rinuncia all'impugnazione, infatti, è non solo atto tipico ma sottoposto a forme tassative ai sensi dell'art. 589 c.p.p.¹⁸

¹⁷ Così, Cass., sez. VI, 19 marzo 2007, n. 17612, *CED Cass.*, 236421, secondo la quale «in tema di patteggiamento, pur dopo l'accordo delle parti sulla pena, è illegittimo il provvedimento che dichiara inammissibile la costituzione di parte civile del danneggiato dal reato, perché, quantunque in tale particolare procedura non sia apprezzabile la fondatezza della domanda risarcitoria o restitutoria, sussiste tuttavia il potere-dovere del giudice di valutare la legittimazione alla costituzione medesima, al fine della condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della stessa parte civile».

¹⁸ Così, Cass., sez. I, 19 maggio 2004, n. 26278, *Arch.*

Né, dal comportamento passivo dell'imputato al momento della presentazione della richiesta della parte civile, potrebbe dedursi una sua acquiescenza. Questa, infatti, per potersi configurare, richiede la presenza di una determinata situazione giuridica non solo già completamente perfezionatasi, ma suscettibile di divenire definitiva ed immodificabile nel modo in cui si è prodotta per effetto del comportamento inerte della parte¹⁹. La già evidenziata intangibilità del potere del giudice di compensare le spese e, dunque, di non condannare l'imputato al loro pagamento²⁰, dimostra invece che, nel momento in cui l'imputato rimane inerte, la situazione giuridica che con la sua acquiescenza dovrebbe radicarsi in maniera stabile non si è ancora definitivamente formata.

Gli effetti

Molteplici sono i corollari che discendono dalla soluzione accolta dalle sezioni unite.

Deve essere, anzitutto, osservato come, ai fini della condanna alle spese, sia comunque necessaria la richiesta di rimborso presentata dal danneggiato non potendo il giudice procedere alla liquidazione d'ufficio²¹. È possibile,

nuova proc. pen., 2005, 514 a proposito della rinuncia all'opposizione al decreto penale di condanna.

¹⁹ Furguele, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1998, 42 e ss.

²⁰ Sul punto, la sentenza annotata si riferisce, nell'affermare che la compensazione equivale a mancanza di condanna, a Chiovenda, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935, 334.

²¹ Si rammenta che secondo Cass., sez.un., 3 dicembre 1999 n. 20, *Cass.pen.*, 2000, 1148 il giudice non può liquidare di ufficio, in mancanza della domanda dell'interessato, le spese processuali a favore della parte civile. Nella diversa ipotesi in cui tale parte abbia presentato la domanda di rifusione seppur non corredata della relativa nota, il giudice è tenuto alla liquidazione facendo ricorso alle tariffe professionali vigenti, non comminando l'art. 153 disp.att. c.p.p. alcuna sanzione di nullità o inammissibilità per l'inosservanza del dovere della parte civile di produrre l'apposita nota. Nello stesso senso, Cass., sez. II, 16 aprile 2010, n. 24790, *CED Cass.*, 247737. Secondo Cass.sez.VI, 11 luglio 2001, n. 35213, *CED Cass.*,

relativamente a patteggiamenti “all’ultimo minuto”, di cui la parte civile apprende l’esistenza solo all’udienza, che il deposito della nota spese non possa materialmente essere eseguito. Sebbene, si ritenga che in tali casi la quantificazione dei diritti e degli onorari dovuti possa essere compiuta dal giudice su semplice istanza dell’interessato, nondimeno una quantificazione *ex officio* non pare ammissibile²².

In secondo luogo, poiché la misura delle spese non rientra nel negozio tra imputato e pubblico ministero, deve ritenersi illegittima la determinazione globale delle spese giudiziali liquidate in favore della parte civile (senza distinzione, cioè, tra onorari, competenze e spese), in quanto l’omesso distinguo non consente alle parti di verificare come sono

stati intesi i parametri tariffari²³. Per la stessa ragione, la liquidazione non può neppure essere effettuata con un semplice e generico riferimento alla determinazione contenuta nella nota spese presentata in giudizio. In tale ipotesi, non esprimendo la pronuncia alcuna valutazione critica sulla congruità degli emolumenti, verrebbe sottratta, di fatto, all’imputato qualsiasi possibilità di controllo²⁴.

In terzo luogo, è ovvio che, in forza del principio di tassatività delle impugnazioni, stante l’inappellabilità delle sentenze di applicazione della pena, l’unico mezzo esperibile per censurare il vizio concernente la liquidazione delle spese non potrà che essere il ricorso per cassazione.

In ultimo, è innegabile come l’omessa decisione sulla liquidazione di cui si tratta sia rilevata solo mediante ricorso per cassazione²⁵ essendo inapplicabile – a cagione della discrezionalità del giudice nella quantificazione delle spese – il rimedio della correzione dell’errore materiale *ex art. 130 c.p.p.*²⁶

220732, la parte civile deve formulare istanza di condanna dell’imputato al pagamento delle spese processuali non appena il pubblico ministero abbia espresso il consenso alla richiesta di applicazione della pena formulata dall’imputato, restando escluso che detta pretesa possa essere avanzata successivamente, nel corso dell’udienza eventualmente fissata per la decisione del giudice sull’accordo raggiunto tra le parti. In giurisprudenza, si è tuttavia affermato un orientamento in forza del quale il giudice dovrebbe provvedere d’ufficio alla condanna alle spese, prescindendo, cioè, da una esplicita richiesta della parte civile. Così Cass., sez. V, 28 ottobre 2010, n. 39208, *CED Cass.*, 248661 «In tema di patteggiamento, il giudice, nell’applicare la pena su richiesta delle parti, deve provvedere a condannare l’imputato al pagamento delle spese processuali a favore della parte civile (salvo che sussistano giusti motivi per la compensazione totale o parziale), anche senza l’esplicita richiesta di questa, liquidandole, in assenza della nota spese di cui all’art. 153 disp. att. c.p.p., con riferimento alla tariffa professionale vigente e fornendo adeguata motivazione circa i criteri adottati relativamente alle somme dovute per onorari ed indennità, essendo illegittima la determinazione globale delle somme »; conf. Cass., sez. VI, 24 settembre 2001, n. 45130, *CED Cass.*, 220526; Cass., sez. V, 10 maggio 2005, n. 22387, *CED Cass.*, 231786.

²² Marcolini, *Il patteggiamento*, cit., p. 213. E’ ovvio che la condanna presupponga comunque la *legitimatatio ad causam* e la *legitimatatio ad processum* del danneggiato che interviene nel rito penale e come la decisione sulla relativa questione possa essere impugnata per cassazione. Così, Gialuz, *Patteggiamento e spese della parte civile*, cit., 1120.

²³ Cass., sez. II, 11 maggio 2004, n. 39626, *CED Cass.*, 230052.

²⁴ Cass., sez. VI, 4 novembre 2002, n. 18174, *CED Cass.*, 225529. In dottrina, cfr. Marcolini, *Il patteggiamento*, cit., 214, secondo il quale la statuizione giudiziale deve essere analitica, cioè riferita alle singole voci, sia nell’interesse dell’imputato al controllo della onerosità della statuizione, sia nell’interesse della parte civile al controllo sul rispetto dei minimi tariffari. In una posizione differente, Cass., sez. II, 16 aprile 2010, n. 24790, *cit.*, secondo la quale l’imputato ricorrente deve dimostrare di avere interesse ad una puntuale liquidazione delle spese secondo le tariffe professionali allorquando l’entità delle stesse appare liquidata *ictu oculi* in misura assai contenuta. Per un caso di compensazione, cfr. Cass., sez. V, 6 dicembre 2004, n. 2276, *cit.*, che ha qualificato come erronea la decisione del giudice del merito che abbia giustificato la compensazione delle spese sulla base del rilievo che, essendo la costituzione avvenuta dopo la richiesta di applicazione della pena, sarebbe mancante qualsiasi attività della parte civile che possa essere rifiuta, in quanto potendo la parte civile interloquire sulla richiesta di applicazione della pena, ben si giustificano le spese dalla stessa sostenute. Analogamente, Cass. sez. V, 17 ottobre 2002, *Guida dir.*, 2003, fasc. 7, 83.

²⁵ Così, Marcolini, *Il patteggiamento*, cit. 214.

²⁶ Così, Leo, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenzia-*

Qualche perplessità potrebbe invece residuare con riferimento al vizio eventualmente deducibile con ricorso per cassazione. Tenuto conto che, nella specie, il ricorso per cassazione è proponibile ai sensi dell'art. 111 comma 7 Cost.²⁷, le eventuali doglianze saranno racchiuse nell'art. 606, comma 1, lett. c) ed e) c.p.p. configurandosi, a seconda dei casi, una violazione di legge che riverbera i suoi effetti sulla consistenza della motivazione.

Sul punto, la materia è destinata a subire maggiori semplificazioni per effetto della recente abolizione delle tariffe professionali disposta dall'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1, sostituite da parametri, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, stabiliti con decreto del ministro vigilante.

Il giudizio di rinvio

Un'ultima questione si impone all'attenzione dell'interprete. Si tratta della competenza per il successivo giudizio rescissorio.

Come si può rilevare dal dispositivo della sentenza annotata, infatti, la Corte nell'annullare la sentenza, ha disposto il rinvio al giudice civile invocando, sul punto, l'art. 622 c.p.p.

Tale soluzione, tuttavia, oltre a non rispondere ad una prassi costante della giurisprudenza di legittimità²⁸, desta, per la verità,

li, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 191. *Contra*, però Cass., sez.un., 31 gennaio 2008, n. 7945, *Cass.pen.*, 2008, 2740 che, nel risolvere il contrasto sul punto (favorevoli all'integrazione della sentenza ex art. 130 c.p.p. Cass., Sez. V, 18 ottobre 2002, n. 35128, *CEDCass.*, 223078; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 71, *CED Cass.*, 223112; in senso contrario, Cass, sez. VI, 28 novembre 2005, n. 3441, *Riv. Pen.*, 2006, 12, 1338; Cass., sez. V, 11 maggio 2004, n. 22446, *CEDCass.*, 228092, ha ritenuto praticabile il ricorso alla procedura di correzione di errore materiale per il caso di omessa pronuncia sulle spese.

²⁷ Arru, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 50.

²⁸ Non hanno applicato l'art. 622 c.p.p. Cass., sez. IV, 18 gennaio 2011 n. 4136, che ha accolto la censura afferente alla mancata liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile e Cass., sez. V, 4 novembre 2010, n. 39208,

qualche dubbio proprio sul piano della stretta esegesi della disposizione applicata. Quest'ultima, infatti, prevede che la Corte di cassazione rinvii al giudice civile competente per valore in grado di appello se sono annullate solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile.

A differenza di quanto contemplato dall'art. 541 c.p.p. 1930 – che consentiva di ritenere applicabile la corrispondente regola solo alle statuizioni concernenti le restituzioni, il risarcimento e la pubblicazione della sentenza di condanna quale riparazione²⁹ – l'art. 622 c.p.p. sembrerebbe sotto tale profilo più generico ed in grado di comprendere nel suo cono precettivo la decisione avente ad oggetto qualunque delle questioni civili di cui agli artt. 538 e ss c.p.p.. Tuttavia, pare preferibile la (più antica) tesi che ricollega le determinazioni sull'azione civile al solo contenuto delle domande per le restituzioni e per il risarcimento dei danni che il danneggiato propone nel processo pe-

che ha accolto il ricorso dell'imputato che si doveva del fatto che la condanna alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla costituita parte civile fosse avvenuta senza che il giudice avesse indicato le singole voci e distinto tra onorari, competenze e spese, limitandosi ad una condanna generica pur in assenza di specifico deposito di nota spese della parte civile ai sensi dell'art. 153 disp. att. c.p.p. e senza che vi fosse stata una richiesta tempestivamente indicata a verbale. Hanno disposto il rinvio al giudice civile, Cass., sez. V, 29 ottobre 2009, n. 49493, in un caso di annullamento della sentenza impugnata dalla parte civile che censurava il fatto che la decisione, nel determinare l'entità della liquidazione delle spese, aveva fatto riferimento alla sola fase processuale in corso; Cass., sez. VI, 20 marzo 2007, n. 17304, che ha accolto il ricorso della parte civile che aveva dedotto violazione di legge per aver il giudice del merito compensato le spese sostenute; Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 7902 che, nell'accogliere il ricorso dell'imputato, ha rimesso le parti dinanzi al giudice civile.

²⁹ Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale*, Milano, 1965, vol.II, 529 secondo il quale la disposizione dell'art. 541 c.p.p. 1930 imponeva il rinvio al giudice penale e non a quello civile in caso di annullamento delle disposizioni concernenti le domande per rifusione delle spese e per risarcimento dei danni proposte dall'imputato o dal responsabile civile contro il querelante o la parte civile.

nale a termini dell'art. 185 c.p.; ne deriva che devono ritenersi escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 622 c.p.p. proprio le varie statuizioni sulle spese adottate dal giudice penale, come quelle relative all'azione civile di cui all'art. 541 c.p.p.³⁰ e quelle alle quali può es-

sere condannato il querelante ai sensi dell'art. 542 c.p.p. Tale soluzione si impone, peraltro, non solo nel caso in cui la Corte annulli la decisione sulle spese ma anche in quella in cui l'annullamento consegua all'omessa pronunzia in materia ³¹.

³⁰ In tale senso, Marcolini, *Il patteggiamento*, cit., 214 secondo il quale ove la corte, accolto il ricorso, non ritenga di poter statuire essa stessa sulle spese, cesserà con rinvio al giudice penale e non a quello civile. Così, sul punto, anche Lavarini, *Azione civile nel processo penale*, 146; Bargi, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, 1998, vol. II, 652. *Contra*,

invece, Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 232, Zappulla, *Patteggiamento e impugnazione*, cit., 3893

³¹ Petrella, *Le impugnazione nel processo penale*, cit., vol.II, 529

Il difensore impugnante non può eccepire la nullità per mancata traduzione della sentenza in una lingua nota all'imputato

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 21 settembre 2011, n. 35571 – Pres. Agrò; Rel. Gramendola

Se è indiscutibile che l'art. 143 c.p.p. si pone quale norma di garanzia a tutela del fondamentale diritto, costituzionalmente garantito ex artt. 24 e 111 Cost., di difesa e di partecipazione dell'imputato al processo, e se è vero che tale norma si riferisce esclusivamente alla parte e non al suo difensore, in quanto la traduzione della sentenza e dell'avviso di deposito costituiscono diritti spettanti personalmente all'imputato alloglotta e non al suo difensore, per consentire anche al primo l'esercizio dell'autonomo potere di impugnazione ex art. 571 c.p.p., una volta palesata la sua intenzione di avvalersi di tale diritto; se ne deve allora dedurre che l'interesse a rilevare la violazione della norma de qua spetta all'imputato personalmente e non pure al difensore che ha già esercitato il suo autonomo diritto di impugnazione.

Con sentenza in data 5/4/2005 il G.U.P. del Tribunale di Trieste assolveva per non avere commesso il fatto P.A. dal reato di cui all'art. 110 c.p. e d.p.r. n. 309 del 1990, art. 73 e art. 80, comma 2 (capo a) - per avere introdotto nello Stato e detenuto in concorso con H.H. gr.7.076,94 di eroina -; dichiarava l'imputato colpevole dei reati di cui agli artt. 489 - 495 c.p. (capi b e c) - per avere fatto uso di un passaporto albanese falso e per essersi attribuito le false generalità di L.F. - e lo condannava alla pena di mesi otto di reclusione.

A seguito di gravame del P.M. e dell'imputato la Corte di Appello di Trieste in parziale riforma della decisione di primo grado dichiarava l'imputato colpevole anche del reato di cui al capo a), unificato nel vincolo della continuazione con gli altri due reati e lo condannava alla pena di anni sei mesi due di reclusione e Euro 60.200,00 di multa, confermando nel resto l'impugnata sentenza.

In motivazione la corte territoriale, rigettata l'eccezione di nullità della decisione impugnata per violazione dell'art. 143 c.p.p. in riferimento alla mancata traduzione in lingua albanese della stessa, dell'avviso di deposito e dell'atto di appello del P.M., ritenendo trattarsi di una nullità a regime intermedio, risultata sanata ex art. 183 c.p.p., lett. b), valorizzava a sostegno dell'affer-

mazione della colpevolezza la comunicazione di notizia di reato e la relazione di servizio, da cui emergeva che poco dopo il lancio dall'altra parte del muro dell'area portuale di Trieste di uno zainetto - successivamente risultato contenere lo stupefacente - ad opera dell' H.H., l'imputato fu visto, mentre in evidente stato di agitazione cercava qualcosa lungo i binari ferroviari nelle immediate vicinanze del muro di cinta, e all'intimazione dell'alt non raccoglieva lo zaino, che si trovava a circa un metro di distanza da lui e prima che gli venisse chiesto cosa facesse in quel luogo rispondeva che lo zaino non era suo. Riteneva tale ricostruzione non contraddetta dai verbali di arresto dell'H. e del P., alias L.F., nei quali, stante alla natura di tali atti, non si era proceduto a riferire "ex novo" l'episodio nel suo svolgimento, ma si era solo indicata la condotta concorsuale ritenuta rilevante.

Contro tale decisione ricorre l'imputato a mezzo del suo difensore e nel chiederne l'annullamento articola quattro motivi.

Con il primo motivo reitera l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado, dell'avviso di deposito di essa e dell'impugnazione del P.M., per violazione dell'art. 143 c.p.p. e art. 178 c.p.p., lett. c) e art. 111 Cost., dando conto dei motivi in diritto a sostegno dell'eccezione. Con il secondo motivo denuncia il vizio di motivazione e il travisamento del fatto in riferimento all'insanabile contrasto emergente tra la comunicazione ex art. 347 c.p.p., la relazione di servizio e i verbali di arresto dell' H. e del sedicente L.F., che la corte di merito aveva risolto in maniera irrispettosa dei principi della logica e delle norme del codice di rito, laddove in particolare non aveva dato conto neppure della singolare circostanza riferita nel del primo verbale di arresto nel quale si dava atto che l' H. era stato tratto in arresto, perché sorpreso mentre cedeva a L.F. uno zainetto, contenente lo stupefacente sequestrato.

Con il terzo e il quarto motivo lamenta la violazione della legge processuale e il vizio di motivazione e il travisamento del fatto e della prova in riferimento alla ricostruzione della vicenda alla luce delle contrastanti versioni fornite dagli atti di p.g. e alla valutazione della prova del concorso nel reato di introduzione nel territorio dello Stato della droga e di detenzione di essa a fini di spaccio sulla quale il giudice del gravame era rimasto silente.

La censura di cui al primo motivo di ricorso non ha fondamento e su di essa vi è già risposta della corte di merito, che ha richiamato l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità in materia.

Gli argomenti difensivi posti a base della doglianza, che in parte si collegano ai principi espressi nella Sentenza delle Sezioni Unite 24/9/03-9/2/04 n. 5052 Rv. 226717 (Zalagaitis) non possono essere condivisi.

Ed invero se è indiscutibile che l'art. 143 c.p.p. si pone quale norma di garanzia a tutela del fondamentale diritto, costituzionalmente garantito ex artt. 24 e 111 Cost., di difesa e di partecipazione dell'imputato al processo, e se è vero che tale norma si riferisce esclusivamente alla parte e non al suo difensore, in quanto la traduzione della sentenza e dell'avviso di deposito costituiscono diritti spettanti personalmente all'imputato alloglotta e non al suo difensore, per consentire anche al primo l'esercizio dell'autonomo potere di impugnazione ex art. 571 c.p.p., una volta palesata la sua intenzione di avvalersi di tale diritto, se ne deve allora dedurre che l'interesse a rilevare la violazione della norma de qua spetta all'imputato personalmente e non pure al difensore. che ha già esercitato il suo autonomo diritto di impugnazione.

Conforta tale conclusione l'arresto giurisprudenziale, secondo il quale all'imputato alloglotta, che non abbia conoscenza della lingua italiana, va riconosciuto non già il diritto all'assistenza di un interprete di madrelingua, ma quello dell'assistenza gratuita in caso di indigenza

di un interprete per la traduzione in una lingua a lui comprensibile dell'accusa formulata nei suoi confronti e degli atti, al cui compimento partecipa (Cass. Sez. 6, 4/2-15/2/10 n. 5760 Rv. 249453, 4/3-15/5/10 n. 18496 Rv.247003; Sez. Un. 26/6-24/9/08 n. 36541 Rv. 240506). Nel caso in esame era onere dell'imputato fin dalla prima fase delle indagini processuali, far conoscere la sua situazione di straniero alloglotta non in grado di comprendere la lingua italiana e chiedere di potersi avvalere di un proprio interprete di fiducia a spese dello Stato, dimostrando la sua impossibilità a procurarsi i mezzi per la traduzione degli atti processuali, che lo riguardavano.

Le restanti censure, al limite della ammissibilità, attengono alla ricostruzione del fatto e alla sua qualificazione giuridica, già valutate dal giudice del gravame e respinte con motivazione coerente con le risultanze acquisite, immune da vizi logici e giuridici o interne contraddizioni, e come tale incensurabile in questa sede, laddove chiarisce che alcuna lesione dei diritti della difesa e nessuna contraddizione era rilevabile nella ricostruzione della vicenda con i verbali di arresto dell' H. e dell'imputato, alias L.F., contenendo questi ultimi la qualificazione della condotta posta in essere dall'imputato, ritenuta penalmente rilevante, ossia il concorso di entrambi nel reato di introduzione nello Stato e quindi di detenzione illecita dello stupefacente repertato.

Segue al rigetto del ricorso la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

CLAUDIA CALUBINI

Dottore di ricerca - Università degli Studi di Trieste

**“Svista” della Suprema Corte:
negato al difensore il diritto di eccepire
la violazione dell’art. 143 c.p.p.**

*“Oversight” by the Supreme Court:
defending counsel denied the right
to appeal against transgression
of art. 143 c.p.p.*

(Peer reviewers: Prof. Marzia Ferraioli, Prof. Angelo Pennisi)

Con una succinta e criticabile pronuncia, la Corte di Cassazione ha qualificato come “personalissimo” il diritto all’interprete ed al traduttore di cui all’art. 143 c.p.p., affermando di conseguenza la carenza di legittimazione del difensore a far valere la nullità derivante dalla sua lesione. E’ stato così confuso il diritto alla traduzione, di stretta pertinenza dell’imputato, con il potere del difensore di dedurre la nullità derivante dalla sua omissione.

With a very concise verdict open to criticism, the “Corte di Cassazione” has defined as “very personal” the right to make use of an interpreter and translator as per art. 143 c.p.p., consequently stating the defending counsel’s lack of legitimation to assert the nullity deriving from injury of the right. The right to make use of translation- strictly pertaining to the defendant- has therefore been mistaken for the defending counsel’s power to infer the nullity deriving from omission of the right.

La vicenda processuale

Assolto in primo grado dal reato di cui all’art. 73 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, l’imputato all’oggettiva proponeva appello avverso il capo

della sentenza relativo alla diversa ed ulteriore imputazione di cui agli artt. 489 e 495 c.p., per la quale era stata invece pronunciata sentenza di condanna. Anche se non specificato,

dal tenore della sentenza pare desumibile che l'appello sia stato presentato dal difensore in favore del proprio assistito e che con il gravame sia stata, fra l'altro, eccepita la nullità della sentenza di condanna emessa in primo grado per violazione dell'art. 143 c.p.p., non essendo la medesima stata tradotta in una lingua comprensibile all'imputato albanese, ignaro dell'idioma italiano. Autonomo appello, per finalità speculari, veniva invece proposto dal pubblico ministero, il quale richiedeva la condanna dell'imputato per tutti i reati ascritti.

La Corte d'appello di Trieste accoglieva l'appello del pubblico ministero, respingendo la censura di nullità sollevata dalla difesa in quanto sanata ex art. 183, lett. b), c.p.p., posto che il diritto all'impugnazione era stato comunque esercitato.

Il difensore dell'imputato depositava, dunque, il ricorso per cassazione reiterando, fra l'altro, la censura di nullità della sentenza di primo grado e di tutta l'attività processuale ad essa successiva.

Il contenuto principale della decisione: una discutibile limitazione dei poteri spettanti al difensore

Con una sorprendente motivazione, la Suprema Corte ha respinto l'eccezione di nullità sollevata dalla difesa, affermando che il diritto alla traduzione della sentenza, pur riconducibile alla disposizione di cui all'art. 143 c.p.p.¹, costituzionalmente tutelato dagli

artt. 24 e 111 Cost., è un diritto personalissimo dell'imputato, la cui violazione può essere

proc., 2011, 692. Di recente, v. anche, Cass., sez. IV, 11 febbraio 2010, n. 5601, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1213; Cass., sez. IV, 17 marzo 2010, n. 13261, *cit.*; Cass., sez. VI, 20 marzo 2006, n. 14588, *CED Cass.*, 234036. Data l'autorevolezza, si segnala poi, Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, *Giur. it.*, 2004, 237; l'ordine di esecuzione della pena (per tutte, Cass., sez. I, 20 maggio 2004, n. 25688, *CED Cass.*, 228144); il decreto penale di condanna (per tutte, v. Cass., sez. I, 9 luglio 1999, n. 4841, *CED Cass.*, 214495); l'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame (Cass., sez. III, 18 aprile 2007, n. 18413, *Guida dir.*, 2007, 27, 80; *contra*, tuttavia, Cass. sez. I, 11 marzo 2008, n. 13804, *Cass. pen.*, 2009, 4795). Rimane, invece, ancora estremamente discusso l'obbligo di tradurre la sentenza che definisce il grado di giudizio (così come il suo estratto contumaciale, l'avviso di deposito o l'appello presentato dal pubblico ministero). Le pronunce favorevoli pongono in luce la necessità di garantire all'imputato un consapevole diritto di impugnazione (in tema di estratto contumaciale, v. le più recenti Cass., sez. I, 22 gennaio 2008 n. 7986, *CED Cass.*, 239231, Cass., sez. III, 15 novembre 2007, n. 181, *CED Cass.*, 238605 e la storica Cass., sez. I, 17 febbraio 1997, n. 1132, *CED Cass.*, 207425; sull'obbligo di traduzione dell'intera sentenza, v. da ultimo, Cass., sez. VI, 7 febbraio 2007, n. 4929, *CED Cass.*, 236409; Cass., sez. VI, 23 novembre 2006, n. 4929, *Cass. pen.*, 2008, 702) mentre, in senso contrario e da ultimo, assumono che tale obbligo non sia riconducibile al diritto di cui all'art. 143 c.p.p., Cass., sez. IV, 22 settembre 2010, n. 44839, *Guida dir.*, 2011, 22, 86; Cass., sez. I, 31 marzo 2010, n. 24514, *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 6, 727; Cass., sez. II, 5 febbraio 2008, n. 5572, *CED Cass.*, 239495; Cass., sez. I, 26 maggio 2006, n. 2635, *CED Cass.*, 235893). Circa, poi, l'assenza di un obbligo in capo all'ordinamento di assicurare all'imputato la traduzione dell'atto di appello del pubblico ministero, v. Cass., sez. II, 30 novembre 2000, n. 12394, *CED Cass.*, 217915. Hanno, infine, negato l'obbligo del giudice di disporre la traduzione della sentenza emessa, in ragione della possibilità data all'imputato, notiziato del dispositivo, di attivarsi per il reperimento di un traduttore dell'intero provvedimento: Cass., sez. IV, 22 settembre 2010, n. 44839, *cit.*; Cass., sez. II, 7 maggio 2008, n. 34830, *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 5, 635; Cass., sez. I, 25 novembre 2004, n. 48743, *CED Cass.*, 230142. In dottrina, per una panoramica sul tema, v. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002; De Maffei, *sub art. 143 c.p.p.*, Lattanzi-Lupo (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2008, 195 ss.; Marando, *Il diritto all'interprete nell'evoluzione giurisprudenziale*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 1505 ss.; Marinelli, *La tutela linguistica dell'imputato alloglotto*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 1401 ss.; Meloni, *Niente di nuovo sul fronte della traduzione degli atti in ambito processuale: una storia italiana*, *Cass. pen.*, 2010, 3683 ss.; Morisco, *Imputato alloglotto e avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p.*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 473 ss.; Sau, *L'interprete nel processo penale: aspetti di problematicità*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 1659 ss.; Id., *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, Padova, 2010.

¹ Giova ricordare che l'iniziale interpretazione restrittiva dell'art. 143 c.p.p., secondo cui l'accusato poteva richiedere la gratuita assistenza di un interprete per la sola comprensione degli atti orali compiuti nel corso del processo (fra tutte, Cass., sez. II, 8 ottobre 2003, n. 45645, *Riv. pen.*, 2005, 203), è stata superata, seppur in modo altalenante, da un (maggiormente condivisibile) orientamento secondo il quale deve essere garantita all'accusato anche la traduzione di taluni atti processuali. E' stata, quindi, affermata la necessità di tradurre il decreto di giudizio immediato (*ex multis*, Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, *Cass. pen.*, 2000, 3255); l'avviso di conclusione delle indagini (per tutte, Cass., sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, *CED Cass.*, 234835); il decreto di rinvio a giudizio (per tutte, Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 10374, *CED Cass.*, 227235); l'ordinanza applicativa della misura cautelare (da ultimo, Cass., sez. I, 26 gennaio 2011, n. 2735, *Dir. pen.*

eccepita solamente da quest'ultimo e non dal suo difensore.

Attraverso l'impiego del superlativo "personalissimo", insomma, la sentenza ha inteso affermare un'appartenenza del diritto alla traduzione a quella più ampia categoria di diritti e di facoltà esercitabili dall'imputato personalmente o a mezzo di procuratore speciale, poiché esclusi dal novero di quelli estensibili anche al difensore ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.p.

Benché sia incontestabile che l'istituto di cui all'art. 143 c.p.p. operi esclusivamente per gli atti indirizzati all'imputato e non al suo difensore², il passaggio motivazionale, peraltro piuttosto scarno, ove viene affermato il riferito limite di deducibilità, appare censurabile sia sotto un profilo formale, sia sotto un profilo sistematico-sostanziale. Da un punto di vista formale, infatti, i diritti che l'ordinamento riserva all'accusato o al procuratore speciale sono per lo più espressamente indicati dal codice di rito e, comunque, costoro se ne avvalgono mediante una specifica richiesta (o rinuncia) indirizzata all'autorità giudi-

ziaria; ciò consente al giudice di verificare la reale volontà dell'interessato, visto che da tali scelte potrebbe derivare la compromissione di diritti fondamentali³. Nel caso di un accusato alloglotta, invece, la disciplina codicistica non subordina la necessità dell'intervento di un interprete-traduttore ad una richiesta *ad hoc* proveniente dall'imputato né, tantomeno, indica che costui debba agire personalmente o a mezzo procuratore. Il diritto all'interprete e al traduttore, infatti, sorge senza bisogno di formalità tutte le volte nelle quali sia chiaro (per affermazione dell'accusato o per verifica da parte del giudice) che lo stesso non comprende la lingua italiana. Del resto, non avrebbe senso alcuno che il legislatore si preoccupasse di accertare la volontà dell'accusato con siffatto rigore, vista l'assenza di ricadute negative derivanti dall'eventuale traduzione.

Da un punto di vista sostanziale e sistematico, invece, si osserva che il Supremo Collegio finisce per confondere il diritto alla traduzione con il diritto di eccepire la nullità derivante dal suo mancato rispetto.

Nel nostro sistema, invero, pur esistendo spazi di autodifesa⁴, la difesa tecnica è stata resa obbligatoria⁵ ed il difensore svolge il compito di assistere l'accusato nel corso dell'intero procedimento, per garantire il rispetto della legalità. L'assistenza comprende

² Risulta, infatti, condivisibile l'orientamento giurisprudenziale che esclude il diritto alla traduzione in tutte le ipotesi in cui l'imputato debba considerarsi rappresentato dal difensore e le comunicazioni siano a quest'ultimo pervenute in lingua italiana (ad esempio, in caso di latitanza, v. Cass., sez. VI, 11 giugno 2009, n. 2801, *Cass. pen.*, 2011, 2296; in senso conforme, Cass., sez. VI, 13 novembre 2007, n. 47550, *CED Cass.*, 238224). Analogamente dovrebbe concludersi per l'imputato irreperibile di fatto o di diritto ovvero trasferitosi dal domicilio eletto senza inviare alcuna comunicazione all'autorità giudiziaria, poiché le notificazioni degli atti in sostanza sono rivolte al difensore e, solo per *fictionis*, assolvono alla funzione di consentire all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto o del provvedimento emessi (in questo senso, v. Cass., sez. VI, 10 giugno 2011, n. 39765, *Guida dir.*, 2012, 5, 68). Non così si potrebbe affermare, invece, qualora l'imputato abbia semplicemente eletto domicilio presso il difensore: poiché l'elezione di domicilio in tale caso assolve alla funzione di indicare all'autorità il luogo in cui si vogliono ricevere le comunicazioni relative al procedimento, la copia del provvedimento indirizzata all'imputato alloglotta presso il domicilio eletto dovrà essere tradotta in una lingua a quest'ultimo comprensibile.

³ Si intende fare riferimento alla richiesta di riti alternativi o alla dichiarazione di rinuncia all'udienza preliminare (art. 419, comma 5, c.p.p.) ovvero, ancora, alla richiesta di rimessione del processo (art. 46, comma 2, c.p.p.), che deroga alle regole in tema di competenza per territorio. Non comportano pregiudizio per l'accusato, ma sono subordinate comunque ad una specifica manifestazione di volontà, la richiesta di revisione (art. 633, comma 1, c.p.p.) e la riparazione dell'errore giudiziario (art. 645 c.p.p.), che, tuttavia, presuppongono un giudizio già correttamente formatosi.

⁴ Ricorre alla suggestiva definizione di «struttura dualistica del diritto di difesa», Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 300.

⁵ Basti solo pensare all'istituto della difesa d'ufficio ovvero a quanto esplicitamente previsto dall'art. 369-bis, comma 2, lett. a), c.p.p., ove è sancita l'obbligatorietà della difesa tecnica nel processo penale.

certamente il diritto e la facoltà del difensore di eccepire le nullità di cui dovessero risultare affetti gli atti ed i provvedimenti diretti personalmente all'imputato, senza che ciò debba essere subordinato al rilascio di una procura speciale. La conclusione vale, a maggior ragione, quando la nullità dipende dalla mancata traduzione all'accusato, digiuno della lingua nazionale, del provvedimento giurisdizionale a lui indirizzato; ignorando l'esistenza di un tale diritto e le sanzioni processuali derivanti dalla sua violazione costui, infatti, potrebbe rimanere inerte.

Non sarebbe, pertanto, ragionevole impedire al difensore di salvaguardare i diritti di un soggetto che si trova in una condizione di particolare svantaggio, come l'imputato non italoglotta. Ciò non comporterebbe lo stravolgimento del ragionevole e condivisibile principio secondo il quale la traduzione è diritto soggettivo proprio dell'imputato⁶, visto che, mediante la deduzione della nullità derivante dalla sua omissione, il difensore non agisce per ottenere il rispetto di tale adempimento in proprio favore ma ad esclusivo vantaggio dell'assistito, che non comprenda la lingua italiana.

Del resto, non è mai stato posto in dubbio che il difensore è legittimato ad eccepire l'omessa o l'irregolare citazione a giudizio diretta all'imputato ovvero l'omessa od irregolare notificazione a quest'ultimo dell'avviso di conclusione delle indagini, benché tali atti (analogamente alla traduzione della sentenza) assolvano la necessità di proteggere il diritto "personalissimo" dell'imputato di conoscere l'accusa elevata a suo carico e di attivarsi per esercitare i diritti e le facoltà che gli spettano. Ancora, è altrettanto pacifico il diritto del difensore di eccepire la nul-

lità del decreto di citazione a giudizio privo dell'avviso all'imputato della possibilità di avanzare la richiesta di riti alternativi (art. 552, comma 1, lett. f) c.p.p.), benché si tratti di opzioni appannaggio dell'imputato o del suo procuratore speciale.

Con ciò, si vuol sostenere che risulta necessario distinguere fra i diritti spettanti all'imputato e la legittimazione ad eccepire le invalidità che possano abbattersi sugli atti del procedimento compiuti in loro violazione.

Diversamente opinando, si dovrebbe pretendere un'attivazione personale dell'imputato, in regime di autodifesa, tutte le volte in cui vengano violati suoi diritti soggettivi: il che avverrebbe nella gran parte dei casi, visto che il sistema processuale vigente poggia sulle tutele assicurate all'accusato.

Non bisogna, poi, dimenticare che, a fronte di un'attivazione personale dell'interessato volta a dedurre la mancata traduzione della sentenza, mediante un'autonoma impugnazione, si avrebbe buon gioco a sostenere la sanatoria della nullità dedotta *ex art.* 183, comma 1, lett. b), c.p.p.⁷, visto che l'interessato medesimo avrebbe comunque esercitato il proprio diritto al gravame, cui la traduzione è funzionale⁸. Ci si troverebbe, pertanto, di fronte ad una nullità che non produrrebbe mai alcuna reale conseguenza sul piano processuale, perché non deducibile dal difensore e sanata dalla deduzione dell'accusato. Ciò a meno che non si immagini che l'imputato pos-

⁷ Ormai pacificamente si ritiene che la violazione del diritto alla traduzione integri nullità a regime intermedio (Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, *cit.*; da ultimo, v. Cass., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 6663, *Guida dir.*, 2010, 13, 84; Cass., sez. II, 12 novembre 2009, n. 6587, *Guida dir.*, 2010, 11, 88), sottoposta pertanto al sistema delle sanatorie di cui all'art. 183 c.p.p.

⁸ Sul punto, v. Cass., sez. IV, 17 marzo 2010, n. 13261, *Guida dir.*, 2010, 22, 84, che, in materia di ordinanza applicativa di misure cautelari, ha ritenuto sanato il provvedimento emesso e non tradotto in lingua comprensibile in quanto l'imputato aveva proposto un riesame che non era limitato a dedurre il vizio.

⁶ Definisce il diritto all'interprete o al traduttore come soggettivo, perfetto, direttamente azionabile e riconducibile al diritto inviolabile di difesa (e non «personalissimo»), Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, *Cass. pen.*, 2004, 1563.

sa impugnare solo ai fini di eccepire la citata nullità (esponendosi al rischio di rinunciare a far valere eventuali ulteriori invalidità processuali che colpiscono il provvedimento ovvero le questioni di merito)⁹, mentre il difensore, con proprio ed autonomo atto di impugnazione, possa farsi portavoce di queste ultime, con una conseguente frammentazione del diritto ad impugnare, che troverebbe scarsa giustificazione.

Il principio di unicità dell'impugnazione e la "vecchia questione" dell'obbligo di traduzione della sentenza

La sentenza emessa dal Supremo Collegio fornisce anche ulteriori ragioni di riflessione. Essa è sicuramente interessante ove sembra porre in discussione il principio di unicità dell'impugnazione, peraltro già messo fortemente in crisi da un recente intervento della Consulta¹⁰.

Affermando l'esistenza del diritto dell'imputato a proporre una propria impugnazione per fare valere la nullità derivante dalla mancata traduzione della sentenza e del suo avviso di deposito, nonché l'impossibilità per il difensore di dedurre tale vizio nell'atto eventualmente da lui presentato, la Corte di cassazione finisce per ammettere che la presentazione dell'atto di appello o del ricorso da parte del difensore non deve considerarsi esaustiva del diritto all'impugnazione spettante all'imputato. Viene, così, fornito un importante contributo per una rivisitazione del rappor-

to, non identitario, intercorrente fra il diritto dell'imputato di difendersi e l'impugnazione proposta in suo favore dal difensore.

Si deve, infatti, convenire sul fatto che il diritto di difesa (ed autodifesa), di cui l'impugnazione è una manifestazione¹¹, non può essere compresso dal gravame eventualmente proposto dal difensore, che non è titolare di quel diritto; ciò a maggior ragione quando, come nel caso di specie, l'accusato rimanga ignaro del contenuto della decisione emessa per difetto di traduzione.

Criticabile è invece il punto della sentenza in cui la Corte esclude il diritto dell'imputato alla traduzione nella propria lingua (o in una lingua a lui comprensibile fra quella maggiormente diffuse)¹² della sentenza emessa nei propri confronti.

Nel solco dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario¹³, la Corte torna a ribadire l'onere dell'imputato di allegare la propria ignoranza della lingua italiana¹⁴ e, di conseguenza, di attivarsi per chiedere ed ottenere dallo Stato la nomina di un traduttore, se sussistono le condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio¹⁵, ovvero di procurarsene uno a proprie spese. Nessuna indicazione, peraltro, viene fornita circa l'eventuale ricaduta

⁹ In questo senso, benché in tema di misura cautelari, v. Cass., sez. IV, 17 marzo 2010, n. 13261, cit.

¹⁰ C. cost., sent. 30 novembre 2009, n. 317, *Guida dir.*, 2010, 2, 73 ss., ha infatti affermato il diritto dell'imputato contumace di essere rimesso in termini per la proposizione di un autonomo gravame, pur a fronte dell'impugnazione già presentata dal proprio difensore, così superando l'indirizzo, autorevolmente rappresentato da Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, n. 6026, *Guida dir.*, 2008, 15, 76 ss. Sul tema. V. Santoro, *Partecipazione al processo effettiva solo con duplicazione di impugnazioni*, *Guida dir.*, 2008, 15, 86 ss.

¹¹ Sul punto, v. ancora C. cost., sent. 30 novembre 2009, n. 317, cit.; Cass., sez. III, 2 aprile 2003, n. 20471, *Guida dir.*, 2003, 31, 75; Cass., sez. IV, 18 dicembre 2002, n. 5985, *Guida dir.*, 2003, 19, 102.

¹² Sul tema, Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 383; seppur incidentalmente, v. anche, Bargis, *Inammissibile l'impugnazione redatta in lingua straniera: punti fermi e lacune di sistema dopo la pronuncia della Sezioni Unite*, Cass. pen., 2009, 2018; Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, cit., 152 ss.

¹³ V. nota 1.

¹⁴ Sul punto, v. Cass., sez. II, 13 maggio 2002, n. 18136, *Dir. pen. proc.*, 2003, 837 ss.

¹⁵ C. cost., sent. 20 giugno 2007, n. 258, *Guida dir.*, 2007, 32, 68 ss., come noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 102 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico in materia di spese di giustizia), nella parte in cui non prevedeva il diritto dell'alloggiato a nominare un proprio interprete a spese dello Stato, sussistendo i presupposti per l'ammissione al gratuito patrocinio.

che l'esercizio di un tale diritto può comportare sulla decorrenza dei termini previsti per la proposizione dell'impugnazione ovvero sull'invocabilità dell'istituto della restituzione in termini¹⁶.

L'orientamento cui aderisce il Supremo Collegio non può essere condiviso alla luce dei principi costituzionali che trovano nella disciplina di cui all'art. 143 c.p.p. la loro degna declinazione.

Se è vero, infatti, che il riferito diritto all'interprete e al traduttore rappresenta una delle modalità attraverso le quali il sistema assicura la difesa dell'imputato in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 24 Cost. e se, come indicato all'art. 111 Cost., un processo può considerarsi equo solo se consente all'accusato di ricevere assistenza da un interprete «se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo», allora l'attivazione della garanzia non può dipendere da un'allegazione difensiva sulla mancata conoscenza della lingua ma deve conseguire immediatamente alla verifica, anche ufficiosa, sull'incapacità dell'accusato di comprendere il significato dell'atto ovvero al permanere del dubbio in merito¹⁷.

Tale conclusione è altresì avvalorata da un dato, per così dire, sociale, in considerazione dei possenti flussi di migrazione esistenti nel nostro paese e della posizione di particolare debolezza in cui l'alloglotta spesso si viene

a trovare, soprattutto quando catapultato all'interno del processo, magari attraverso il giudizio direttissimo, ove la difesa tecnica, spesso estemporanea, subisce inevitabili compressioni.

Il richiamato piano di realtà dovrebbe condurre ad un maggiore scrupolo nell'assicurare all'accusato, digiuno della lingua degli atti, un reale e pieno diritto di difesa anche attraverso la puntuale traduzione delle sentenze emesse. La riferita esigenza di tutela, infatti, non può considerarsi soddisfatta consentendo all'imputato di provvedere alla traduzione dell'atto, ancorché gratuitamente, come ribadito dalla sentenza in commento. Invero, parte del tempo concesso all'accusato per censurare il provvedimento emesso andrebbe inevitabilmente da quest'ultimo impiegato per il reperimento di un traduttore ovvero per la presentazione all'autorità giudiziaria della richiesta di vedere pagato il traduttore individuato secondo il sistema del gratuito patrocinio¹⁸.

Si verificherebbe, quindi, un'inevitabile ed irragionevole disparità di trattamento fra colui che comprende la lingua italiana e l'alloglotta, poiché, seppur versanti in condizioni imparagonabili, verrebbero sottoposti indifferentemente ai perentori termini processuali previsti per le impugnazioni.

L'irragionevolezza potrebbe essere superata solo immaginando un diverso decorso di tali termini che, per chi ignora la lingua italiana, potrebbe iniziare dal momento in cui il traduttore incaricato fornisca il testo della

¹⁶ Nel caso in cui l'imputato non sia contumace, infatti, la remissione in termini sarebbe subordinata alla dimostrazione circa la sussistenza di un caso fortuito o di forza maggiore. V., *infra*, 13 ss.

¹⁷ Sulla verifica anche d'ufficio della mancata od inadeguata conoscenza della lingua, v. Cass., sez. III, 8 settembre 1999, n. 1527, *CED Cass.*, 214348; Cass., sez. II, 14 novembre 2000, n. 10657, *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 411. Ha espresso l'obbligo di disporre d'ufficio la traduzione del provvedimento, quando risulti che l'imputato non conosce la lingua italiana, Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, *cit.*, la quale, tuttavia, ha escluso tale obbligo qualora non esistano elementi in grado di provare al giudice il ricorrere di una tale circostanza e, dunque, nei casi di dubbio.

¹⁸ In caso di indigenza e in assenza di un obbligo imposto dalla legge, difficilmente un traduttore presterebbe la propria opera prima di avere la certezza che lo Stato si sobbarchi le relative spese e il nodo verrebbe sciolto solo dopo la pronuncia dell'autorità giudiziaria circa l'ammissibilità dell'istanza presentata. I tempi necessari per questo sono difficilmente preventivabili, da quando non costituisce più motivo di nullità assoluta il mancato rispetto, da parte dell'autorità, del termine di dieci giorni previsto dall'art. 96 d.p.r. 115/2002 per la decisione sulla domanda di gratuito patrocinio presentata.

sentenza in una lingua comprensibile¹⁹. Tuttavia, si osserva che ciò determinerebbe il sorgere di un inevitabile contenzioso in capo al giudice *ad quem* attinente agli eventuali abusi “di tempo” che l'imputato od il traduttore abbiano commesso; il riscontro positivo di tali abusi non potrebbe che condurre il giudice ad una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione proposta per mancato rispetto dei termini, ma la procedura di verifica comporterebbe comunque un inutile spreco di tempo e di risorse.

Poco convincente appare anche la soluzione di configurare in capo al soggetto non italoglotta il diritto di invocare l'istituto della restituzione in termini per proporre impugnazione. Ciò, infatti, presuppone un legittimo decorso dei termini processuali, che invece l'assoluta impossibilità per l'imputato di conoscere e comprendere il portato del provvedimento emesso dovrebbe impedire. In secondo luogo, esso opera solo se è configurabile un caso fortuito od una forza maggiore (a meno che l'accusato non risulti contumace). Sebbene in talune pronunce tale condizione sia stata considerata sussistente²⁰, un'interpretazione corretta dei presupposti di cui all'art. 175 c.p.p. renderebbe estremamente difficoltoso per l'imputato invocare la norma tutte le volte nelle quali costui non dimostri che il mancato reperimento di un traduttore, od il ritardo nella sua individuazione, sia dipeso da una forza esterna, umanamente non governabile, oppu-

re da eventi non riconducibili a suo fatto e colpa e del tutto indipendenti dalla sua volontà²¹. Appare arduo pensare, se non in casi eccezionali, che la mancata e tempestiva presentazione dell'impugnazione da parte dell'imputato possa ricondursi a qualcuna delle sopracitate categorie, soprattutto quando la questione riguardi la mera traduzione della sentenza emessa nei confronti di un alloglotta, che sia stato correttamente reso edotto dell'esistenza di un procedimento a suo carico e della data di celebrazione del relativo processo, magari partecipandovi.

In considerazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., pare allora più coerente e convincente affermare il diritto dell'accusato, digiuno della lingua italiana, di conoscere e comprendere il contenuto della decisione emessa nei suoi confronti mediante una traduzione *ex officio* della sentenza emessa a suo carico²². L'eventuale omessa

¹⁹ Ha ipotizzato il diritto dell'accusato ad un differimento dei termini per impugnare, Cass., sez. IV, 22 settembre 2010, n. 44839, *cit.*; circa le conseguenze derivanti al termine di cinque giorni previsto per impugnare il decreto di espulsione in caso di mancata traduzione del medesimo, v., Corte cost., sent. 16 giugno 2000, n. 198, *Dir. pen. proc.*, 2000, 817.

²⁰ V., Cass., sez. V, 12 maggio 1995, n. 1310, *Cass. pen.*, 2011, 2296, per la quale la mancata traduzione ha reso possibile la restituzione in termini a causa di una «situazione obiettivamente insuperabile»; nel senso che occorre verificare se la mancata traduzione abbia determinato una tale condizione, v. anche Cass., sez. un., 26 giugno 2008, n. 36541, *cit.*

²¹ Il rigore con il quale l'istituto è stato applicato è desumibile dalle pronunce con le quali la restituzione in termini è stata ritenuta concedibile a seguito di un errore della cancelleria (Cass., sez. II, 24 maggio 2007, n. 22161, *Cass. pen.*, 2008, 3384; Cass., sez. V, 23 marzo 2007, n. 18820, *Cass. pen.*, 2008, 3784) mentre è stata negata all'accusato, il cui difensore abbia per errore mancato di depositare il gravame (Cass., sez. III, 8 aprile 2010, n. 17964, *Cass. pen.*, 2011, 3516; Cass., sez. I, 24 aprile 2001, n. 25905, *Cass. pen.*, 2002, 1466). Ciò in quanto, la forza maggiore si concretizza in una forza invincibile (Cass., sez. V, 1 febbraio 2000, n. 626, *Cass. pen.*, 2001, 1584) ed assoluta (Cass., sez. II, 2 aprile 2001, n. 18075, *Cass. pen.*, 2002, 1466), che rende vano ogni sforzo umano di rispettare i termini processuali e che deriva da cause esterne, non imputabili a chi la invoca (Cass., sez. V, 1 maggio 1999, n. 2103, *Cass. pen.*, 2001, 1584).

²² Sul tema della presunzione di non conoscenza della lingua da parte dell'alloglotta ovvero sul dovere di verifica che incombe sul punto in capo all'autorità giudiziaria, in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 26 giugno 2008, n. 36541, *Guida dir.*, 2008, 46, 90. In dottrina, v. Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 343 e 352 ss.; Ead., *Il diritto all'interprete: dal dato normativo all'applicazione concreta*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 463; Lupo, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, *Giur. cost.*, 1993, 66; Meloni, *Niente di nuovo sul fronte della traduzione degli atti in ambito processuale: una storia italiana*, cit., p. 3685; Pacileo, *Diritto all'assi-*

attivazione in tal senso potrebbe essere tollerata solo dietro un'adeguata esposizione delle ragioni per cui l'imputato viene ritenuto in grado di parlare e di comprendere la lingua italiana²³. Dalla traduzione (o dall'avviso del deposito della traduzione) potrebbero decorre i termini per la proposizione dell'impugnazione²⁴, visto che il loro scorrere e spirare anche in via ordinaria trova nella conoscenza (o nella conoscibilità) del contenuto integrale del provvedimento emesso il proprio antecedente logico-giuridico²⁵.

In questo modo verrebbe tutelato il «diritto dell'accusato di essere messo personalmente, immediatamente e compiutamente a conoscenza di quanto avviene nel processo che lo riguarda, e così non solo dell'accusa mossagli [...] delle affermazioni e delle determinazioni espresse dalle altre parti e dall'autorità procedente; nonché conseguentemente, il diritto dell'imputato di svolgere la propria attività difensiva, anche in forma di autodifesa, conformandola, adattandola e sviluppandola in

correlazione continua con le esigenze che egli stesso ravvisi e colga a seconda dell'andamento della procedura[...]. Questa Corte ha infatti costantemente affermato che "la peculiare natura del processo penale e degli interessi in esso coinvolti richiede la possibilità della diretta e personale partecipazione dell'imputato" onde l'autodifesa che "ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo" costituisce "diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella del giudizio"»²⁶.

Basterebbe, insomma una corretta e rigorosa applicazione dei principi statuiti nella sentenza della Corte costituzionale 19 gennaio 1993, n. 10²⁷, con la quale l'art. 143 c.p.p. è stato dotato di forza espansiva, perché preordinato alla tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Attraverso di esso, quindi, viene assicurata all'imputato una «reale partecipazione [...] attraverso l'effettiva comprensione dei distinti atti e dei singoli momenti di svolgimento [del processo]». La Consulta, facendo leva anche sulle fonti internazionali²⁸, rimarca che l'art. 143 c.p.p. contiene una clausola generale, «destinata ad espandersi e a specificarsi [...] di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete», ed operativa «immediatamente al verificarsi della circostanza della mancata conoscenza della lingua italiana da parte della persona nei cui confronti si procede, tanto se tale circostanza sia evidenziata dallo stesso interessato, quanto se, in difetto di ciò, sia accertata dall'autorità procedente». Nella in-

stenza dell'interprete da parte dell'imputato che non conosce la lingua italiana e traduzione degli atti da notificare, Riv. it. dir. e proc. pen., 1992, 650 ss.; Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, cit., 134 ss.; Vigoni, *Minoranze, stranieri e processo penale*, Chiavario (coord. da), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Chiavario-Marzaduri (diretto da) *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1995, 380.

²³ Eventuali vizi della motivazione sul punto, dunque, diverrebbero autonome ragioni di impugnazione.

²⁴ Analogo principio è stato affermato anche con riferimento al decorso dei termini per la presentazione del riesame, in caso di ordinanza applicativa di misura cautelare che necessiti di traduzione (Cass., sez. VI, 20 marzo 2006, n. 14588, cit.) mentre, più di recente, è stato specificamente sancita la possibilità per l'imputato di ottenere il «differimento del decorso dei termini di impugnazione» nel caso in cui l'imputato abbia necessità di provvedere alla traduzione, anche a spese dello Stato, del provvedimento emesso (Cass., sez. IV, 22 settembre 2010, n. 44839, cit.).

²⁵ Come noto i termini decorrono dal deposito dei provvedimenti impugnati o dall'avviso del loro deposito, in quanto da tali momenti l'imputato può apprendere pienamente le ragioni poste a sostegno della decisione emessa.

²⁶ C. cost., sent. 22 luglio 1999, n. 341, *Cass. pen.*, 1999, 3361

²⁷ La sentenza è reperibile nella rivista *Giur. cost.*, 1993, 52 ss.

²⁸ Ci si riferisce all'art. 6, comma 3, lett. a), Cedu e all'art. 14, comma 3, lett. a), Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, i quali sanciscono il diritto dell'accusato a venire informato, nel più breve tempo possibile ed in una lingua conosciuta, della natura e dei motivi dell'accusa elevatagli.

dicata sentenza viene, infine, affermato che il diritto concerne anche la traduzione in lingua conosciuta degli atti scritti ed orali indirizzati all'imputato.

Da una corretta applicazione di tali principi si dovrebbe, quindi, concludere che il diritto di conoscere l'accusa e di difendersi non può considerarsi riferito solamente agli atti processuali contenenti la formale imputazione ma deve essere declinato in tutte le sue peculiarità durante l'intero giudizio. Una volta emessa una sentenza di condanna, quindi, esso sarà salvaguardato solamente se l'accusato potrà comprendere, in lingua a lui conosciuta, le ragioni fattuali e giuridiche poste a base del giudizio di colpevolezza, per poi eventualmente esercitare il proprio diritto di difesa mediante la proposizione dell'impugnazione²⁹. L'omessa traduzione comporterà l'inevitabile nullità dell'atto, eccepibile anche dal difensore ovvero rilevabile d'ufficio.

La proposta interpretazione è peraltro confortata da due ulteriori considerazioni. Innanzitutto, è dato acquisito dal sistema che il decreto di espulsione indirizzato allo straniero (e passibile di autonoma impugnazione) deve essere tradotto in lingua a costui nota, proprio per consentirgli di poter censurare il provvedimento emesso mediante ricorso all'autorità giudiziaria (art. 13, comma 7, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286)³⁰.

²⁹ Sul diritto a vedere tradotti gli atti ed i documenti «la cui comprensione è necessaria all'imputato per beneficiare di un equo processo», v., incidentalmente, Cass., sez. un., 26 giugno 2008, n. 36541, *cit.*

³⁰ Suggestisce il raffronto fra gli istituti, R. Conti, *Traduzione degli atti ad imputato straniero: c'è obbligatorietà?*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 79. La giurisprudenza ha, tuttavia, subordinato l'operatività della norma alla verifica circa l'ignoranza della lingua italiana da parte dello straniero

In secondo (e certo più assorbente) luogo, giova ricordare la disciplina contenuta nella recente direttiva europea 2010/64/UE³¹ sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione spettante all'accusato, provvedimento che dovrà essere recepito dagli Stati membri entro il 27 ottobre 2013. La riferita direttiva si preoccupa di garantire all'imputato la comprensione di ciò che accade all'interno del processo fino a che non venga emessa una sentenza definitiva. L'art. 5 di essa, a tal fine, prevede espressamente l'obbligo di assicurare all'accusato, che ignori la lingua del processo, il diritto alla traduzione di taluni atti e documenti fondamentali, fra i quali è annoverata proprio la sentenza.

Pur essendo vero che la direttiva ad oggi non è stata recepita dal nostro ordinamento³², è stato tuttavia osservato che la precisione della disciplina ivi contenuta, consentirebbe una sua immediata applicazione, anche a prescindere da un formale recepimento³³.

Ci si domanda, allora, perché attendere oltre il riconoscimento all'alloglotta di un diritto già ricavabile dal sistema.

(Cass., sez. I, 9 maggio 2006, n. 19086, *Cass. pen.*, 2007, 2151) pur osservando che il diritto di censura degli atti emessi dalla pubblica amministrazione presuppone che questi ultimi siano conoscibili dall'interessato, perché redatti in una lingua a costui nota (Corte. Cost., sent. 22 giugno 2000, n. 227, *Dir. pen. proc.*, 2002, 934).

³¹ Riporta il contenuto della direttiva e si preoccupa di un primo commento, Biondi, *La tutela processuale dell'imputato alloglotta alla luce della direttiva 2010/64/UE: prime osservazioni*, *Cass. pen.*, 2011, 2412 ss.

³² In ragione del suo mancato recepimento, ha escluso l'applicazione delle norme in essa contenute, Cass., sez. III, 18 marzo 2011, n. 26703, *www.dirittoegiustizia.it*, 16 luglio 2011.

³³ Biondi, *La tutela processuale dell'imputato alloglotta alla luce della direttiva 2010/64/UE: prime osservazioni*, *cit.*, 2424.

Se l'imputato non può accedere alle registrazioni al tribunale del riesame è precluso l'impiego dei "brogliacci" confezionati dalla polizia giudiziaria

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 7 dicembre 2011, n. 45880 – Pres. Agrò; Rel. Conti

In mancanza di rilascio di copia delle registrazioni al difensore che ne abbia fatto tempestiva richiesta, il Tribunale non può fondare il suo convincimento sui "brogliacci" di polizia, proprio in quanto non incondizionatamente "surrogatori" della "vera prova" costituita dalle conversazioni o comunicazioni come registrate sui relativi supporti informatici o magnetici. Tali trascrizioni di polizia, benché di per sé legittimamente poste a base della richiesta cautelare, diventano, nel limitato ambito dell'incidente cautelare, probatoriamente invalide per fatto successivo o, se si vuole, probatoriamente inefficaci, il che vale a dire, in termini di effetti concreti, che non sono "utilizzabili" al fine della valutazione della domanda cautelare, inteso il termine "inutilizzabilità" in senso non strettamente tecnico. Posta la necessaria distinzione tra mezzo di ricerca della prova (attività di intercettazione), risultato probatorio (conversazioni intercettate) e assunzione della prova (acquisizione del documento-prova) - nel caso in esame è il sub-procedimento di assunzione della prova nel giudizio di libertà (produzione di "brogliacci"-rilascio di copia delle registrazioni) a essere viziato, mentre nessun vizio inficia sia l'attività di ricerca della prova sia il risultato probatorio in sé considerati. Simili conclusioni devono essere tratte con riferimento alle registrazioni di "video-riprese"; anche in tal caso, infatti, può dirsi che la prova dei fatti dalle stesse rappresentati non deriva dal riassunto, e dalla inevitabile interpretazione soggettiva, che di esse si faccia in atti di p.g., ma dal contenuto stesso delle registrazioni, documentate in supporti magnetici o informatici

[omissis]

Ritenuto in fatto

1. Con la ordinanza in epigrafe, il Tribunale di Catanzaro, adito ex art. 309 c.p.p. confermava l'ordinanza in data 10 gennaio 2011 del Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale, con la quale era stata applicata ad *omissis* la misura della custodia cautelare in carcere in ordine ai reati di cui all'art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990 (capo 9), agli artt. 10, 12, 14, l. n. 497 del 1974 (capo 22) e all'art. 74 del medesimo decreto (capo 24).

2. Osservava il Tribunale che la misura era stata applicata nell'ambito di un procedimento riguardante un gruppo organizzato, operante nella provincia di Vibo Valentia, dedito al traffico di sostanze stupefacenti incentrato sulla figura di *omissis* coinvolto nell'ambito di altro procedimento in una vicenda di usurai e che le indagini si erano sviluppate attraverso servizi di audio-riprese (che in particolare permettevano di individuare in un capannone ubicato in [*omissis*] in uso ai fratelli *omissis* ed *omissis* la base logistica del sodalizio, utilizzata dagli affiliati per l'occultamento di partite di droga e per la successiva attività di confezionamento, nonché attraverso intercettazioni di conversazione tra sodali, progressivamente identificati (evidenzianti chiaramente il loro coinvolgimento nell'Illecito traffico, inequivocabilmente riguardante partite di droga), servizi di osservazione di polizia giudiziaria e dichiarazioni testimoniali degli acquirenti, talvolta trovati in possesso di quantitativi di stupefacenti, i quali avevano spesso effettuato individuazioni fotografiche dei cedenti.

3. Con riferimento alla specifica posizione di *omissis*, il Tribunale in primo luogo esponeva le ragioni per le quali a suo avviso dovevano essere rigettate le eccezioni difensive di inefficacia della misura cautelare relative alla omessa trasmissione di alcuni decreti autorizzativi delle intercettazioni, di mancata possibilità per la difesa di visionare ed estrarre copia dei supporti delle videoriprese e di lacune o violazioni di legge che avrebbero contraddistinto i decreti autorizzativi o di proroga. Nel merito, il Tribunale, rimandando a una più analitica indicazione degli elementi indiziari alla ordinanza applicativa della misura, rilevava che il coinvolgimento dell'*omissis* nei numerosi fatti di detenzione illecita di sostanze stupefacenti descritti nel capo 9 (episodi contraddistinti con le lettere a), d), e), p), q), r), s), u), risultava dalle videoriprese attestanti i suoi arrivi nel capannone in [*omissis*], ove si trovavano gli altri indagati, tra cui in primo luogo, il cugino *omissis* e la sua abitudinaria attività, insieme alle altre persone presenti, di manipolazione, taglio e insacchettamento di droga, ceduta a vari acquirenti che venivano visti ivi sopraggiungere. Quanto agli indizi della partecipazione dell'indagato al sodalizio (capo 24), essi, ad avviso del Tribunale derivavano dalla ripetuta frequentazione da parte del *omissis* dell'anzidetta base logistica in compagnia degli altri indiziati, dal suo coinvolgimento nella manipolazione e nel confezionamento della droga, dagli stretti rapporti con il boss *omissis*, con il quale aveva continui e frequentissimi (dell'ordine di varie migliaia) contatti telefonici, dalla familiarità di rapporti con gli altri sodali, dal suo ruolo, inoltre, di corriere di droga, tanto che egli era stato arrestato in data 5 giugno 2009 perché trovato in possesso di 80 grammi di cocaina, quantitativo che egli doveva consegnare al sodale *omissis* su disposizioni del capo *omissis*, tutte circostanze ed elementi di fatto sui quali l'indagato non aveva fornito alcuna alternativa spiegazione. Sussistevano poi esigenze cautelari, tali da imporre l'adozione della più grave misura custodiale, in relazione al concreto pericolo di reiterazione criminosa, desumibile dalla gravità dei fatti e dagli stretti collegamenti con ambienti criminali dediti stabilmente al traffico di stupefacenti.

4. Ricorre per cassazione l'indagato, con atto sottoscritto dai difensori avvocati *omissis*. e *omissis*, i quali deducono motivi così sintetizzabili.

4.1. Violazione dell'art. 309, comma 5, c.p.p., ed erronea mancata declaratoria della perdita di efficacia della misura cautelare, in relazione alla incompletezza degli atti trasmessi al Tribunale, in quanto non comprensivi dei decreti autorizzativi delle intercettazioni.

4.2. Perdita di efficacia della misura per mancato rispetto da parte del Tribunale del termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti (pervenuti il 28 febbraio 2011), essendo la decisione stata assunta solo il 10 febbraio 2011, due giorni dopo il termine di scadenza (8 febbraio).

Inoltre l'ordinanza è stata depositata il 21 aprile, quindi oltre il termine di cinque giorni stabilito dall'art. 128 c.p.p.

4.3. Violazione degli artt. 268, commi 6 e 8, 309, comma 8, c.p.p., e 24 Cost., dato che la difesa non è stata messa in grado di accedere ai supporti digitali delle intercettazioni delle conversazioni e delle videoriprese e di ottenerne copia, dato che la pretesa genericità della richiesta è stata fatta rilevare dagli uffici della Procura a un mese di distanza (7 marzo 2011) dalla richiesta stessa (3 febbraio 2011), nel giorno precedente l'udienza davanti al Tribunale. Il diritto di difesa doveva essere assicurato anche con riferimento alle videoriprese, come di recente puntualizzato dalla Corte di cassazione. Si trattava comunque di videoriprese illegittime in quanto effettuate in ambito domiciliare (capannone del *omissis*).

4.4. Violazione degli artt. 267 e ss. c.p.p. con riferimento al decreto emesso in via di urgenza dal p.m. con riferimento al R.I.T. 59/2010, in quanto riferito a un numero diverso da quello della utenza del *omissis*.

4.5. Analoga violazione con riferimento alle intercettazioni ambientali di cui al R.I.T. 883/08, effettuate con impianti in uso alla polizia difettando i presupposti di urgenza, come provato dal mancato tempestivo intervento *in loco* degli organi inquirenti e inoltre perché non sussisteva alcuna situazione di inidoneità degli impianti di Procura essendo state solo allegate opportunità operative, che non rientrano nei presupposti dell'art. 268 c.p.p.

4.6. Violazione dell'art. 267 c.p.p., e conseguente inutilizzabilità delle intercettazioni, con riferimento al decreto di proroga R.I.T. 883/08, in quanto non basato su nuove emergenze, essendo stati ripetuti gli stessi elementi posti a base del precedente decreto autorizzativo.

4.7. Violazione di legge e vizio di motivazione in punto di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato associativo, essendosi il Tribunale basato su mere supposizioni, interpretando arbitrariamente il contenuto dei colloqui intercettati che nulla in realtà indicava riferirsi a traffici di droga ed assumendo arbitrariamente un uso di espressioni critiche smentite dalle indagini difensive.

4.8. Violazione di legge e vizio di motivazione in punto di ritenuta sussistenza delle esigenze cautelari, nonché, in subordine, di mancata sostituzione della misura carceraria con quella domiciliare.

Considerato in diritto

1. Osserva la Corte che i motivi relativi alla tardività della decisione del Tribunale (vedi punto 4.2.), all'uso di impianti esterni (punto 4.5.) e al difetto di motivazione del decreto di proroga (punto 4.6.) appaiono manifestamente infondati.

1.1. Quanto al primo punto, non è dato in realtà comprendere il senso della doglianza, posto che dalla data di ricezione degli atti (28 febbraio 2011) a quella di assunzione della decisione (10 marzo 2011) è intercorso il termine di dieci giorni, in linea con la previsione dell'art. 309, comma 10, c.p.p.

Non rileva, poi, che il deposito della ordinanza sia stato successivo a detto termine. Infatti, al fine della perdita di efficacia del provvedimento che dispone la misura coercitiva personale per omessa decisione del tribunale sulla richiesta di riesame entro il decimo giorno dalla ricezione degli atti, deve farsi riferimento alla data di deliberazione, il cui documento sia stato depositato in cancelleria, e non alla data di deposito dell'ordinanza, completa di tutti i suoi elementi, e quindi anche della motivazione, che deve essere depositata entro cinque giorni dalla deliberazione, a norma dell'art. 128 c.p.p. (Cass., sez. un., 25 marzo 1998, M., n. 210607); in altri termini, la disposizione di cui al comma 10 dell'art. 309 c.p.p., secondo la quale l'ordinanza che

dispone la misura coercitiva perde immediatamente efficacia se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene entro il termine prescritto, deve essere intesa nel senso che è necessario e sufficiente, perché non si produca l'automatico effetto caducatorio, che entro il decimo giorno dalla ricezione degli atti il tribunale abbia deliberato in merito alla richiesta medesima ed abbia, inoltre, provveduto al deposito del dispositivo: mediante tale deposito, infatti, si rende certo, per gli interessati, che la decisione è intervenuta nel termine e rende altresì possibile l'adozione degli eventuali conseguenti provvedimenti; la motivazione dell'ordinanza di riesame, viceversa, in applicazione della norma generale sul procedimento camerale di cui all'art. 128 cod. proc. pen., può essere depositata, senza influenza alcuna sull'efficacia della misura, nel termine ordinatorio del cinque giorni successivi alla deliberazione predetta (Cass., sez. un., 17 aprile 1996, M., n. 205256),

1.2. L'uso di impianti esterni per le operazioni di intercettazioni telefoniche risulta adeguatamente motivato sulla base della considerazione che solo attraverso un contatto immediato e un conseguente raccordo con gli ufficiali di p.g. addetti all'ascolto le unità operative avrebbero potuto assicurare l'effettuazione dei necessari servizi di osservazione, controllo e pedinamento dei soggetti individuati attraverso tale mezzo; il tutto, in perfetta linea con quanto precisato, in proposito del rispetto dell'art. 268, comma 3, cod. proc. pen., dalla giurisprudenza di questa Corte (v. per tutte Cass., sez. un., n. 919, 26 novembre 2003, G.).

1.3. Il decreto di proroga risulta essere stato adeguatamente motivato, sulla base delle considerazioni espresse dalla ordinanza impugnata (in particolare, p. 8), che non risultano in alcun aspetto scalfite dal ricorso.

2. Appare invece fondato il motivo relativo alla mancata messa a disposizione della difesa dei supporti relativi alle intercettazioni delle conversazioni e delle video-riprese intercettate, con ciò risultando assorbite le residue censure.

2.1. Va in proposito richiamata la sentenza delle sez. un. 20300 del 22/04/2010, L., n. 246907, cui il Collegio presta piena adesione, secondo cui, in tema di riesame, l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel consentire al difensore, prima del loro deposito ai sensi del comma 4 dell'art. 268 c.p.p., l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'effettività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati; con la conseguenza che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il Tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio *de libertate*.

2.2. Deve infatti essere considerato che il "diritto incondizionato" del difensore di accedere alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni e di ottenerne copia allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali è stato riconosciuto da Corte cost., sent. n. 336 del 2008, tutela del diritto di difesa anche in relazione ad una misura restrittiva della libertà personale già eseguita.

Ne deriva che, se questo diritto non viene soddisfatto, la conseguente lesione del diritto di difesa integra, appunto, una nullità generale, ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., da qualificare "a regime intermedio" a norma del combinato disposto degli artt. 179 e 180 c.p.p.

Tale lesione, che il giudice della impugnazione cautelare deve verificare ed eventualmente dichiarare, deriva da un fatto omissivo (mancato rilascio di copia) che non può, per sua natura, essere dichiarato nullo.

Si pone quindi il problema di individuare, stante una simile evenienza, quali siano le conseguenze sulla procedura incidentale davanti al Tribunale adito *ex artt.* 309 o 310 c.p.p.

Occorre partire dalla considerazione che (come è pacifico nella giurisprudenza) se anche è consentito al p.m. allegare a supporto della richiesta cautelare i soli “brogliacci di ascolto”, la prova delle conversazioni o comunicazioni risiede nelle registrazioni e che, come espressamente osservato dalla Corte Cost. con la citata sentenza, l’ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non può essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria condensate in appunti o in sintesi di esse.

Consegue che, in mancanza di rilascio di copia delle registrazioni al difensore che ne abbia fatto tempestiva richiesta, il Tribunale non può fondare il suo convincimento su detti atti di polizia, proprio in quanto non incondizionatamente “surrogatori” della “vera prova” costituita dalle conversazioni o comunicazioni come registrate sui relativi supporti informatici o magnetici; sulla potenziale idoneità sugli atti di polizia a fungere da prova cautelare la difesa non ha prestato acquiescenza, dal momento che ha preteso il soddisfacimento del suo “incondizionato” diritto a ottenere copia delle registrazioni.

Tali trascrizioni di polizia, benché di per sé legittimamente poste a base della richiesta cautelare, diventano, nel limitato ambito dell’incidente cautelare, probatoriamente invalide per fatto successivo o, se si vuole, probatoriamente inefficaci, il che vale a dire, in termini di effetti concreti, che non sono “utilizzabili” ai fini della valutazione della domanda cautelare, inteso il termine “inutilizzabilità” in senso non strettamente tecnico (si veda del resto, per un caso di “inutilizzabilità” di una prova per un fatto omissivo successivo, l’art. 195, comma 3, c.p.p. in tema di testimonianza indiretta).

In altri termini, - posta la necessaria distinzione tra mezzo di ricerca della prova (attività di intercettazione), risultato probatorio (conversazioni intercettate) e assunzione della prova (acquisizione del documento-prova) - nel caso in esame è il sub-procedimento di assunzione della prova nel giudizio di libertà (produzione di “brogliacci”-rilascio di copia delle registrazioni) a essere viziato, mentre nessun vizio inficia sia l’attività di ricerca della prova sia il risultato probatorio in sé considerati.

Ne deriva, in simile evenienza, che se, effettuata la “prova di resistenza”, l’ulteriore materiale indiziario non è idoneo a rappresentare i gravi indizi di colpevolezza richiesti dall’art. 273 c.p.p. il Tribunale del riesame deve “annullare” l’ordinanza cautelare (v. art. 309 comma 9 c.p.p.), non perché questa sia affetta da un vizio originario, ma perché la verifica effettuata nel giudizio di riesame conduce a una valutazione di non fondatezza della domanda cautelare. E lo stesso è da dirsi, *mutatis mutandis*, in caso di decisione emessa in sede di appello cautelare *ex art.* 310 c.p.p.

Analoga vicenda del resto si verifica in sede di giudizio nel merito, qualora il giudice di appello, sulla base di fatti sopravvenuti (art. 603 c.p.p.), pur senza poteri senza in questo caso formalmente “annullare”, riformi in tutto o in parte la sentenza di primo grado, con ciò stesso affermando che l’accusa non era adeguatamente supportata da idonee prove.

2.3. Simili conclusioni devono essere tratte con riferimento alle registrazioni di “video-riprese”. Anche in tal caso, infatti, può dirsi che la prova dei fatti dalle stesse rappresentati

non deriva dal riassunto, e dalla inevitabile interpretazione soggettiva, che di esse si faccia in atti di p.g., ma dal contenuto stesso delle registrazioni, documentate in supporti magnetici o informatici, a nulla rilevando che la relativa disciplina non si rinvenga negli artt. 266 e seguenti cod. proc. pen. (v. Cass., sez. un., n. 26795 del 28 marzo 2006, P.); posto che ciò che a tal fine conta non sono le condizioni e i presupposti per la legittima attivazione di mezzi di ricerca della prova, ma la idoneità del mezzo documentale a rappresentare adeguatamente il fatto documentato; aspetto che contraddistingue indistintamente le intercettazioni sonore e quelle visive, o audio-visive (v. Cass., sez. V, n. 39930 del 24 giugno 2009, R., n. 245379).

2.4. Ciò posto, va osservato, con riferimento al caso di specie, che il difensore, come dà atto l'ordinanza impugnata, aveva documentato di avere depositato in data 3 febbraio 2011, e quindi circa un mese prima della udienza di riesame, una istanza al Pubblico ministero procedente diretta a visionare e a estrarre copia dei documenti informatici di cui era menzione nel provvedimento cautelare. Su tale richiesta il P.m. aveva nello stesso giorno dato riscontro positivo; e tuttavia il personale amministrativo dell'Ufficio di Procura aveva trasmesso al difensore, solo in data 7 marzo 2010 (e cioè tre giorni prima della udienza) un fax con il quale si richiedeva di specificare i "R.I.T." e i brogliacci di cui si intendeva estrarre copia.

Ad avviso del Tribunale, essendo l'istanza del tutto generica, non avendo il difensore specificato quali tra le numerosissime intercettazioni dovessero essere duplicate, legittimamente non era stato dato riscontro ad essa. Inoltre, riferendosi la istanza a "filmati" ovvero a "video-registrazioni", e non rientrando le video-riprese nel *genus* delle intercettazioni di comunicazioni», essendo esse prove atipiche ai sensi dell'art. 189 c.p.p. la relativa documentazione era pienamente utilizzabile sulla base dei verbali di polizia giudiziaria.

Tale assunto non può essere condiviso.

È vero che, in un contesto investigativo di particolare complessità, che si sostanziava tra l'altro in numerosissime conversazioni o immagini registrate, la difesa aveva chiesto genericamente il rilascio di copia dei supporti che si riferivano al proprio assistito, demandando all'ufficio di Procura di individuare quelli che, tra il materiale raccolto, riguardassero direttamente o indirettamente l'istante. Ma va rilevato che su tale istanza il P.M., come detto, si era espresso, nella stessa giornata in cui venne proposta, in senso favorevole, sicché, se al soddisfacimento di essa fosse stata di ostacolo la previa necessità di individuare quali tra il coacervo delle registrazioni fossero di specifico interesse per la difesa, sarebbe stato dovere dello stesso P. M. di darne tempestiva comunicazione alla parte istante; non potendosi ammettere né che la interlocuzione con questa venisse instaurata dal personale amministrativo della Procura né, tanto meno, che ciò avvenisse a distanza di un mese dalla istanza, praticamente a ridosso della udienza di riesame.

Quanto al fatto che anche i supporti delle video-registrazioni rientrano nei materiali cui ha diritto di accedere la difesa, nell'ambito delle garanzie riconosciutele dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 336 del 2008 e poi specificate dalle Sezioni unite con la citata sentenza L., si è già data sopra risposta in senso affermativo, essendo tali materiali del tutto assimilabili ai supporti delle registrazioni di conversazioni.

3. Da quanto sopra detto consegue l'annullamento della ordinanza impugnata, con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Catanzaro, fermo restando che il Tribunale, «non più soggetto

al termini perentori indicati dall'art. 309, comma 10, c.p.p.» (sez. un., L., cit.) dovrà nuovamente prendere in esame il tema relativo alla sussistenza delle condizioni legittimanti la misura cautelare applicata sulla base anche delle registrazioni delle conversazioni intercettate, ove le relative copie siano prodotte in sede di rinvio essendo state messe a disposizione della difesa.

La Cancelleria provvederà agli adempimenti di cui all'art. 94, comma 1-ter, disp. att. c.p.p.
[omissis]

DAIANA BEDESCHI

Dottore in Giurisprudenza - Università degli Studi di Ferrara

Nuovi obblighi del pubblico ministero per soddisfare il diritto del difensore ad accedere alle registrazioni di suoni o immagini in vista del giudizio di riesame

New obligations for the public prosecutor in order to satisfy the right of the lawyer to extract intercepted's files during the proceeding de libertate

(Peer reviewers: Prof. Marzia Ferraioli, Prof. Angelo Pennisi)

Nel procedimento de *libertate*, il difensore ha diritto ad estrarre copia dei supporti magnetici del captato posto alla base della misura cautelare, seppure non depositati, anche quando questi siano costituiti da videoregistrazioni. Per quest'ultime, infatti, sussiste l'esigenza di verificare l'idoneità del mezzo documentale a rappresentare il fatto registrato. Se il pubblico ministero acconsente alla richiesta del difensore e successivamente sorgono difficoltà ad evadere l'istanza, egli ha l'obbligo instaurare, personalmente e tempestivamente, una fase interlocutoria con la difesa per soddisfare il suo diritto.

During the proceeding de libertate, the lawyer is entitled to take copies of the intercepted's files founding in the precautionary measure, although not deposited, even if they concern videotapes. Also for videotapes the lawyer must have the possibility to verify the correspondence between the files and theirs reports. If the the public prosecutor has given permission to take copies, he must communicate, timely and personally, to the defender the difficulties that are arising from satisfy his rights.

Il caso

La pronuncia in esame trae origine dall'applicazione della misura di custodia cautelare in carcere verso *omissis*, indagato per traffico di stupefacenti ed appartenenza alla relativa associazione (artt. 73 e 74 d.p.r. n. 309 del 1990), nonché per detenzione illegale di armi ed esplosivi. A dimostrare il coinvolgimento di *omissis* nei fatti addebitatigli vi erano le intercettazioni telefoniche e le videoregistrazioni. Riconfermata la misura restrittiva in sede di riesame, la difesa ricorreva in Cassazione lamentando una pluralità di vizi: violazione delle norme operative in tema di intercettazioni, assenza dei presupposti per l'applicazione della misura restrittiva, decisione del riesame emessa fuori dal termine di cui all'art. 309, comma 10 c.p.p. e mancato rilascio delle copie del captato seppur non oggetto di precedente deposito. Solo quest'ultima censura è apparsa fondata per la Cassazione, che ha annullato il provvedimento del Tribunale delle libertà, con rinvio allo stesso per violazione del diritto di difesa. Di particolare interesse la trattazione degli argomenti di diritto, i quali - nel richiamo alla sentenza divenuta architrave¹ in tema di diritto del difensore ad estrarre copia di *files* posti a base della misura cautelare seppur non depositati - cercano di chiarire dubbi e perplessità diffusi presso gli addetti ai lavori. Occorrerà, pertanto, rinfrescare la memoria sull'argomento.

Profili introduttivi al problema

Con la pronuncia additiva n. 336 del 2008, la Corte costituzionale introduceva una nuova articolazione del diritto di difesa in sede cautelare: il solo rappresentante della difesa ha il diritto di ottenere la trasposizione su suppor-

to magnetico del captato posto a fondamento della misura cautelare personale, dopo che la stessa sia stata eseguita o ne sia stato notificato il provvedimento, essendo venute meno le esigenze di riservatezza². Prima della decisione del Supremo consesso, suddetta prerogativa era prevista dal codice di procedura penale solo all'esito dell'udienza stralcio, la quale ha la funzione di preparare il materiale intercettato per la fase dibattimentale *ex art.* 268, commi 6 e 7 c.p.p. nel rispetto del contraddittorio tra le parti. Stabilito il diritto, gli ermellini ne hanno delineato i profili, riducendone i contorni.

Il diritto incondizionato subisce, così, dei temperamenti: occorre che la richiesta della difesa pervenga in tempo utile al titolare della pubblica accusa (soggetto legittimato a ricevere l'istanza) che può rifiutare il rilascio con un provvedimento motivato, passibile di controllo in sede di impugnazione; il Tribunale *de libertate* dovrà provvedere anche in presenza di una violazione del diritto del difensore (non essendo modificati o concessi termini di sospensione per la decisione); è onere della difesa allegare in modo specifico e documentato il mancato rispetto del diritto in parola in sede di riesame o d'appello. La violazione del "ridimensionato" diritto è causa di nullità a regime intermedio (*ex art.* 178 c.p.p. lett. c)³. In caso di annullamento dell'ordinanza restrittiva il pubblico ministero potrà presentarne una nuova richiesta cautelare inerente la stessa vicenda qualora allegghi ai brogliacci anche i supporti in cui il materiale intercettato risulta contenuto⁴.

² Testo e commento di Milani, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 910; si veda inoltre Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, *Giur. cost.*, 2008, 3761.

³ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit., 61 (punti 7.5 e ss.).

⁴ Milani, *Le conseguenze della violazione del diritto della difesa all'ascolto delle registrazioni di conversazioni intercettate e utilizzate a fini cautelari*, *Cass. pen.*, 2011, 491.

¹ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, n. 20300, *Guida dir.*, 2010, 27, 61.

Il vizio

a) dall'origine delle critiche...

Il vizio conseguente alla violazione del diritto pretorio non convince l'intero mondo giuridico e costringe la Corte di cassazione anche nella presente sentenza a rimarcare la patologia. Conviene prima analizzare le critiche e, successivamente, passare al tentativo di superarle. Parte della dottrina, seppur apprezzando lo sforzo posto in essere dai giudici per garantire il contraddittorio in tutte le fasi del procedimento, ha rilevato come la sanzione prescelta alimenta frizioni tra le categorie dell'invalidità: posto l'accento sull'aspetto funzionale del vizio – ovvero la pacifica inutilizzabilità delle intercettazioni ai fini della decisione – e qualificato il diritto ad ottenere la copia delle trascrizioni come divieto probatorio⁵, ha dedotto che nel caso di specie si configura una inutilizzabilità mascherata da nullità. Alcuni prendono atto che l'atteggiarsi del vizio costituisce l'ennesima testimonianza di assottigliamento della linea di *discrimen* delle due categorie⁶, mentre per altri esso sarebbe conforme alle disposizioni generali in tema di nullità⁷. L'assenza di un coro unanime è segno tangibile della difficoltà di individuare i criteri distintivi tra le due invalidità; le cause sono da ravvisarsi nel mancato recepimento delle linee guida tracciate nella Relazione al Progetto preliminare all'attuale codice, che voleva l'inutilizzabilità per l'*an* della prova – afferente al momento di ammissione – mentre la nullità per il *quomodo* (ovvero per la fase di formazione). Il testo odierno, invece, all'art 191 c. p. p. prevede l'inutilizzabilità anche per il mancato rispetto dei divieti preposti a regolare la fase acquisiti-

va; quali siano le categorie di norme all'interno delle quali ricercare tali divieti è ancora oggi fonte di *querelle* dottrinale⁸. L'interprete può, pertanto, trovarsi di fronte a una violazione di legge passibile di essere ricondotta alle due categorie sovraesposte in presenza di una norma silente sul punto⁹. Situazione che sembrerebbe essersi verificata nel caso di specie dove sia il diritto che la sanzione sono state delineate nelle aule dei tribunali.

b) ...alla soluzione di sistema

Esaminate le critiche bisogna individuare l'origine della patologia. La pronuncia in parola cerca di specificarla con precisione chirurgica, senza discostarsi dai suoi precedenti illustri. Si legge, infatti, che «posta la necessaria distinzione tra mezzo di ricerca della prova (attività di intercettazioni), risultato probatorio (conversazioni intercettate) e assunzione della prova (acquisizione del documento-prova) [...] è il sub-procedimento di assunzione della prova nel giudizio *de libertate* (brogliacci-rilascio di copia di intercettazioni) ad essere viziato, mentre nessun vizio inficia sia l'attività di ricerca della prova sia il risultato probatorio in sé considerato». Occorre un'accortezza terminologica: in materia di intercettazioni, come sottolineato in dottrina¹⁰, le classiche tappe dell'istruzione probatoria non coincidono, in quanto il termine "acquisizione" si riferisce al procedimento con cui il giudice del dibattimento conosce il captato attraverso attività prodromiche e concomitanti – perizia – svoltesi nell'udienza stralcio¹¹.

La Corte di cassazione sembrerebbe avere

⁵ Gaeta, *Le sezioni Unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, Guida dir., 2010, 28, 81-82. In accordo, Santoriello, *Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla*, Giur. it., 2011, 718.

⁶ Milani, *Le conseguenze della violazione*, cit., 490.

⁷ Sola, *Le intercettazioni telefoniche tra "nuovi" assetti cautelari e "diritto di difendersi provando"*, Dir. pen. proc., 2010, 583.

⁸ Si veda Scalfati - Servi, *Premesse sulla prova penale*, Scalfati (a cura di), *Le prove*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, I, Torino, 2008, 42.

⁹ Illuminati, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2010, 533.

¹⁰ Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 203.

¹¹ Parodi, *Le intercettazioni, profili operativi e giurisprudenziali*, Torino, 2002, 196.

riproposto la stessa cifra linguistica all'interno dell'incidente cautelare: qui l'acquisizione dovrebbe indicare come il giudice del riesame o dell'appello viene a conoscenza del risultato probatorio fornito dal mezzo di ricerca della prova. Il parallelismo definitorio permette di sovrapporre gli schemi delle due fasi, consentendo di spiegarne la sanzione: in entrambe è solo al momento dell'acquisizione che viene garantito il contraddittorio sulla prova - seppur in termini differenti - poiché l'ammissione e lo svolgimento delle operazioni non può coinvolgere colui che viene registrato o il suo difensore. Se la sanzione per la violazione del diritto di difesa, cagionata dalla mancata ottemperanza all'art. 268, commi 5 e 6 c.p.p., è una nullità di ordine generale a regime intermedio *ex art.* 178, lett c) e 180 c.p.p.¹², trovarsi una soluzione diversa e più radicale in sede cautelare appare stridente. Anche l'organicità del sistema propende in tal senso: a) nella fase *de libertate* la mancata opportunità per la difesa di prendere visione degli atti posti alla base delle misura cautelare per omesso deposito di quanto prescritto dall'art. 293, comma 3, c.p.p. origina la stessa *species* di nullità dell'omesso interrogatorio di garanzia¹³; b) l'art. 271 c.p.p. (norma speciale in fatto di intercettazioni, rispetto alla generale dell'art 191 c.p.p.) è sempre stato interpretato restrittivamente dalle aule di tribunale, tanto da circoscrivere alla rigorosa violazione degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p. le ipotesi di inutilizzabilità. La visione

di sistema, coniugata al fatto che la patologia non riguarda l'illegittimità in sé della norma *ex art.* 271 c.p.p. ma la sua modalità di acquisizione, sembrerebbe far propendere per la ragionevolezza della sanzione della nullità¹⁴.

Oggetto del vizio

Speculari alle differenti posizioni sul vizio sono le varieguate opinioni volte a delinearne l'oggetto. Neppure la sentenza delle Sezioni unite n. 20300 del 2010 era riuscita a scrivere un punto fermo in materia: da un lato vi era chi affermava che si fosse in presenza di un vizio senza oggetto¹⁵, mentre dall'altro alcuni lo individuavano alternativamente o nell'interrogatorio o nella sentenza di riesame¹⁶. La pronuncia in parola sembra delineare con maggiore chiarezza il campo all'interno del quale esso va cercato, ovvero all'atto della *sub-acquisizione* della prova in sede cautelare. Tale momento si configura come un procedimento a formazione complessa costituito da due *tranches* - brogliaccio ed estrazione della copia - che devono essere rispettate per poter utilizzare il risultato probatorio da esse deri-

¹⁴ Per un quadro dei criteri distintivi e relative problematiche Scalfati-Servi, cit., 49.

¹⁵ Nella nota alla sentenza Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit., Gaeta, cit. 81-82, rileva che «si ha l'impressione che, configurata la nullità, si sia poi nella difficoltà teorica di individuarne l'oggetto [omissis]. Una nullità, insomma, che priva di oggetto definito, si atteggia come una vera inutilizzabilità probatoria».

¹⁶ Sola, *le intercettazioni telefoniche tra "nuovi" assetti cautelari e "diritto di difendersi provando"*, cit., 583, in nota alla sentenza Cass., sez. VI, 16 luglio 2009, n. 29386. Corbo, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, Cass. pen., 2009, 3, 872, aveva, per converso, constatato che «non appare plausibile ritenere che [omissis] il rilascio della copia delle registrazioni delle comunicazione e conversazioni intercettate debba precedere l'interrogatorio previsto dall'art. 294 c.p.p.» sottolineando come il giudice ne influenzi i termini, potendo disporre interrogatorio di garanzia lo stesso giorno in cui è eseguita la misura, e l'inattualità della soluzione qualora il difensore lo chieda in un momento successivo a tale atto.

¹² Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 31.

¹³ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 26798, CED Cass., 215969. Si ricorda che la pronuncia additiva della C. cost., 24 giugno 1997, n. 192, che ha introdotto il comma 3 dell'art. 293 c.p.p., quale premessa logica della sentenza della C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, è stata definita da Kalb, *Solo l'ascolto diretto del captato assicura un pieno diritto di difesa*, Guid.dir. 2008, 43, 66, come solco già tracciato del diritto di estrarre copia. Per un approfondimento si veda Angeletti, *Le misure coercitive personali*, Id (a cura di), *Le invalidità dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti del processo cautelare*, III, 2007, 230.

vate. Il meccanismo acquisitivo, complesso al pari di quello delineato per la testimonianza indiretta¹⁷ - mezzo di prova preso a paragone dalla sentenza in parola, la quale richiede per l'utilizzabilità di quanto riferito dal teste *de relato* che il giudice citi il teste diretto laddove la parte ne faccia richiesta - sottende il disvalore che l'ordinamento mostra verso forme mediate di conoscenza della realtà, ovvero la predilezione per la fonte di prova "genuina". Ristretto il campo della patologia e posto che questa non potrà ricadere per limite ontologico su un atto omissivo, essa riguarderà il risultato probatorio validamente formatosi fino ad allora, ma incompleto per la fase decisoria: il brogliaccio e la testimonianza indiretta. La diversità di sanzione ha un valore relativo e non si riverbera in sede valutativa¹⁸: scelta del legislatore per l'art. 195, comma 3, c.p.p., scelta di coerenza del sistema e bilanciamento di interessi per le intercettazioni.

Per la giurisprudenza consolidata, la mancata formazione del processo acquisitivo costituisce in sede di riesame un fatto sopravvenuto da far valere nei termini dell'art. 309, comma 9, c.p.p., e non un fatto successivo *pro reo* ex art. 309, comma 5, c.p.p., come auspicato dalla dottrina più garantista del diritto di difesa. La teoria che vede nelle bobine un elemento *pro reo*, oltre a poter trovare accoglimento solo in una singola ipotesi¹⁹,

comporta l'espandersi del diritto di difesa ben oltre lo spazio riconosciutogli dalla giurisprudenza²⁰. Quest'ultima lo dipinge come diritto di far rilevare la semplice difformità - la quale deve essere sia specificamente contestata che documentata - tra quanto posto a fondamento della misura cautelare (annotazioni unilaterali di polizia giudiziaria o di ulteriori riassunti operati dal pubblico ministero) e quanto risultante da privato ascolto, non come strumento volto a garantire la coerenza e il significato di tutto l'intercettato. Se a ciò si aggiunge che il Tribunale delle libertà anche in mancanza di perfezionamento del processo acquisitivo - si pensi al caso in cui il difensore abbia chiesto tardivamente l'estrazione della copia o che il pubblico ministero non abbia soddisfatto la richiesta previa motivazione - è tenuto a decidere sulla misura cautelare²¹, e che sul Tribunale grava l'obbligo di ascolto solo qualora ritenga le difformità rappresentate come essenziali - ovvero quando le stesse siano idonee a far venire meno il quadro probatorio d'accusa-, la tesi sopra esposta sembra di difficile condivisione. Esercitato entro tali limiti il diritto di difesa, l'ordinanza cautelare sarà passibile di riforma, annullamento o conferma a se-

¹⁷ Come rilevato per la testimonianza indiretta da Menna, *Prove dichiarative*, Scalfati (a cura di), *Le prove*, Spangher (diretto da), cit., 2008, 129.

¹⁸ Illuminati, *L'inutilizzabilità*, cit., 533 sostiene che «in via di fatto, nonostante la legge non lo dica, anche la prova nulla non può essere utilizzata». Si veda anche Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 6.

¹⁹ Santoriello, *Diritto alla copia*, cit., 718 propone di qualificare i *files* o le bobine come elementi sopravvenuti *pro reo*. L'autore stesso rileva che tale qualificazione sarebbe limitata al solo caso in cui «la difesa chieda si proceda al deposito di *files* audio relativi a conversazioni non fatte oggetto di trascrizione e quindi non considerate in sede di adozione del provvedimento cautelare. [Omissis]. Quando dunque la difesa contesti l'attribuzione di significato che la pubblica accusa ha operato con riferi-

mento ad una conversazione intercettata e all'uopo, onde consentire una ricostruzione del senso del dialogo fra le parti diversa da quella presentata nel provvedimento cautelare, chieda si proceda all'audizione di ulteriori conversazioni, la mancata soddisfazione di tale istanza [omissis] si traduce in una omessa trasmissione di atti favorevoli all'imputato sanzionata con la perdita di efficacia della misura». Tale orientamento sarebbe volto ad affermare la perdita di efficacia della misura cautelare in mancanza di soddisfacimento del diritto del difensore (ipotesi espressamente esclusa dalla Cassazione: Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit.); l'autore, difatti, sottolinea la difficoltà di operare una giusta interpretazione dell'intercettato posto alla base della misura cautelare se non considerato con l'insieme del captato.

²⁰ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit. (punto 7.3); Cass., sez. VI, 15 ottobre 2010, n. 37014 con nota di Angeloni, *Intercettazioni: utilizzo a fini cautelari*, *Giur. it.*, 2011, 1645-1646.

²¹ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit. (punto 7.7).

conda che il quadro probatorio, in difetto di intercettazioni non utilizzabili, sia idoneo ad integrare i presupposti per il mantenimento della misura cautelare in oggetto (cd. prova di resistenza).

Il contraddittorio sulla prova

Il diritto ad estrarre copia dei supporti magnetici, oltre a garantire la parità delle armi tra le parti, ha come scopo centrale la tutela del contraddittorio, il cui rispetto viene avvertito anche a fronte di prove precostituite come gli atti irripetibili, ai quali appartengono tanto le intercettazioni quanto le videoregistrazioni²². La presente sentenza, difatti, non si limita a ribadire l'esigenza del contraddittorio solo per le intercettazioni, ma l'afferma per le videoregistrazioni poste alla base del provvedimento cautelare. Il presupposto di estensione del diritto di "difendersi provando"²³ alle videoriprese è dato dalla constatazione che le prove sono solo le bobine o i *files*, non i documenti attraverso cui questi sono utilizzati in sede di indagini preliminari, o la documentazione attraverso cui entrano nel procedimento²⁴. La

carta, difatti, non è adeguatamente idonea a rappresentare il fatto documentato in quanto essa è frutto di elaborazione soggettiva unilaterale dell'autorità procedente. Va da sé, pertanto, che il contraddittorio sarà non nella formazione "della" prova ma "sulla" prova²⁵ e che questo potrà assicurarsi solo dopo l'attività di notifica o l'esecuzione della misura cautelare.

Come riconosciuto da autorevole dottrina, il contraddittorio - anche quello sulla prova - si atteggia in maniera differente a seconda della fase procedurale nella quale si interviene: varia da una «dimensione meramente dialettica (diritto di intervenire e partecipare alla vicenda) ad una posizione insieme dialettica e probatoria (contribuire alla formazione della prova secondo lo stile dialogico)»²⁶. La prima fase è quella riconosciuta all'incidente cautelare, mentre la seconda è tipicamente dibattimentale²⁷; il diritto ad estrarre copia dei supporti sembra però scardinare predetta classificazione nella misura in cui attribuisce un potere-dovere alla parte nel determinare il risultato probatorio.

La presente sentenza, *ex adverso*, riconosce esplicitamente alla difesa la possibilità, attraverso il suo assenso, di conferire ai brogliacci valenza probatoria piena e, per analogia, anche al riassunto delle videoregistrazioni; riconoscimento perfettamente in

²² Camon, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, 1556 sottolinea l'importanza del contraddittorio nella fase di acquisizione e ammissione delle prove atipiche al fine di verificare la genuinità di quanto posto sui supporti elettronici. Stessa motivazione seppur riferita alla fase incidentale, data dalla C. cost., sent. 10 ottobre 2008 n. 336, cit., «l'ascolto diretto delle conversazioni non può mai essere surrogato dalle trascrizioni eseguite, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, posto che l'accesso diretto alle registrazioni può essere necessario per valutare l'effettivo significato probatorio e in assenza delle trascrizioni di un perito è interesse della difesa poter verificare la genuinità delle trascrizioni utilizzate dal p.m.».

²³ Come lo definisce Sola, *Le intercettazioni telefoniche tra "nuovi" assetti cautelari e "diritto di difendersi provando"*, cit., 583.

²⁴ Camon, *Le sezioni unite*, cit., 1557 ss. In tema di videoregistrazioni l'affermazione che le riprese fossero la vera fonte di prova è stato più travagliato: alcuni spunti bibliografici Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, Dir. pen. e proc.,

1, 2001, 87; Tabasco, *Corte costituzionale e videoriprese di condotte non comunicative: ancora dubbi e perplessità*, Dir. pen. e proc., 2, 2010, 234 nonché dello stesso autore, la monografia *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale, le «prove atipiche» tra teoria e prassi*, Napoli, 2011, 141.

²⁵ Ferrua, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art 111 Cost.*, G. di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. un itinerario attraverso al giurisprudenza*, Torino, 2009, 5.

²⁶ A. De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, Scalati (a cura di), *Le misure cautelari*, Spangher (diretta da), cit., 26.

²⁷ Sembrerebbe quanto desumersi da A. De Caro, *Presupposti*, cit., 27.

linea con l'art. 111, comma 5, Cost. Si legge che «in mancanza di rilascio di copia delle registrazioni al difensore che ne abbia fatto tempestiva richiesta, il Tribunale non può fondare il suo convincimento su detti atti di polizia, proprio in quanto non incondizionatamente "surrogatori" della "vera prova" - costituita dalle conversazioni o comunicazioni come registrate sui relativi supporti informatici o magnetici - e sulla cui potenziale idoneità a fungere da prova cautelare la difesa non ha prestato acquiescenza, dal momento che ha preteso il soddisfacimento del suo "incondizionato" diritto a ottenere copia delle registrazioni». Per completezza occorre menzionare che anche il pubblico ministero potrebbe elevare i brogliacci a prova, seppur in termini diversi dalla manifestazione del consenso e ancorati ad ipotesi di impossibilità oggettiva; si pensi al caso in cui motivi adeguatamente la non possibilità di poter fornire copia delle intercettazioni causa la mole dell'intercettato o la difficoltà nell'estrarlo²⁸.

Tempestività, dovere di lealtà, oggettiva tardività: matrische del diritto di difesa

Tra le questioni non trattate dalla sentenza della Corte costituzionale, il tempo del diritto non era tema secondario, soprattutto data l'immutata disciplina dei termini entro cui il procedimento *de libertate* doveva essere definito. I primi addetti ai lavori avevano ricercato un possibile criterio di riferimento all'interno dell'istituto dichiarato illegittimo (art. 268 c.p.p.) ritenendo, pertanto, «cinque

giorni» un termine congruo per evadere la richiesta; non vi era però concordanza sul *dies a quo*: per alcuni questo avrebbe potuto decorrere dalla notificazione al difensore dell'avviso di deposito dell'ordinanza cautelare emessa dal giudice per le indagini preliminari²⁹, per altri dall'istanza presentata dalla difesa³⁰. Suggerimenti non recepiti dalla giurisprudenza a venire, la quale non avrebbe optato per l'individuazione di un termine a pena di decadenza, scegliendo di fissare il concetto in modo ben più generale e mobile³¹, in quanto dipendente dal singolo caso concreto³², della tempestività della richiesta e dalla relativa soddisfazione.

È tempestiva, dunque, una richiesta proposta ed adempiuta in tempo utile affinché il difensore possa esercitare nelle sedi successive il diritto di difesa, e quando il pubblico ministero vi possa far fronte in suddetti termini; viene, pertanto, *consigliato* allo stesso di premunirsi all'atto di emanazione della misura cautelare di duplicazioni del captato³³. La tempestività, tuttavia, si presta a differenti strumentalizzazioni collegate alle rispettive posizioni: se l'organo d'accusa può non rilasciare la copia motivando un'impossibilità di ordine oggettivo come sopra delineata, del pari il difensore potrebbe proporre l'istanza in qualunque momento. Da qui la necessità di ulteriori criteri per impedire motivazioni di comodo e standardizzate³⁴ o

²⁸ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit. (punto 7.7). Seguendo tale ricostruzione, appare opportuno ricondurre il mancato rilascio della copia motivato da esigenze di riservatezza di altri soggetti - estranei ai fatti per i quali si procede - nell'alveo dell'impossibilità oggettiva (si veda Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, cit., punto 7.2). Il diniego, difatti, non dovrebbe esser interpretato come scelta arbitraria di parte, ma quale atto dovuto dalla necessità di proteggere un altro diritto costituzionale di pari grado.

²⁹ Milani, nota 2, cit., 922. Occorre dare atto che il contributo citato è a commento della sentenza della C. cost., 10 ottobre 2008 n. 336, cit., mentre nello scritto successivo all'arresto della Cass. pen., sez. un., 22 aprile 2010, cit., l'autore prende atto dell'adozione del concetto elastico del tempo utile (Milani, *Le conseguenze della violazione*, cit., 486-487).

³⁰ Corbo, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale*, cit., 873.

³¹ Definizione data da Cenci, *La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti*, Giur. it, 2011, 722.

³² Cass., sez. VI, 1 settembre 2010, cit. (punto 3.1) viene riconosciuto che apprezzamento della tempestività dipende dal caso concreto.

³³ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, cit. (punti 7.6 - 7.7).

³⁴ Preoccupazione già sottolineata da Cenci, cit., 722.

richieste in tempi sospetti; gli stessi sono stati, pertanto, individuati da un lato richiamando il dovere di lealtà che incombe sulle parti e dall'altro nel riconoscimento dell'oggettiva tardività delle domande che non potrebbero soddisfare i fini a cui il diritto è preposto³⁵.

Le matriosche in cui si declina il diritto di difesa assumono concreto significato caso per caso, inadempimento per inadempimento. Se è oggettivamente tardiva la richiesta del difensore presentata all'organo d'accusa due giorni prima dell'udienza del riesame³⁶, lo è altresì un diniego di fatto concretatosi a tre giorni dall'udienza di cui all'art. 309 c.p.p. Nel caso di specie, difatti, il pubblico ministero aveva frettolosamente dato riscontro positivo alla generica richiesta del difensore di avere copia di tutti i *files* riguardanti il proprio assistito, ma i suoi uffici solo settantadue ore prima dell'udienza richiedevano alla difesa di individuare le intercettazioni oggetto di interesse, data la consistenza del captato. La Corte, stravolgendo la valutazione del riesame sulla legittimità del comportamento dell'organo inquirente, sembrerebbe delineare ulteriori aspetti dell'obbligo di diligenza in capo allo stesso: la pubblica accusa dovrebbe instaurare personalmente – non demandandolo agli amministrativi – una fase interlocutoria volta a delimitare l'oggetto della richiesta qualora questa sia generica, seppur indirizzata al registrato dedotto *in corpore* al provvedimento cautelare. Posto, inoltre, che non vi è obbligo in capo alla Procura di comunicare l'esito dell'istanza alla difesa purché la decisione (positiva o negativa) sulla richiesta sia tempestiva³⁷, la necessità di un momento di

raffronto tra le contrapposte parti si manifesterebbe solo in presenza di difficoltà successive all'assenso dato. *Empasses* che potrebbero essere preesistenti e non rilevate all'atto dell'assenso, come nel caso di specie, o successive (si pensi a difficoltà in sede di trasposizione dei dati). Tale sentenza, pertanto, potrebbe indurre un pubblico ministero che si trovi di fronte a un quadro d'indagine complesso costituito da un *mare magnum* di *files* e bobine, a rifiutare in via preventiva la trasposizione posto che tale comportamento viene ritenuto legittimo purché tempestivo; il magistrato zelante, invece, che incontri difficoltà nel soddisfare il diritto del difensore potrebbe avere non piacevoli sorprese in sede di riesame se tali difficoltà siano palesate tardivamente.

Conclusioni

I lineamenti del diritto ad estrarre copia³⁸ sembrano ancora non totalmente definiti. Rimangono aperte, sia la questione relativa all'individuazione di quali provvedimenti potrebbero legittimare il diritto alla trasposizione³⁹, sia quella attinente al riflesso che tale diritto potrebbe avere nella fase successiva al deposito delle intercettazioni⁴⁰. Le esigenze di riserva-

³⁵ Criteri aggiuntivi enunciati nella sentenza Cass., sez. VI, 1 settembre 2010, n. 32571 con nota Sau, *Niente accesso alle intercettazioni se l'istanza del difensore non è tempestiva*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 321.

³⁶ Cass., sez. VI, 1 settembre 2010, cit.

³⁷ Gasparre, *Autorizzazione alla copia di file audio di intercettazioni ambientali: è onere della difesa acquisire con tempestività l'esito dell'istanza presentata al p.m.*, *www.penalecontemporaneo.it* compie un breve report della sentenza Cass., sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 38673.

³⁸ Per la delimitazione delle facoltà del diritto di difesa si veda Pistorelli, *Accesso difensivo alle registrazioni delle intercettazioni, tra limiti normativi ed evoluzione tecnologica*, *www.penalecontemporaneo.it*

³⁹ Corbo, *Il diritto del difensore di accedere*, cit., 868 - 869 non riscontra motivi ostativi al riconoscimento del diritto di estrarre copia anche in presenza: a) di misure cautelari interdittive; b) dell'appello presentato dal pubblico ministero avverso il rigetto della richiesta di applicazione della misura cautelare personale; c) provvedimenti che rigettano o dispongono misure cautelari reali (ma anche decreti di sequestro probatorio) e ne sia proposta impugnazione.

⁴⁰ Biagi - Furfaro, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, II, Torino, 2008, 153-154 sostengono che il riconoscimento al difensore di estrarre copia delle intercettazioni nel procedimento *de libertate* dovrebbe legittimare la possibilità di ottenere copia delle stesse dopo il deposito e prima dell'avvenuta trascrizione dell'intercettato nelle forme della perizia (ex art. 268, comma 8 c.p.p.), anche in assenza di espressa previsione normativa.

tezza, inoltre, sembrano tutt'altro che svanite: come riconosciuto dalla sentenza della Cassazione penale n. 20300 del 2010. Interessante sarà, inoltre, seguire l'evolversi delle possibili ipotesi legittimanti il rifiuto del pubblico ministero ad effettuare le duplicazioni e verificare se queste possano considerarsi ascrivibili a ipotesi di impossibilità oggettiva. Le questioni aperte, inoltre, tendono ad aumentare soprattutto a seguito dell'estensione del diritto di estrarre copia alle videoregistrazioni.

Per quest'ultime – intese come atto autonomo di indagine – la giurisprudenza ha elaborato differenti discipline giuridiche a seconda che esse avvenissero in luogo pubblico o di privata dimora e captassero comportamenti comunicativi o non⁴¹. Classificazioni non di-

menticate dalla Corte che nella sentenza in parola ne precisa l'ambito di rilevanza, collegandolo alle condizioni ed ai presupposti per attivare legittimamente il mezzo di ricerca della prova; le differenti categorie, però, non possono essere barriere per impedire al difensore – tenuto a confrontarsi con videoriprese non comunicative, quindi non assoggettate alla disciplina delle intercettazioni ambientali – di ottenere la copia desiderata: anche in tale ipotesi si ha la necessità di verificare la conformità dello scritto al captato. Tale conclusione, se non appare un argomento decisivo a favore di coloro che auspicano il superamento dell'attuale disciplina delle videoregistrazioni, potrebbe costituire un criterio già tracciato per l'assunzione di quelle videoriprese oggi considerate come prove atipiche⁴².

⁴¹ Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., 141 ss. Se la videoripresa effettuata in luogo pubblico costituisce prova atipica e non abbisogna di nessuna autorizzazione da parte delle autorità inquirenti, per quella posta in essere all'interno di un domicilio occorre distinguere a seconda che: a) attesti comportamenti comunicativi, la quale soggiace alla disciplina delle intercettazioni ambientali ovvero agli artt. 266 - 271 c.p.p. (C. cost., sent. 24 aprile 2002 n. 135, *Giur. Cost.*, 2002, 2176); b) registri comportamenti non comunicativi. Quest'ultima è proibita in quanto, essendo prova innominata, e non avendo il legislatore previsto una disciplina ai sensi dell'art. 14, comma 2, Cost., viola il domicilio. Le prove così ottenute sono, pertanto, inutilizzabili (artt. 14 Cost. - 191 c.p.p.) o da considerarsi non ammissibili (*ex art.* 189 c.p.p.: sul punto si veda Camon, *Le sezioni unite sulla videoregis-*

trazione, cit., 1561). Inoltre, per i luoghi non riconducibili al concetto di domicilio ma meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost., per la riservatezza delle attività che *ivi* si compiono, **occorre un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria** (C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 320, *Giur. cost.*, 2009, 4822).

⁴² Tabasco – *Prove non disciplinate dalla legge*, cit., 158 – nell'evidenziare come nella prassi non sia così agevole distinguere tra videoriprese a contenuto comunicativo o non, rileva come la sanzione comminata per quest'ultime se effettuate nel domicilio – ovvero inutilizzabilità e per conseguenza la distruzione – debba ritenersi inadeguata.

LAURA CAPRARO

Ricercatore di Procedura penale – Università di Roma “Tor Vergata”

Primi casi “clinici” in tema di prova neuroscientifica

Cognitive Neuroscience and Criminal Proceedings: The First Cases

Il ricorso alle neuroscienze per valutare l'imputabilità, cui finora il contributo di tale sapere si è limitato, è ritenuto sostanzialmente legittimo, pur persistendo il dubbio sulle modalità più opportune da seguire per immettere il mezzo istruttorio nel circuito processuale. Invece, le diverse finalità che si intendano affidare alla prova neuroscientifica - come, ad esempio, l'indagine sull'attendibilità del dichiarante - sollevano maggiori riserve, a causa del possibile ridimensionamento del contraddittorio per la prova e delle ricadute sulla libertà morale della persona.

While it is widely accepted that cognitive neuroscience can play an influential role in the courtroom in order to determine a person's state of mind, different applications of this knowledge (for instance, the use of neuroscience for memory detection) raises ethical objections and consistent doubts with regard to the observance of the due process of law.

La sperimentazione giudiziaria

Sul piano generale, occuparsi della prova scientifica, per quanto la si definisca un'«icona» del processo penale in questo primo scorcio del terzo millennio¹, è sempre più

una necessità, vista la inarrestabile eterointegrazione del sapere giudiziario². Ciò impone

lazione al Convegno “Prova scientifica e processo penale” (Taranto, 20-21 gennaio 2012), 9 del dattiloscritto.

² Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, Riv. dir. processuale, 2011, 47; Tonini, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, Dir. pen. proc., 2011, 360 ss., secondo il quale «nella materia della

¹ Lorusso, *Fascino e insidie della prova scientifica*, Re-

una riflessione che indagli, da una parte, sulla reale portata del contributo che scienza e tecnologia possono dare al problema della cognizione penale e, dall'altra, sui limiti entro i quali è opportuno che ciò avvenga, per evitare che la loro ipertrofica presenza «mortific(hi) legalità e contraddittorio»³, facendo assurgere la prova scientifica a «nuovo totem di un (...) efficientismo giudiziario di stampo tecnocratico»⁴.

L'indagine, pur in una prospettiva necessariamente limitata, qui riguarda l'apporto delle neuroscienze⁵ e prende spunto da due provvedimenti sinora editi.

Il primo caso è quello del settembre 2009, quando la corte di assise di appello di Trieste⁶ ha definito il procedimento relativo alla responsabilità di un cittadino algerino imputato di un omicidio in danno di un uomo colombiano⁷. L'indagine psichiatrica disposta per dirimere il contrasto emerso in primo grado tra i risultati delle analisi scientifiche svolte dal perito e dai consulenti di parte, ha supportato la riforma della pronuncia impugnata, determinando la ri-

duzione massima di pena per il difetto parziale di imputabilità.

Tra le analisi effettuate - nell'ambito delle quali non erano mancate quelle tradizionali, come i colloqui clinici, i test psicopatologici, ecc.- la corte ha attribuito particolare rilievo ai risultati di specifici test volti alla ricerca di «polimorfismi genetici significativi»; tali risultati avevano evidenziato la presenza nel patrimonio cromosomico dell'imputato di determinati geni che, secondo gli studi riportati in letteratura, rendono il soggetto «particolarmente reattivo in termini di aggressività - e, conseguentemente vulnerabile - in presenza di situazioni di stress»⁸.

In una distinta vicenda giudiziaria⁹, è stata riconosciuta la infermità mentale dell'imputata sostanzialmente aderendo alle conclusioni della seconda consulenza della difesa. Il giudice, posto dinanzi a conclusioni specialistiche tra loro inconciliabili (le perizie e le consulenze tecniche espletate erano infatti pervenute a risultati diversi e, cioè, una piena capacità di intendere e di volere, una seminfermità e una totale incapacità di intendere e di volere) ave-

prova scientifica vi è stato un qualcosa di simile al un terremoto, ed attualmente siamo in una fase che si potrebbe definire di ricostruzione del sistema».

³ Scalfati, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in questa Rivista, 5, 2011, 149.

⁴ Lorusso, *Fascino e insidie della prova scientifica*, cit., 8. L'Autore disegna la suggestiva parabola delle «stagioni», in cui la prova scientifica appare lo strumento elettivo dei giorni nostri, dopo che lo stesso ruolo è stato affidato ai collaboratori di giustizia, prima e alle intercettazioni, poi. Del medesimo avviso, già, Ubertis, *Attività investigative e prelievo di campioni biologici*, Cass. pen., 2008, 6.

⁵ Messina G., *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto tra scienza e diritto*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2010, 353; . Di Giovine, *Chi ha paura delle neuroscienze*, Arch. pen., 2011, 1 ss. Più in generale, sull'impatto delle neuroscienze sul diritto, Forza, *Neuroscienze e diritto*, Riv. pen., 2009, 247 ss.

⁶ Corte d'Assise d'Appello Trieste, 18 settembre 2009, Guida dir., Focus on line, 8, 2011, 8 ss.

⁷ Forza, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, Riv. pen., 2010, 75 ss.; Pietrini, Sartori, *Come evolve il ruolo della perizia psichiatrica alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze*, Guida dir., Focus on line, cit., 4 ss.

⁸ «L'imputato risulta possedere, per ciascuno dei polimorfismi esaminati, almeno uno se non tutti e due gli alleli che, in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono stati riscontrati conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo (socialmente inaccettabile). In particolare l'essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA (MAOA-L) potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente» (così, la sentenza). In tema di genetica comportamentale, Pellegrini, *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, Bianchi, Gulotta, Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 70 ss.

⁹ G.i.p. Como, 30 agosto 2011, Guida dir. (on line), con nota di Maciocchi, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*. Altresì, Terracina, *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente*, Guida dir., 5, 2012, 63 ss.; e, poi, Casasole, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, Dir. pen. proc., 2012, 110 ss.; Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 febbraio 2012.

va consentito alla difesa di ricorrere ad un'ulteriore consulenza, i cui risultati si erano poi rivelati determinanti per la decisione sull'imputabilità. In particolare, una risonanza magnetica effettuata sull'encefalo dell'imputata aveva evidenziato una anomalia morfologica in quella particolare area del cervello (i lobi frontali), cui è sostanzialmente riconosciuta la funzione di discriminare tra il "bene" e il "male", e in cui si ritiene abbiano sede il senso critico e il senso morale¹⁰. Per quanto riguarda le indagini genetiche, poi, avevano avuto esito positivo gli accertamenti volti a verificare la presenza degli alleli che studi internazionali hanno associato al maggior rischio di comportamento violento¹¹.

È importante sottolineare che la motivazione, ampia ed articolata, ha chiarito un punto di grande rilievo: partendo dal presupposto che la decisione giudiziale è « il prodotto di una valutazione complessiva, logica e coordinata delle emergenze psichiatriche e di quelle processuali », è stato espressamente sottolineato che i risultati prodotti dalle indagini genetiche e dagli esami di scansione cerebrale svolti sull'imputata non hanno costituito l'unica piattaforma probatoria utilizzata per il giudizio relativo alla imputabilità, ma hanno in realtà soltanto rafforzato gli esiti dell'indagine psichiatrica e neuropsichiatrica condotta secondo i metodi tradizionali¹².

¹⁰ Mediante una risonanza magnetica è stato possibile evidenziare «alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello», che hanno la «funzione di inibire il comportamento automatico e sostituirlo con un altro comportamento (...)».

¹¹ Cfr. nota 8.

¹² D'altra parte, l'accertamento di una certa patologia delle funzioni cerebrali non può esaurire la questione relativa al giudizio di imputabilità per vizio di mente: alla diagnosi deve infatti seguire la successiva verifica relativa alla effettiva incidenza della patologia sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, per accertare il nesso di causalità tra stato di mente e condotta: Bertolino, *Il breve cammino del vizio di mente*, Santosuosso A. (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, 122.

Peculiarità della c.d. prova neuroscientifica

Il tema della c.d. prova neuroscientifica¹³ si inserisce nel più vasto panorama relativo alla prova scientifica, condividendo con quest'ultima - rispetto alla quale si pone in un rapporto di *species a genus* - diverse problematiche e distaccandosene per altre.

Sul primo versante, tali mezzi istruttori integrano molto spesso gli estremi della prova scientifica nuova o controversa e di elevata specializzazione¹⁴, in relazione alla quale non è chiaro quale debba essere il canale di ammissione, se la disciplina "ordinaria" prevista dall'art. 190 c.p.p. ovvero l'applicazione analogica dell'art. 189 c.p.p.¹⁵

Gli aspetti che connotano la prova neuroscientifica, distinguendola dalla più ampia categoria alla quale appartiene, attengono al fatto che essa non pone tutti quei dubbi derivanti dalla denunciata carenza del diritto di difesa durante la fase delle indagini¹⁶; al riguardo, in effetti, viene trascurata l'esigenza che la individuazione, assicurazione, repertazione e conservazione delle tracce del reato, siano effettuate con tutte le cautele indicate dai protocolli elaborati dalle comunità scientifiche di riferimento, idonee ad impedire anche

¹³ Tra i mezzi di prova neuroscientifici ricordiamo la tomografia computerizzata (TC), la tomografia ad emissione di positroni (PET), la risonanza magnetica (RM), la risonanza magnetica funzionale (fMRI), che consentono sostanzialmente di rilevare la morfologia del cervello di un individuo, nonché le aree cerebrali interessate dallo svolgimento di determinate attività mediante la misurazione del flusso sanguigno, e producono le c.d. neuroimmagini; i test genetici aventi ad oggetto lo studio delle basi biologiche del comportamento umano (genetica comportamentale); la c.d. brain fingerprinting technology (BFT), attraverso la quale sarebbe possibile registrare le "impronte delle onde cerebrali" impresse dagli eventi nel cervello di un soggetto.

¹⁴ Dominioni, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 21 ss.

¹⁵ Per ulteriori precisazioni, *infra*.

¹⁶ Di Salvo, *Prova scientifica, indagini preliminari e garanzie difensive*, *Giur. di Merito*, 2010, 1177 ss.; Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 493 ss.

involontarie alterazioni dei materiali raccolti e dei rilievi effettuati¹⁷, le cui conseguenze si trasferiscono sul risultato valutativo. Inutile sottolineare la particolare delicatezza di questo aspetto, nei casi in cui (e sono la maggioranza) l'attività compiuta non è più reiterabile (ad esempio quando si consuma il campione o le attività in questione alterano la scena del crimine¹⁸).

Ebbene, tali criticità rivestono un peso assai limitato in relazione alla materia delle prove neuroscientifiche, che si ricollegano alla possibilità di verificare le alterazioni strutturali del cervello e la sua funzionalità e che quindi, come è intuibile, consistono in attività ripetibili o tendenzialmente effettuate in giudizio.

Certamente vi sono altri profili, non meno delicati, che emergono in relazione a tali metodiche, primo tra tutti quello della eccessiva affidabilità che esse generano in ordine ai risultati prodotti¹⁹. Le c.d. neuroimmagini²⁰, ad esempio, sono considerate per lo più come elementi portatori di certezze obiettive ed inconfutabili, quando in realtà si tratta di convinzioni assai criticabili. Esse sono infatti il frutto di un'attività estremamente complessa, posta in essere da una molteplicità di specialisti (biologi, chimici, fisici, informatici, psicologi, neurologi, matematici ed esperti di medicina nucleare) i quali, nel prestare il proprio apporto collaborativo, possono produrre modificazioni significative dei risultati in base ad un grande numero di variabili; il processo di *scanning*, peraltro, è estremamente complesso ed articolato, ed infine, il ricorso ai colori, al fine di evidenziare graficamente le regioni

del cervello interessate dallo svolgimento di una data funzione mentale, è di solito dettato dall'esigenza di stigmatizzare una certa opzione ricostruttiva più o meno arbitrariamente individuata²¹.

Contraddittorio e prova (neuro)scientifica: un binomio instabile

I canali di immissione nel processo del sapere scientifico sono la consulenza tecnica e la perizia, che consentono alle parti e al giudice di fare ricorso al contributo di esperti. In proposito, pur essendo ormai pacifico che il perito non è un «organo neutrale *super partes*, ma un soggetto di prova esperta che opera secondo il metodo dialettico»²² - nel senso che conta la validità del suo operato e non la sua pretesa autorità - nella giurisprudenza, soprattutto di legittimità, prevale un'opinione invalsa dai tempi del positivismo giuridico (in cui la scienza era percepita e ricostruita in termini di neutralità)²³: la perizia è una prova «asettica», come tale affidata al giudice, che può ammetterla essenzialmente d'ufficio. Tale ricostruzione si ripercuote negativamente, sia sul diritto alla prova (sulla base del cattivo presupposto che le parti perdono poco, avendo comunque a disposizione la consulenza tecnica), nonostante il dato normativo non autorizzi tale interpretazione, sia sulla possibilità di creare le premesse di un contraddittorio effettivo, impedito dal pregiudizio che accompagna l'operato del consulente tecnico, soprattutto della parte

¹⁷ Lorusso, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, *Dir.pen.proc.*, 2010, 1350.

¹⁸ Id., *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, *ivi*, 2011, 264 ss.

¹⁹ Di Giovine, *Chi ha paura delle neuroscienze*, cit.

²⁰ Le neuroimmagini, ottenute mediante lo svolgimento soprattutto della PET e della fMRI, rappresentano graficamente il funzionamento del sistema neurale.

²¹ Dumit., *Objective brains, Prejudicial images*, *Science in Context*, 1999, 12, 173-201.

²² Dominioni, *I mezzi di prova*, Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura penale*, Torino, 2010, 291.

²³ Il concetto postpositivistico di scienza (Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, cit., 362) postula al contrario l'accettazione della sua natura ontologicamente incompleta, fallibile, e quindi mutevole (Popper, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, 308).

privata cui questi è legato da un rapporto fiduciario²⁴.

Tuttavia, è interessante osservare come nel caso di Como il giudice abbia utilizzato ai fini della decisione i risultati prodotti da una consulenza tecnica. Forse non è stato un caso, se si considera che il canale di ammissione prescelto nella vicenda processuale di specie non è stato quello accolto nell'art. 190 c.p.p., ma quello indicato nell'art. 189 c.p.p. per la prova atipica. Il giudice ha verificato che non vi fosse violazione della libertà morale e ha valutato sussistente l'idoneità probatoria dello strumento neuroscientifico per l'accertamento dei fatti, «trattandosi di metodi che, per effetto del progresso scientifico» hanno ottenuto unanime riconoscimento internazionale; nel contraddittorio delle parti, è stato disposto che le modalità di assunzione dovessero essere quelle proprie di una consulenza tecnica.

Peraltro, in questa prospettiva, riemerge l'opinione²⁵ secondo la quale il contraddittorio sulla *novel science* (la "prova scientifica nuova o controversa e di elevata specializzazione"²⁶), va anticipato al momento della ammissione, costituendo la linfa per la valutazione del giudice sulla "idoneità probatoria" (nel quadro delineato dall'art. 189 c.p.p.²⁷): si tratta di con-

frontarsi sull'affidabilità dei metodi e delle procedure adottati dall'esperto, oltre che sulla rilevanza diretta e specifica delle conoscenze acquisibili rispetto ai fatti da provare.

L'Implicit Association Test per valutare l'attendibilità del dichiarante

Gli studi condotti in campo neuroscientifico confermano i risultati cui da tempo era pervenuta la psicologia cognitiva, dimostrando in modo inequivocabile che la memoria è irrimediabilmente imperfetta: «i ricordi accurati, appartengono (...), al mondo ideale e non alla realtà della condizione umana»²⁸.

Il funzionamento della memoria e la costruzione del ricordo rappresentano l'esempio forse più significativo dello scarto che intercorre tra la percezione di una informazione e la elaborazione di essa a livello cerebrale. Già nel momento in cui si assiste ad un fatto lo si codifica secondo meccanismi psichici che ne alterano il significato: «tutte le percezioni sono nel contempo traduzioni e ricostruzioni cerebrali a partire da stimoli o segni captati e codificati attraverso i sensi», cioè «(l') elaborazione soggettiva (è) effettuata sulla base di interessi, abitudini, preconcetti, *script* preesistenti dei dati offerti dagli organi di senso»²⁹.

Sono evidenti le ricadute di tali acquisizioni sul valore da attribuire all'apporto conoscitivo del testimone, e il ruolo che esse possono rivestire nel (forse) inevitabile processo di ridimensionamento della prova dichiarativa.

In questa ottica, molto interessante e per certi versi rivoluzionaria appare una sentenza (allo stato non pubblicata) con la quale il tribunale di Cremona³⁰ ha condannato l'imputa-

²⁴ Secondo Dominioni, *I mezzi di prova*, cit., 291 «il consulente tecnico (sia del pubblico ministero che del difensore) hanno i medesimi obblighi di lealtà e di verità del perito, tanto che correttamente è ormai invalsa la prassi giudiziaria di richiedere anche a loro la dichiarazione d'impegno prevista dall'art. 497, comma 2 (in virtù del rinvio operato dall'art. 501, comma 1)». Di avviso contrario, Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, cit., 360 ss., secondo il quale «i consulenti tecnici di parte rappresentano più una forma di difesa tecnica, che uno strumento equiparabile alla perizia».

²⁵ Dominioni, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, cit.

²⁶ Id, *op.ult.cit.*, 21.

²⁷ Contra, Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 87 ss.; cui adde Caprioli, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo penale per il "Delitto di Cogne"*, *Cass.pen.*, 2009, 1867.

²⁸ Gazzaniga, *La mente etica*, Torino, 2006, 118.

²⁹ De Cataldo Neuburger, *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, *Dir.pen. proc.*, 2010, 605.

³⁰ Si legga la notizia su <http://247.libero.it/>

to di molestie sessuali anche sulla base del c.d. IAT (Forensic - Implicit Association Test)³¹, praticato per accertare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa.

Diversamente da quanto avvenuto nei casi sopra esaminati, in cui i test neuroscientifici hanno contribuito a valutare la capacità d'intendere e volere degli imputati, in questa ipotesi le tecniche utilizzate non si sono limitate a riscontrare anomalie cerebrali strutturali o caratteristiche genetiche rilevanti sul piano comportamentale, ma sono state utilizzate per stabilire la credibilità del dichiarante.

Il Test IAT, che ha ad oggetto la verifica dell'esistenza di una traccia di memoria autobiografica nel cervello del soggetto che vi si sottoponga (ed è quindi una metodologia di "memory detection"³²), si fonda sui diversi tempi di reazione del soggetto al quale è stato richiesto di classificare delle frasi che compaiono sullo schermo di un computer attraverso la pressione di due diversi tasti³³. Semplificando massimamente, le risposte sono raggruppate in congruenti e incongruenti: quando l'accoppiamento è "congruo" la risposta è più rapida: «Lo IAT è uno strumento di misura indiretta che, in base alla latenza delle risposte, stabilisce la forza dell'associazione tra concetti»³⁴.

Il problema che pone un caso come quello descritto attiene, in primo luogo, alla ammissibilità di una perizia che abbia ad oggetto l'attendibilità del dichiarante (testimonian-

za della persona offesa, nel caso di specie)³⁵, anche considerando che l'unico accertamento "tecnico" che il codice consente sulla persona del testimone è quello volto a «verificarne l'idoneità fisica o mentale» a svolgere il ruolo (art. 196, comma 2 c.p.p.) e non certo quello diretto a verificare l'affidabilità soggettiva della fonte.

Il primo ostacolo è quello che deriva dalla neutralizzazione del contraddittorio, nel suo momento cruciale caratterizzato dal metodo dell'esame incrociato fissato dal legislatore. Non si dimentichi che ogni esperimento "scientifico" sull'affidabilità del dichiarante tende a paralizzare il metodo del confronto delle parti accuratamente descritto dalla disciplina dibattimentale (artt. 498 e 499 c.p.p.).

Qualcuno potrebbe con leggerezza aggirare il problema, propugnando l'intervento di consulenti tecnici che assistano ed eventualmente intervengano durante l'espletamento del test neuroscientifico; ma, al di là del fatto che una tale strategia non risolverebbe il problema dinanzi menzionato, sarebbero intuibili i disagi operativi concreti e il numero di conflitti (perito-consulenti-giudice) risolvibili sullo sfondo della "officialità" della procedura, con una inevitabile significativa compromissione del tasso dialettico.

Il tema della libertà morale

La difficoltà più seria che si pone nel caso di ricorso a strumenti di natura neuroscientifica per fini diversi da quelli relativi alla valutazione della imputabilità dell'imputato è quella che deriva dal divieto contenuto nell'art. 188 c.p.p. Come è noto, tale disposizione stabilisce che neppure il consenso della persona interessata può legittimare il ricorso a «metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di

focus/21066305/4151/ecco-il-test-della-verit-sui-ricordi-che-fa-condannare-l-imputato/.

³¹ Sartori, Agosta, Zogmaister, Ferrara, Castiello, *How to accurately detect autobiographical events*, *Psychological Science*, 2008, 772-780.

³² Al pari della BFT, che però si basa su una diversa metodologia, per la quale cfr. nota 27.

³³ Sartori, Agosta, Menzogna, cervello e lie detection, Bianchi, Gulotta, Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 172-190.

³⁴ Sammiceli, Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, *Cass.pen.*, 2010, 3314.

³⁵ Maffei, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: metodi affidabili per la ricerca processuale della verità*, de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 425 ss.

autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti».

Nei casi della risonanza magnetica funzionale utilizzata allo scopo di "scoprire la menzogna"³⁶, della c.d. brain fingerpringting technology (BFT)³⁷ e del test IAT, non si è in presenza di metodi o tecniche capaci di influenzare la capacità di ricordare e valutare i fatti³⁸, visto che in tutti i casi citati lo strumento "fotografa" o testa l'attività cerebrale mentre l'individuo svolge alcuni "compiti" che gli vengono somministrati.

Il punto nevralgico della questione è invece rappresentato dalla tutela che la norma richiamata impone nei confronti della "libertà di autodeterminazione", «che non è più libera quando è sottoposta a un controllo corporale che cerca e stimola una risposta involontaria

³⁶ La risonanza magnetica funzionale (fMRI) consentirebbe con una approssimazione superiore al 90% di affermare quando un soggetto dice il falso, sulla base della circostanza che due aree cerebrali (la corteccia frontale dorso-laterale e la corteccia cingolata anteriore) risultano maggiormente attivate quando il soggetto non dice il vero (Davatzikos e altri, *Classifying Spatial Patterns of Brain Activity with Machine Learning Methods: Application to Lie-Detection*, *Neuroimage*, 2005, 663-668)). Per questo motivo negli Stati Uniti essa è considerata «la macchina della verità del terzo millennio»: Diane Richmond, *BM&L*- Gennaio 2007, <http://www.brainmindlife.org/>.

³⁷ La c.d. brain fingerpringting technology (BFT), consentirebbe di registrare le "impronte delle onde cerebrali" impresse dagli eventi nel cervello di un soggetto. Si tratta in buona sostanza di un macchinario brevettato da un neuroscienziato dell'Università di Harvard negli anni 80, che misura l'attività elettrica che si genera nel cervello di una persona quando quest'ultima reagisce a qualcosa che riconosce. Gli studi condotti, accuratamente documentati, hanno dimostrato che quando ciò avviene si produce sul tracciato un'onda anomala, detta *P300*, la quale starebbe a significare che quel soggetto ha familiarità con l'informazione che gli viene somministrata.

³⁸ A differenza di quanto avviene in relazione alla c.d. macchina della verità diretta a misurare i c.d. correlati periferici dello stato emotivo (variazione della frequenza cardiaca e respiratoria, della pressione ematica, della conduttanza palmare), che ben possono risultare alterati da fattori contingenti legati, ad esempio, alla sensibilità del soggetto, alla sua capacità di controllare o meno le emozioni, ecc.

al di fuori dell'autodominio del soggetto»³⁹. In altre parole, proprio perché si tratta di attività istruttoria condotta per tramite di una fonte-persona, che prescinde dalla coscienza del soggetto, i mezzi usati potrebbero ledere la libertà morale di quest'ultimo: mancherebbero determinazioni vere e proprie di fronte ad una tecnologia che produce risultati indipendentemente da un consapevole apporto della fonte.

Le perplessità non investono solo il testimone, il quale ha, tra l'altro, l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità, quanto la possibilità che un'attività del genere investa l'imputato, in funzione del quale soprattutto vige un principio di libertà morale.

Ma, proprio con riguardo all'imputato, ci si chiede se può essere ancora condivisibile l'inefficacia del consenso sul divieto contenuto nell'art. 188 c.p.p., qualora la richiesta di essere sottoposto, ad esempio, ad un test IAT, o ad uno *scan* cerebrale, rappresenti l'unico modo attraverso il quale attuare efficacemente il diritto di difesa.

In tal caso, quando cioè la richiesta provenisse dall'imputato, o quest'ultimo acconsentisse alla richiesta da altri avanzata, il consenso potrebbe essere inteso proprio come manifestazione di quella stessa libertà di autodeterminazione che la norma vorrebbe tutelare. Fermo restando che, se la *ratio* della irrilevanza del consenso nel quadro dell'art. 188 c.p.p. è quella di impedire che la sua mancata prestazione possa essere valutata a carico, si potrebbe pensare *de iure condendo* di introdurre una regola analoga a quella contenuta nell'art. 208 comma 2 c.p.p., secondo la quale il rifiuto della parte di rispondere alle domande non può essere utilizzato dal giudice per la decisione, essendo espressione del suo inviolabile diritto di difesa.

³⁹ Grifantini, *sub art. 188*, Conso-Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 530.

Rilievi conclusivi

Gli appelli alla cautela verso il contributo delle “scienze” nel processo⁴⁰ sono più che comprensibili, se si conviene su di un punto: che l'accertamento giurisdizionale può aspirare legittimamente soltanto ad una « “verità” che nasce da un percorso in cui ciascuno fa la sua parte *secundum legem*»⁴¹. Ciò significa, con specifico riguardo al tema del rapporto tra prova scientifica e diritto delle prove, che lo strumento tecnico deve inserirsi a pieno titolo nel contesto processuale rispettandone il *quomodo*, poichè «l'affidabilità del risultato giudiziario non sta tanto nella purezza delle teorie (o delle tecniche) impiegate per rilevare dati ed esaminarli⁴², quanto nel rispetto delle regole, delle quali è spiccatamente intriso il procedimento probatorio»⁴³.

Tale monito deriva dalla consapevolezza che il processo assolve, oltre alla insopprimibile funzione cognitiva, l'altrettanto irrinunciabile funzione di garantire i diritti fondamentali della persona.

Si comprende così il motivo per il quale l'interazione tra conoscenze tecnico-scientifiche ed accertamento penale, potenzialmente idonea a dar vita ad un ambito di applicazione molto vasto, deve essere contenuta entro i confini segnati dai principi che innervano il sistema positivo, in cui, ad esempio, non trova accoglimento l'idea che l'uomo sia degradato a strumento probatorio. Il principio persona-

listico insito nell'ordinamento, non sembra legittimare l'idea che il corpo dell'uomo possa divenire fonte di prova, se non nei ristretti limiti predeterminati con legge (si pensi al prelievo di materiale biologico⁴⁴). Almeno fino a quando le regole desumibili dal sistema a sostegno di tale affermazione non siano oggetto di interventi normativi di segno diverso i quali, tuttavia, dovrebbero fare i conti con il panorama costituzionale ed europeo in materia di libertà fondamentali della persona.

Ma alla luce di ciò, il contributo delle neuroscienze al processo potrebbe essere sottoposto a riflessione critica già in relazione al giudizio sull'imputabilità, che sembra essere percepito, per lo più, in termini meno problematici⁴⁵.

⁴⁰ Taruffo, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, 10.

⁴¹ Scalfati, *La deriva scienziata*, cit., 145.

⁴² Le teorie scientifiche, d'altra parte, proprio perché siano tali, presuppongono – come si è visto – la possibilità di essere smentite. Pensando alle applicazioni derivanti dalla presenza di una traccia di memoria lasciata dai ricordi nel cervello di una persona, ad esempio, vengono alla mente le ricerche condotte da Elizabeth Loftus (<http://faculty.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm>), che hanno dimostrato la possibilità che nel cervello si creino ricordi falsi che vengono trattati allo stesso modo di quelli veri.

⁴³ Scalfati, *La deriva scienziata*, cit., 145.

⁴⁴ Dando finalmente attuazione alle indicazioni contenute nella sentenza costituzionale n. 238 del 1996 (C.cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238, *Giur.cost.*, 1996, 2148, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei “casi” e “modi” dalla legge»: alla luce di tale pronuncia i prelievi biologici incidono sulla libertà personale, di modo che deve essere rispettata la doppia riserva, di legge e di giurisdizione, imposta dall'art. 13 Cost., comma 2 per ogni misura restrittiva della libertà personale), il legislatore, con la l. 30 giugno 2009, n. 85, ha introdotto l'art. 224 bis c.p.p. “Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale” (con il medesimo intervento normativo è stato soppresso l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 354 c.p.p. e sono stati introdotti l'art. 359 bis c.p.p. “Prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi”, e l'ultimo periodo dell'art. 392, comma 2 c.p.p.; è risultata in questo modo integrata la disciplina dell'art. 349 comma 2, bis c.p.p. - relativa alle operazioni di identificazione svolte dalla polizia giudiziaria, consistenti in prelievi di materiale biologico). In tema, tra gli altri, Conti, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 124 e Felicioni, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione dei profili genetici*, Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, cit., 147.

⁴⁵ Casasole, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, cit., 116.

Si pensi all'analisi sull'infermità di mente che muova dall'apparato genetico dell'imputato. Al proposito, si sa che il codice di rito vieta, con il disposto dell'art. 220, comma 2 c.p.p.⁴⁶, lo svolgimento di perizie volte a stabilire le qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche⁴⁷. Le ragioni di tale scelta - essenzialmente riconducibili alla «sfiducia nutrita nell'attendibilità dei giudizi predittivi»⁴⁸ - sono state chiarite nel momento in cui prevalse, anche durante i lavori preparatori della seconda legge delega per la riforma del processo penale⁴⁹, l'opinione volta ad impedire l'ingresso nel processo della "perizia criminologica": tale innovazione si sarebbe rivelata pericolosa, perché avrebbe consentito «perizie o comunque (...) esami tecnici a sfondo psicologico (...) estranei allo spirito del nostro ordinamento giuridico con possibilità altresì di dare adito alla violazione di diritti costituzionalmente garantiti»⁵⁰.

⁴⁶ La disposizione in oggetto ripete sostanzialmente il contenuto dell'art. 314, comma 2 c.p.p. abr.

⁴⁷ Sostiene l'opportunità di una serena riflessione sulla opportunità o meno di mantenere il divieto di cui all'art. 220, comma 2 c.p.p., Moscarini, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, *Dir.pen.proc.*, 2006, 929-932.

⁴⁸ Binetti, *sub art. 220 c.p.p.*, Giarda, Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 1579.

⁴⁹ Già nel *Progetto preliminare del codice di procedura penale* del 1978 figurava una disposizione (art. 209, comma 2) che legittimava il ricorso alla medicina forense, alla psicologia, alla psichiatria, al fine di determinare la personalità dell'imputato indipendentemente dal sospetto della presenza di cause patologiche, in funzione della individualizzazione della pena.

⁵⁰ Gallo, *sub art. 2 l. delega 16 febbraio 1987, n. 81*, Conso, Grevi, Neppi Modona (a cura di), *Il nuovo codice di*

Ebbene, persino le indagini genetiche disposte nell'ambito di una perizia volta a determinare la capacità di intendere e di volere di un imputato, ad esempio, qualora l'esito complessivo del mezzo di prova espletato fosse di segno negativo (qualora cioè il soggetto risultasse dalle analisi svolte e dai test effettuati pienamente imputabile), potrebbero tradursi in una sostanziale violazione del divieto contenuto nell'art. 220, comma 2, c.p.p. ove l'analisi finale facesse emergere la presenza dei "geni dell'aggressività": si potrebbe sostenere, in tal caso, che vi è stato un aggiramento del divieto contenuto nella norma in oggetto, secondo la quale «non sono ammesse perizie per stabilire (...) la *tendenza a delinquere*, il *carattere* e la *personalità dell'imputato* (...)»⁵¹.

procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati, III. *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, Padova, 1990.

⁵¹ Una ipotesi come quella descritta potrebbe prestarsi ad impieghi inquietanti, se si considera una isolata, ma significativa pronuncia (Trib.Milano, ord. 30 settembre 2002), la quale - in relazione ad un caso in cui era stato nominato come consulente tecnico del pubblico ministero un esperto di antropologia criminale - ha stabilito che le conclusioni prodotte dalla consulenza, che abbiano determinato «le caratteristiche della personalità del responsabile del reato» possono essere utilizzate per rafforzare gli elementi indiziari di colpevolezza, tutte le volte in cui le caratteristiche (...) siano «del tutto sovrapponibili a quelle dell'indiziato» (Binetti, *sub art. 220 c.p.p., cit.*, 1582). In tale ottica i risultati prodotti da un test neuro scientifico potrebbero essere addirittura utilizzati come termine di raffronto per formulare il giudizio di colpevolezza dell'imputato(o rafforzare elementi di colpevolezza altrimenti emersi).

ENNIO AMODIO
Università Statale di Milano

I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale*

Rise of the Constitutional Review on Negotiated or Curtailed Criminal Justice

Questo articolo cerca di esplorare la giurisprudenza relativa ai procedimenti speciali creati dal codice di procedura penale del 1989. Le decisioni della Corte hanno dato luogo ad una nuova fisionomia del giudizio abbreviato che si celebra davanti al giudice delle indagini preliminari. Inoltre il patteggiamento per l'applicazione della pena non impedisce al giudice di respingerlo quando ritiene che la pena su cui vi è stato l'accordo sia incongrua rispetto alla gravità del reato. L'autore ritiene che deve essere fatto un altro passo al fine di proteggere i diritti dell'imputato nel procedimento mediante il quale l'imputato arrestato può essere rinviato a giudizio semplicemente sulla base dei fatti risultanti dalla misura coercitiva, così omettendo l'accertamento delle prove sufficienti per il rinvio a giudizio nell'udienza preliminare. La Corte Costituzionale dovrebbe far cadere questo illegittimo procedimento che costringe l'imputato a rinunciare al suo diritto di contestare l'accusa nella fase anteriore al dibattimento.

This article seeks to explore the Constitutional case law dealing with the special proceedings created by the 1989 Italian Criminal Procedure Code. The rulings from the Court resulted in a new feature of the curtailed adjudication held before the preliminary investigation judge (giudizio abbreviato). Moreover the sentence bargaining process does not hinder the court to reject it where they consider the amount of the penalty agreed upon to be inconsistent with the seriousness of the crime. The author argues that a further step has to be taken to protect defendant's rights in the procedure whereby an arrested accused can be committed for trial simply because of the factual basis stemming from the arrest warrant, thus omitting the determination of the probable cause in a preliminary hearing (giudizio immediato). The Constitutional Court should cancel such an unlawful procedure which forces the defendant to waive his right to challenge the charge in the pretrial stage.

* Relazione svolta al Convegno della Camera penale di Firenze, tenutosi a Firenze il 26.02.2011 sul tema "Corte costituzionale e giustizia penale".

Un codice bersagliato: le tre cause del massiccio controllo di costituzionalità svolto sul sistema del 1989

I repertori della giustizia costituzionale non lasciano spazio a dubbi. Nel nostro ordinamento nessun settore normativo è stato così tanto bersagliato da eccezioni di illegittimità costituzionale come il codice di procedura penale del 1989. Fin dalla sua nascita il nuovo *corpus* legislativo è sempre vissuto sotto l'alta vigilanza della Corte che con numerosissime sentenze ha fatto cadere o rimodellato molte parti del sistema di nuovo conio.

Perché questo setaccio così fine e talvolta inesorabile, che ha condotto ad esplorare i più diversi istituti del rito accusatorio?

Qualcuno ha pensato che gli estensori del Progetto non avessero bene in mente gli imperativi dettati dalle norme costituzionali, al punto da elaborare incautamente disposizioni in contrasto con la *lex superior*. La realtà è invece ben diversa e va decifrata alla luce degli atteggiamenti assunti dagli operatori processuali chiamati alla applicazione del sistema del 1989.

In primo luogo vi è stata, come del resto si è da più parti rilevato, una reazione di rigetto di carattere ideologico che ha indotto molti settori della magistratura a ripudiare i nuovi equilibri del rito accusatorio dai quali è scaturito il primato della fase dibattimentale capace di rendere le indagini preliminari inidonee a formare la prova. Questa resistenza ha orientato verso un recupero del modello inquisitorio spingendo a cercare nella Corte costituzionale un organo capace di ricondurre il sistema ai principi radicati nella codificazione del 1930.

Si è però registrata anche un'opzione di tipo diverso, che potrebbe definirsi "sindrome della prima lettura". È questo un fenomeno abbastanza ricorrente là dove gli interpreti sono chiamati a lavorare su disposizioni di una normativa fresca di stampa e, come tale, bisognosa di una attenta analisi sul piano ese-

getico e sistematico. Si potrebbe parlare di una situazione di spaesamento che rende problematico agli operatori muoversi nell'ambito del *novum*, nella avvertita sensazione di essere orfani dei punti di riferimento conosciuti e metabolizzati da tanto tempo.

Il ricorso al controllo della Corte costituzionale si pone quindi in questo caso con l'obiettivo di trovare una bussola nel dedalo delle norme, in forma analoga a quel *referè legislatif* che, nell'ambito delle riforme inaugurate dalla rivoluzione francese, induceva ad attribuire alla corte di Cassazione la funzione di organo supremo deputato a sciogliere quei dubbi interpretativi che il timore dell'arbitrio giudiziale vietava di demandare alla deliberazione dei magistrati.

Vi è infine una terza ragione del ricorso massiccio al vaglio di costituzionalità. Molti interpreti, magistrati ed avvocati, sono vittime della "sindrome del piccolo legislatore". Non condividendo alcune scelte sancite dal codice, cercano di farsi portatori di linee di riforma contrapposte alle norme codificate confidando che il giudice delle leggi possa condividerle e quindi trasformarle in diritto applicabile.

Questo il quadro delle radici concernenti l'espansione del controllo di legittimità costituzionale relativo al nuovo codice di procedura penale. Dopo la riforma del 1999 che ha consentito di approdare all'inserimento del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione, l'ansia di contestazione, revisione e decifrazione del *novum* sembra si sia ora placata. Si è aperta quindi una stagione più meditata in cui l'approccio al sistema processuale penale appare più sereno e più equilibrato.

Il fondamento costituzionale dei procedimenti speciali riconducibili alla famiglia di *common law* e a quella romano-germanica

Era naturale che gli strali degli interpreti si rivolgessero con particolare intensità nei

confronti dei procedimenti speciali, sia per la novità del tessuto normativo, sia per le oggettive difficoltà di mettere a fuoco istituti quasi del tutto inediti nella nostra cultura come il giudizio abbreviato ed il patteggiamento.

È necessario anzitutto inquadrare sul piano sistematico i diversi congegni che il legislatore ha messo a punto per rendere più flessibile la risposta processuale di fronte alle peculiarità delle imputazioni e del correlativo supporto probatorio.

Si può individuare anzitutto un gruppo di procedimenti che vanno ricondotti alla famiglia del *common law*. Si tratta di quei riti che recepiscono forme e meccanismi sperimentati nel processo angloamericano e mirano, sul piano funzionale, a pervenire alla definizione del processo in fasi anticipate rispetto a quelle fissate nell'*iter* del procedimento ordinario. L'applicazione della pena a richiesta delle parti e il giudizio abbreviato sono esemplari della nuova cultura penetrata nel sistema del 1989.

Su un piano distinto vanno collocati quei procedimenti che riflettono paradigmi già sperimentati nel continente europeo, al punto da poter essere definiti come riti della famiglia romano-germanica. L'economia della attività processuale si realizza qui in senso opposto rispetto allo schema dei procedimenti di derivazione angloamericana. L'obiettivo è infatti quello di rendere possibile un veloce scorrimento in avanti dell'*iter* procedurale con eliminazione parziale o totale delle fasi *ante iudicium*, così da pervenire alla pronuncia sull'imputazione in tempi più spediti. Il giudizio direttissimo, il giudizio immediato e il procedimento per decreto penale di condanna riflettono queste finalità di snellimento.

Ora che la normativa costituzionale si è arricchita delle disposizioni racchiuse nell'articolo 111, diventa ineludibile porsi la domanda circa il fondamento costituzionale della *ratio* sottesa ai diversi procedimenti speciali.

Per quanto riguarda il patteggiamento, la legittimazione costituzionale della deroga all'impianto del rito ordinario è desumibile dalla norma che prevede il venir meno del contraddittorio nella formazione della prova per consenso dell'imputato (art. 111, comma 5, Cost.). Poiché il diritto alla prova è disponibile, l'imputato che presenta la richiesta di applicazione della pena dismette la sua facoltà di svolgere una attività probatoria e accetta di venire giudicato nel merito sulla base degli atti investigativi compiuti dal pubblico ministero. La rinuncia investe l'udienza preliminare, il dibattimento e quindi l'introduzione dei mezzi di prova che potrebbero dimostrare l'infondatezza dell'accusa. L'imputato però non confessa il fatto di reato, né si dichiara colpevole, ma si limita a non contestare l'addebito formulato dal pubblico ministero il quale, prestando il suo consenso all'applicazione del *quantum* di pena richiesto, rende perfetto l'accordo che esclude l'elaborazione della prova in contraddittorio.

Analogamente nel giudizio abbreviato celebrato allo stato degli atti (art. 438, comma 1, c.p.p.) l'imputato rinuncia *in toto* al controesame dei testi di accusa nonché alla introduzione dei mezzi di prova a difesa diversi da quelli documentati dall'attività svolta dal pubblico ministero ovvero dai verbali formati nel corso delle indagini difensive. Solo con la richiesta di abbreviato condizionata alla assunzione di prove necessarie e compatibili con la speditezza del rito, il diritto alla prova trova una parziale attuazione, al punto che rimane salvo il potere del pubblico ministero di richiedere l'ammissione della prova contraria (art. 438, comma 5, c.p.p.).

Nessun dubbio anche sulla legittimità costituzionale del giudizio immediato e del giudizio direttissimo. Qui viene ad assumere rilievo il principio della durata ragionevole del processo. L'evidenza della prova e la flagranza del reato consentono una contrazione delle forme ordinarie facendo apparire ragio-

nevole la riduzione della attività investigativa e imponendo la fissazione del dibattimento in tempi brevi.

Il requisito della ragionevolezza impone peraltro di tenere presente che la norma costituzionale può essere violata non solo quando il processo ristagna in fasi che sono improduttive sul piano della acquisizione probatoria, ma anche là dove il legislatore instaura una speditezza irragionevole che penalizza l'interesse alla prova e il diritto di difesa.

Illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale per violazione degli artt. 24 e 111, comma 2, Cost.

La disciplina del giudizio immediato non è stata oggetto di un penetrante sindacato da parte della Corte costituzionale così com'è invece avvenuto per le norme che regolano il procedimento abbreviato. Finora gli interventi della Corte hanno inciso su alcuni particolari profili della normativa, senza peraltro intaccare la fisionomia originaria dell'istituto¹.

Con le ordinanze 22 dicembre 1992, n. 482 e 16 maggio 2002, n. 203 si è affermato il principio secondo cui non è consentito al giudice dibattimentale riesaminare il presupposto della evidenza della prova formulato dal g.i.p. in sede di ammissione del rito immediato. Sotto un diverso profilo, si è inoltre escluso che possa integrare un contrasto con la garanzia costituzionale del diritto di difesa la disciplina del procedimento previsto dall'art. 455 c.p.p. là dove non consente l'intervento della difesa, sia pure anche soltanto mediante il deposito di memorie, prima che il g.i.p. emetta la sua decisione sulla richiesta presentata dal pubblico ministero².

¹ Per una approfondita disamina delle giurisprudenza costituzionale sul rito immediato, v. Galantini, *Peculiarità e principi fondamentali nel sindacato costituzionale sulla disciplina del giudizio immediato*, Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, 2006, Napoli, 847.

² V. C. cost., ordinanza 18 luglio 2002, n. 371.

Infine si è negato che sia ravvisabile una violazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa nella mancata previsione del deposito degli atti a norma dell'art. 415 bis c.p.p. prima che il g.i.p. emetta il decreto di giudizio immediato³.

Un problema del tutto nuovo si pone ora con riferimento al giudizio immediato custodiale previsto dall'art. 453, comma 1 bis, c.p.p.⁴. Il pubblico ministero può chiedere ed ottenere che l'imputato compaia in dibattimento, così da eludere il filtro dell'udienza preliminare, facendo leva unicamente sugli esiti del procedimento *de libertate*. Come è noto, in base alla riforma attuata con il decreto legge del 23 maggio 2008, n. 92 convertito nella legge 24 Luglio 2008, n. 125, si è creato un nuovo meccanismo di grande efficacia per la pubblica accusa, ma di grande pregiudizio per la difesa dell'indagato. Entro il termine di 180 giorni dalla esecuzione della misura custodiale, il pubblico ministero è autorizzato a presentare richiesta di giudizio immediato basandosi esclusivamente sulla intervenuta conferma della ordinanza cautelare da parte del tribunale del riesame ovvero sulla acquiescenza manifestata dall'indagato nei confronti del provvedimento applicativo della misura.

L'orientamento giurisprudenziale che si è sviluppato attorno alla nuova norma esclude che il g.i.p. sia tenuto a valutare l'evidenza della prova sul presupposto che esista una equipollenza tra parametri per la valutazione della cautela e criteri per disporre il rinvio a giudizio⁵. L'ordinanza confermativa della misura emessa in sede di riesame ovvero il

³ Cfr. C. cost., ordinanza 16 maggio 2002, n. 203 e C. cost., sentenza 30 gennaio 2004, n. 59.

⁴ Al riguardo, Bargis, *La scelta del rito del processo penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2010, 1034; Orlandi, *Procedimenti speciali*, Conso - Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2008, 626; E. Valentini, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, Mazza - Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, 332.

⁵ v. Cass., sez. II, 6 ottobre 2009, n. 38727, Cass. pen., 2010, 1345.

decorso del termine previsto per l'impugnazione del provvedimento cautelare genera un effetto vincolante rispetto al g.i.p. cui compete di valutare la consistenza della prova a norma dell'art. 455 c.p.p.⁶

Questo nuovo modello appare sicuramente contrastante con il principio della ragionevole durata del processo stabilito dall'art. 111, comma 2, Cost. Come si è rilevato più sopra, infatti, la norma costituzionale non solo impone una celerità che consenta di superare attività superflue e improduttive in sede processuale, ma proibisce altresì di dar vita ad una speditezza che sia incompatibile con il rispetto degli altri principi costituzionali dettati a tutela delle garanzie difensive.

L'illegittimità dell'istituto si manifesta quindi sotto un duplice profilo. In primo luogo, il legislatore crea un abnorme raccordo tra procedimento cautelare e valutazione sul merito della accusa, costringendo il g.i.p. chiamato a vagliare l'ammissibilità della richiesta di immediato a ratificarla senza alcun esame sul fondamento del quadro probatorio sol perché si è raggiunto un epilogo *contra reum* nel procedimento incidentale *de libertate*. Questa equiparazione della cautela al merito viola il principio da sempre affermato circa l'indipendenza tra procedimento incidentale e procedimento principale su cui si innesta la ramificazione dell'*iter* attinente alla questione processuale.

Inoltre questa disciplina è incompatibile con il *dictum* desumibile dalla sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p.⁷

⁶ Basta pensare che al giudice è consentito rigettare la richiesta solo se l'ordinanza cautelare è stata revocata o annullata per sopravvenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (art. 455, comma 2, c.p.p.). Non vi è dunque spazio per un sindacato sull'evidenza della prova.

⁷ Sul punto la Corte rileva che «il principio di "impermeabilità" del procedimento principale agli esiti del procedimento cautelare ha, in effetti, un preciso fondamento logico-sistematico. Esso non discende, difatti,

Come è ben noto, infatti, questa norma imponeva al pubblico ministero di richiedere l'archiviazione quando non fossero stati acquisiti ulteriori elementi a carico, se la Corte di cassazione si era pronunciata sulla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza di una ordinanza cautelare. I giudici della Consulta hanno ravvisato nella norma la violazione degli articoli 3 e 112 Cost. sul rilievo che la gravità indiziaria, dichiarata non sussistente in sede cautelare, non può precludere l'esercizio della azione penale che è atto di impulso della giurisdizione di merito.

Affermata così l'inefficacia *pro reo* del giudicato in sede incidentale in relazione all'annullamento disposto dalla cassazione, si può ben ritenere ugualmente viziato sul piano costituzionale l'effetto che l'articolo 453, comma 1 *bis*, c.p.p. fa discendere dalla decisione cautelare *contra reum* ai fini della ammissibilità del giudizio immediato. Ne deriva, tra l'altro, una equazione assurda tra quadro indiziario confermato ovvero non contestato, da un lato, e evidenza della prova, dall'altro. Sul piano logico non v'è dubbio che i gravi indizi di colpevolezza, qualunque possa essere la loro reale consistenza in concreto, non possano trasformarsi in una prova evidente. Quest'ultima infatti, per sua stessa natura, è dotata di una persuasività del massimo grado, tale da

unicamente dal rilievo che la valutazione operata in un procedimento a cognizione sommaria e a carattere accessorio, quale quello cautelare, non può, in linea logica, condizionare gli sviluppi del procedimento a cognizione piena cui il primo è strumentale. Detto principio rappresenta anche e soprattutto il naturale riflesso dell'impostazione accusatoria del vigente codice di rito, che riserva alla fase processuale l'accertamento della responsabilità dell'imputato. Tale impostazione rinviene oggi un esplicito referente costituzionale nei principi del «giusto processo» enunciati dall'art. 111 Cost., e segnatamente in quello per cui la prova si forma nel contraddittorio tra le parti, salve le eccezioni prefigurate dal quinto comma del medesimo articolo» (C. cost., sentenza 24 aprile 2009, n. 121, *Giur. cost.*, 2009, 1131 con nota di Scomparin, *Incostituzionale l'archiviazione "coatta": quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*, *ivi*, 1149).

costituire in sé il paradigma della garanzia originariamente individuata dal legislatore per escludere il filtro della udienza preliminare assicurato in via ordinaria all'imputato prima del rinvio a giudizio.

Ne deriva quindi una regressione della tutela difensiva proprio nei confronti degli imputati *in vinculis* che si vedono privati del controllo giurisdizionale mentre proprio il loro *status* esigerebbe un più attento sindacato degli elementi probatori necessari per l'instaurazione del dibattimento.

Il nuovo immediato custodiale viola gli articoli 3 e 24 Cost. in quanto paralizza l'esercizio del diritto di difesa precludendo ogni intervento volto ad escludere il rinvio a giudizio anche là dove si possa dimostrare che manca la prova evidente. In secondo luogo risulta palese il contrasto con il principio della imparzialità del giudice il quale si trova costretto ad adeguarsi, in punto di controllo sulla consistenza probatoria della richiesta del pubblico ministero, alla ordinanza cautelare o a quella del giudice del riesame essendo privato di qualsiasi spazio valutativo. Infine, il nuovo meccanismo opera sostanzialmente come una citazione diretta del pubblico ministero che, sia pure con la mediazione solo formale del g.i.p., instaura la fase dibattimentale senza l'onere di fornire il supporto probatorio che in via ordinaria viene richiesto all'organo dell'accusa. Di qui la conferma di una irragionevole speditezza che privilegia l'esigenza della celerità mortificando le garanzie costituzionali poste a tutela dell'imputato.

Questioni in tema di giudizio abbreviato. Non configurabilità di lesioni del contraddittorio per l'uso delle dichiarazioni raccolte nelle indagini difensive

Per il giudizio abbreviato la situazione è quasi agli antipodi di quella del procedimento immediato. Il rito previsto dall'art. 438 c.p.p. co-

stituisce infatti il terreno sul quale la Corte è intervenuta con maggiore ampiezza e con più accentuata incisività, fino al punto di sollecitare la riforma legislativa che ha trasformato profondamente la struttura di questo procedimento alternativo⁸. Ed invero proprio la nuova fisionomia delineata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, con il privare l'abbreviato del suo originario carattere negoziale e l'introdurre la variante con limitata integrazione probatoria, costituisce il frutto dell'adeguamento legislativo agli auspici espressi dalla Corte costituzionale. Com'è noto, proprio la Consulta aveva espresso l'esigenza di una riforma volta a sancire un vero e proprio diritto dell'imputato al rito abbreviato con l'effetto premiale della diminuzione della pena e, al tempo stesso, aveva in alternativa prefigurato un superamento della decisione allo stato degli atti aprendo la strada a quella integrazione probatoria che costituisce un fattore incentivante con riguardo alla scelta di questo rito⁹.

Più recentemente è stata sollevata una questione che ha dato luogo non solo ad una importante sentenza della Corte¹⁰, ma anche ad una vivace disputa in dottrina sui contenuti della pronuncia¹¹. Com'è noto, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disciplina processuale che consente all'imputato di versare tra il materiale probatorio utilizzabile per l'abbreviato anche i risultati delle indagini difensive. Si era dubitato che un si-

⁸ Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale, Ruggieri, *Rito abbreviato e giusto processo*, Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale*, cit., 767.

⁹ Cfr. C. cost., sentenza 9 marzo 1992, n. 92; C. cost., sentenza 23 dicembre 1994, n. 442; C. cost., sentenza 9 maggio 2001, n. 115.

¹⁰ C. cost., sentenza 26 giugno 2009, n. 184.

¹¹ V. per il dibattito sul punto, Grevi, *Basta il solo "consenso dell'imputato" per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, Cass. pen., 2009, 3671; Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, Cass. pen., 2010, 17; Grevi, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, Cass. pen., 2010, 1287.

mile potere potesse condurre ad un sostanziale sacrificio delle prerogative del pubblico ministero, costretto ad arrendersi di fronte alle produzioni della difesa senza spazi utili per esercitare il contraddittorio sulle dichiarazioni raccolte dal difensore.

La Corte ha ragionato in modo ineccepibile escludendo qualsiasi profilo di incostituzionalità. In primo luogo si è osservato che, nell'attuale struttura del processo penale, l'organo della accusa gode di un illimitato potere di formare il materiale probatorio destinato al futuro dibattimento e lo può usare con pienezza nel giudizio abbreviato anche se le dichiarazioni raccolte in sede investigativa sono sottratte al contraddittorio dell'imputato. Di qui la sostanziale supremazia del pubblico ministero che è sì costretto a subire la scelta del rito speciale fatta dall'imputato, ma, d'altra parte, gode del grande vantaggio di poter utilizzare tutte le risultanze delle sue investigazioni al fine di richiedere la condanna. C'è quindi un evidente correttivo a questa asimmetria quando l'imputato richiede il rito alternativo e utilizza i risultati delle indagini difensive già introdotti nel fascicolo senza che il pubblico ministero possa controesaminare il dichiarante che ha riferito informazioni al difensore. Lo squilibrio è solo apparente - rileva la Corte - perché si tratta di un vantaggio compensativo assicurato all'imputato a fronte della supremazia in punto di prova che caratterizza la posizione del pubblico ministero.

Del resto, non si vede come possa iniziarsi all'imputato di utilizzare le indagini difensive sol perché acquisite in un'indagine unilaterale, tenuto conto che identica è la qualità delle risultanze investigative del pubblico ministero, acquisite nel regime del segreto. Non va inoltre dimenticato che le indagini condotte dalla difesa sono ora garantite sul piano costituzionale non solo dall'art. 24, ma anche dall'art. 111, comma 3, Cost., là dove garantisce all'imputato le

condizioni necessarie per preparare la sua difesa.

È infine inconcepibile che si voglia attribuire al pubblico ministero un diritto di veto quanto all'uso delle dichiarazioni a discarico acquisite dalla difesa in nome di una ipotizzata natura "oggettiva" del contraddittorio che si vorrebbe ricavare dall'art. 111, comma 4, Cost. Se si vuol qualificare come "oggettiva" questa garanzia del contraddittorio intendendo alludere all'interesse pubblico a che vi sia una efficace dialettica tra le parti in funzione di arricchimento della terzietà spettante all'organo giurisdizionale, si può essere d'accordo. Il dissenso si manifesta però là dove si pretende di trasformare la presunta oggettività in un modo di attribuire al pubblico ministero una posizione di tutela privilegiata rispetto a quella della difesa fino al punto di consentirgli di vietare all'imputato di introdurre materiale rilevante per la decisione non filtrato dal contraddittorio del pubblico ministero quando si assicura allo stesso organo dell'accusa la incondizionata utilizzabilità di dichiarazioni che non sono mai state sottoposte all'esame incrociato del difensore.

Vanno infine ricordate due altre questioni che hanno indotto la Corte costituzionale a ridefinire con maggior precisione alcuni profili del giudizio abbreviato. La prima è quella che si ricollega alla contestazione suppletiva di un reato concorrente o di un fatto diverso nei casi in cui questi nuovi profili dell'accusa si ricavano dagli atti già acquisiti al dibattimento. Con la sentenza n. 333/2009 è stata dichiarata l'illegittimità dell'articolo 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato dopo la contestazione di un reato concorrente desunto da un fatto già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale. Parallelamente è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 516 c.p.p. con riguardo alla mancata previsione del potere dell'imputato di richie-

dere il rito dell'art. 438 c.p.p. nel caso di contestazione di un fatto diverso già risultante dagli atti di indagine. La Corte ha osservato che si tratta di un «correttivo rispetto ad una evenienza patologica» che può «essere utilizzato pure per porre rimedio, tramite una rivisitazione degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari ad eventuali incompletezze ed errori commessi dall'organo dell'accusa nella formulazione dell'imputazione»¹². È stata così rimossa una disuguaglianza tra abbreviato e patteggiamento rispetto al quale già con la sentenza n. 265/1994 era stata dalla stessa Corte affermata l'ammissibilità della richiesta di cui all'art. 444 c.p.p. a seguito di una contestazione "tardiva" in sede dibattimentale¹³.

La Corte si è trovata a dover affrontare un ulteriore problema in relazione allo svolgimento del giudizio abbreviato. La questione sollevata riguardava la ammissibilità della contestazione suppletiva non fondata su integrazioni probatorie derivanti da attività posta in essere nel rito speciale su richiesta di parte o di ufficio a norma degli articoli 441 e 441 *bis* c.p.p. La Corte ha rilevato che le norme sulla modificazione dell'accusa nel giudizio abbreviato hanno un carattere eccezionale che non ne consente l'estensione a casi diversi da quelli previsti dal legislatore. La *ratio* è evidentemente quella di tutela della scelta fatta dall'imputato in ordine al rito alternativo. Di qui la preclusione di contestazioni su fatti già desumibili dal fascicolo del pubblico ministero che potrebbero pregiudicare l'interesse difensivo dell'imputato.

L'efficacia della sentenza di patteggiamento nel processo disciplinare: una pronuncia costituzionale non condivisibile

È ben noto che la giurisprudenza costituzionale ha dedicato una grande attenzione al

patteggiamento, a ciò sollecitata soprattutto dalla novità dell'istituto ed in particolare alla sentenza che ne costituisce l'epilogo¹⁴.

Senza passare in rassegna i diversi orientamenti incentrati soprattutto sul quesito relativo alla configurabilità di una dichiarazione di colpevolezza quale presupposto del rito ovvero quale requisito intrinseco della sentenza, si può qui riaffermare quanto rilevato in altra sede.

L'istituto previsto dagli articoli 444 e 445 c.p.p. costituisce un prodotto legislativo che si può definire "semilavorato" nel senso che il legislatore non ha volutamente tracciato i precisi contorni della sua disciplina proprio perché fosse l'applicazione pratica delle norme a rendere possibili adattamenti e modellamenti indispensabili a renderlo un efficace strumento di giustizia¹⁵. In altri termini, le oscillazioni interpretative altro non sono se non la conseguenza di una normativa geneticamente incompiuta da cui sono scaturite varie opzioni giurisprudenziali sulle quali si sono poi innestate modifiche legislative che hanno dato origine ad una notevole complessità della attuale fisionomia dell'istituto.

Merita di essere qui esaminata una questione che si ricollega proprio alla natura ambigua della decisione con la quale viene applicata la pena concordata tra le parti. È ben noto che con la legge 27 marzo 2001, n. 97 il legislatore ha introdotto una rilevante deroga al regime stabilito dall'art. 445 c.p.p. in punto di efficacia della sentenza di patteggiamento nei giudizi civili e amministrativi. L'originaria perentoria previsione che escludeva qualsiasi vincolo esterno della pronuncia emessa su richiesta delle parti è stata attenuata introducendo una deroga riguardante il proce-

¹² C. cost., sentenza 18 dicembre 2009, n. 333.

¹³ C. cost., sentenza 30 giugno 1994, n. 265.

¹⁴ V. Vigoni, *La prova di resistenza del "patteggiamento" nei percorsi costituzionali*, Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale*, cit., 789.

¹⁵ Cfr. Amodio, *Giustizia negoziata e ragionevole durata del processo*, Cass. pen., 2006, 3406; AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, Cass. pen., 2004, 700.

dimento disciplinare. L'attuale testo dell'art. 653, comma 1 *bis* c.p.p. stabilisce infatti che «la sentenza irrevocabile di patteggiamento ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso».

Proprio in relazione a questa eccezionale valenza, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dal Consiglio nazionale forense sul presupposto della incompatibilità tra l'operare del vincolo in sede disciplinare e le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio ora irrobustite dalle regole del giusto processo.

Sul punto la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza di rigetto del 18 dicembre 2009, n. 336 affermando la piena compatibilità del regime derogatorio stabilito dagli articoli 445, comma 1 *bis* e 653, comma 1 *bis*, c.p.p. rispetto al quadro delle garanzie costituzionali richiamate dall'organo remittente. La Corte ha fatto leva sulla progressiva omologazione tra la sentenza emessa nel rito speciale e la struttura tipica della decisione che accerta la responsabilità dell'imputato. Ha avuto un forte peso la modifica apportata all'art. 629 c.p.p. dalla legge 12 giugno 2003, n. 134 che ha reso possibile proporre la richiesta di revisione anche per le sentenze «emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2»¹⁶.

Movendo da questa innovazione, la Corte ha rilevato che deve ritenersi applicabile anche la ipotesi di revisione prevista dall'art. 630, comma 1, lett. c), c.p.p. che si realizza nei casi in cui dopo la sentenza di condanna definitiva «sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'art. 631». Evidentemente i giudici costituzionali hanno fatto leva sul

concetto di «prove già valutate», intendendo mettere in rilievo che per questa via il legislatore ha indirettamente confermato che anche la decisione *ex* art. 445 c.p.p. contiene una «valutazione delle prove», anche se nella pronuncia manca la esposizione dei motivi che hanno condotto all'accertamento del fatto.

Inoltre, la sentenza della Corte costituzionale argomenta dal principio di diritto stabilito da Cass., sez.un., 23 maggio 2006, n. 17781 che ha riconosciuto nella sentenza di patteggiamento un titolo idoneo per la revoca della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa (art. 168, comma 1, n. 1, c.p.)¹⁷.

In conclusione, dunque, per la pronuncia in esame il vincolo di giudicato stabilito dall'art. 653, comma 1 *bis*, c.p.p. solo nel procedimento disciplinare è conforme alla Costituzione in quanto anche la decisione resa a norma dell'art. 445 c.p.p. poggia su una base fattuale al punto che diventa titolo idoneo per la revoca della sospensione condizionale della pena già concessa e parametro di riferimento in sede di revisione. Insomma la Corte ha trasformato l'eccezione dell'art. 653, comma 1 *bis*, in una regola, giungendo a ricondurre la sentenza di patteggiamento alla sentenza di condanna.

Resta però immutato il contrasto tra il regime del procedimento disciplinare e quello di tutti gli altri giudizi civili o amministrativi nei quali la sentenza emessa sull'accordo delle parti è priva di qualsiasi effetto vincolante. Non si vede infatti perché se la natura della decisione *ex* art. 445 fosse proprio quella prospettata dai giudici costituzionali non si dovrebbe estendere l'efficacia di giudicato a tutti i processi diversi da quello penale, abrogando così *in toto* il disposto dell'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p.

¹⁶ V. C. cost., sentenza 18 dicembre 2009, n. 336.

¹⁷ Cass., sez. un. 23 maggio 2006, n. 17781, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1492 con nota di Cremonesi.

Sembra dunque che la Consulta, per salvare una disciplina di particolare rigore nel settore del procedimento disciplinare, abbia forzato i confini della realtà processuale fino a riportare al regime ordinario una *iurisdictio* che è sostanzialmente anomala in quanto ristretta alla rilevazione della sola volontà delle parti e della correttezza in punto di determinazione della pena senza un accurato esame del sustrato probatorio sul quale si innesta la applicazione del trattamento punitivo. Siamo quindi di fronte ad una operazione di pura ortopedia interpretativa che può avere effetti pregiudizievoli per quanto riguarda la tenuta complessiva dell'edificio in cui è racchiuso il procedimento speciale previsto dall'*ex art.* 445 c.p.p.

Se il patteggiamento fosse ricondotto alla matrice della giurisdizione ordinaria i modi e i tempi della sua definizione sarebbero tali da non garantire quella economia che il legislatore ha voluto perseguire introducendo il rito negoziale. Del resto anche lo stesso imputato si troverebbe in una situazione di più difficile accesso al rito speciale qualora questo fosse concepito in termini di procedimento analogo a quello ordinario, con un esito del tutto assimilabile a quello della sentenza emessa in sede dibattimentale. L'esclusione della efficacia in altri giudizi costituisce per l'imputato una prospettiva incentivante per l'adesione

al rito negoziale e la sua scomparsa determinerebbe certamente una remora capace di far diminuire il tasso di preferenza per il procedimento speciale.

Sembra dunque che la impostazione fatta propria dalla sentenza n. 336/2009 vada del tutto ribaltata. Ad apparire in contrasto con il diritto di difesa è proprio il vincolo di giudicato che il legislatore fa discendere dalla sentenza di patteggiamento nel procedimento disciplinare. Va infatti considerato che l'epilogo del rito negoziale è frutto di una cognizione sommaria cui non può essere attribuita efficacia esterna per la semplice ragione che si tratta di un provvedimento avulso da una base probatoria. A ben vedere infatti il nostro patteggiamento è assai vicino al *nolo contendere* della procedura penale statunitense in quanto si risolve nella rinuncia, da parte dell'imputato, a contestare il fondamento dell'accusa formulata dal pubblico ministero. E poiché in questa struttura manca una dichiarazione di colpevolezza del patteggiante, così come una declaratoria di responsabilità da parte del giudice che applica la pena, non si vede come possa attribuirsi efficacia di giudicato ad una decisione che è sostanzialmente vuota in punto di fatto e si traduce nella sola rilevazione della volontà dell'imputato di assoggettarsi alla sanzione penale senza svolgere difese in ordine al fatto contestato.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Ennio Amodio

I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale / *Rise of the Constitutional Review on Negotiated or Curtailed Criminal Justice*..... 107

Daiana Bedeschi

Nuovi obblighi del pubblico ministero per soddisfare il diritto del difensore ad accedere alle registrazioni di suoni o immagini in vista del giudizio di riesame / *New obligations for the public prosecutor in order to satisfy the right of the lawyer to extract intercepted's files during the proceeding de libertate* 84

Claudia Calubini

“Svista” della Suprema Corte: negato al difensore il diritto di eccepire la violazione dell’art. 143 c.p.p. / *“Oversight” by the Supreme Court: defending counsel denied the right to appeal against transgression of art. 143 c.p.p* 68

Laura Capraro

Corte costituzionale..... 28
Primi casi “clinici” in tema di prova neuroscientifica / *Cognitive Neuroscience and Criminal Proceedings: The First Cases*..... 95

Marcello D’Aiuto

De jure condendo 15

Alessandro Diddi

Va rinviata al giudice civile la decisione sulle spese da liquidare al danneggiato nella sentenza di patteggiamento annullata *in parte qua*? / *Is the decision about the legality of the costs refundable to the injured person in the plea bargaining judgment pertaining to the civil court* 57

Valeria Francesca Mettica

Novità sovranazionali / *Supranational News* 11

Antonio Pagliano

Sezioni Unite 32

Roberto Puglisi

Novità legislative interne / *National Legislative News* 7

Alessio Scarcella

Corti europee / *European Courts*..... 20

Giorgio Spangher

“Durata ragionevole”: piccole riforme non impossibili / *Reasonable duration: slight feasible reforms*..... 1

Daniela Vigoni

Anche per il reato di violenza sessuale di gruppo è da escludersi la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere? / *Should pre-trial detention be applied even for sexual group assault only if other measures are inappropriate* 43

PROVVEDIMENTI / MEASURES*Corte costituzionale*

sentenza 9 febbraio 2012, n. 21.....	28
sentenza 23 febbraio 2012, n. 40.....	29
ordinanza 7 marzo 2012, n. 46	30

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali

sentenza 10 gennaio 2012, n. 155	32
sentenza 12 gennaio 2012, n. 491	33
sentenza 7 febbraio 2012, n. 4694.....	33
sentenza 15 febbraio 2012, n. 5859.....	34
sentenza 17 febbraio 2012, n. 6624.....	34
sentenza 18 gennaio 2012, n. 1855.....	35
sentenza 7 novembre 2011, n. 40288.....	51

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione III, sentenza 20 gennaio 2012, n. 4377	39
Sezione VI, sentenza 21 settembre 2011, n. 35571	65
Sezione VI, sentenza 7 dicembre 2011, n. 45880	77

Corte europea dei diritti dell'uomo

12 gennaio 2012, <i>Feldman c. Ucraina</i>	20
16 febbraio 2012, <i>E.-P. c. Repubblica Ceca</i>	21
1° marzo 2012, <i>D.S. c. Russia</i>	21
31 gennaio 2012, <i>S. c. Bulgaria</i>	21
14 febbraio 2012, <i>V. c. Russia</i>	22
15 marzo 2012, <i>A. c. Regno Unito</i>	23
7 febbraio 2012, <i>C. D. c. Italia</i>	24
23 febbraio 2012, <i>H. e altri c. Italia</i>	24
6 marzo 2012, <i>G. c. Italia</i>	26

Corte di giustizia dell'Unione Europea

21 dicembre 2011, Causa C-27/09 P.....	27
--	----

Atti sovranazionali

Convenzione 2011/210 del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.....	11
--	----

Norme interne

Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia.....	7
---	---

De jure condendo

Disegno di legge C. 2094 riguardante la «Definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto.....	15
Proposta di legge C. 4871 recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di sanzioni per la produzione, il traffico e la detenzione illeciti di stupefacenti e sostanze psicotrope, di misure cautelari, di concorso di circostanze e recidiva, nonché di esecuzione della pena e di affidamento in prova, nei confronti dei tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici.....	17
Proposta di legge C. 4977 recante «Modifiche al codice di procedura penale, in materia di richiesta del giudizio abbreviato da parte del difensore.....	18

MATERIE / TOPICS

Contumacia

Corte e.d.u, 31 gennaio 2012, S. c. Bulgaria.....	21
---	----

Estradizione

• <i>misure cautelari</i>	
Cass., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 6624.....	34

Giurisdizione

• <i>diritto a un ricorso effettivo</i>	
Corte e.d.u, 23 febbraio 2012, H. e altri c. Italia	24

Impugnazioni

• <i>interesse</i>	
Il difensore impugnante non può eccepire la nullità per mancata traduzione della sentenza in una lingua nota all'imputato (Cass., sez. VI, 21 settembre 2011, n. 35571), con nota di Claudia Calubini.....	65
• <i>ricorso per cassazione</i>	
Ricorribile per cassazione la condanna alle spese in favore della parte civile disposta con la sentenza di patteggiamento (Cass., sez. un., 7 novembre 2011, n. 40288), con nota di Alessandro Diddi.....	51
• <i>termini per impugnare</i>	
Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155.....	32

Imputato

• <i>legittimo impedimento</i>	
Cass., sez. un., 7 febbraio 2012, n. 4694.....	33

Indagini preliminari

• <i>incompletezza</i>	
Corte e.d.u., 14 febbraio 2012, V. c. Russia	22

Mezzi di ricerca della prova• *intercettazioni*

Nuovi obblighi del pubblico ministero per soddisfare il diritto del difensore ad accedere alle registrazioni di suoni o immagini in vista del giudizio di riesame/ *New obligations for the public prosecutor in order to satisfy the right of the lawyer to extract intercepted's files during the proceeding de libertate*, di Daiana Bedeschi 84

Misure cautelari personali• *criteri di scelta*

Per la violenza sessuale di gruppo la custodia cautelare in carcere non è l'unica via (Cass., sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377), con nota di Daniela Vigoni..... 39

• *custodia cautelare*

Proposta di legge C. 4871 recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di sanzioni per la produzione, il traffico e la detenzione illeciti di stupefacenti e sostanze psicotrope, di misure cautelari, di concorso di circostanze e recidiva, nonché di esecuzione della pena e di affidamento in prova, nei confronti dei tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici»..... 17

Misure di prevenzione• *codice antimafia*

D.lgs., 6 settembre 2011, n. 159 «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia» 7

• *confisca*

C. cost., sentenza 9 febbraio 2012, n. 21 28

Notificazioni• *decreto di citazione a giudizio*

- reati previdenziali

Cass., sez. un., 18 gennaio 2012, n. 1855..... 35

Ordinamento penitenziario• *affidamento in prova*

-Esito positivo

Cass., sez. un., 15 febbraio 2012, n. 5859..... 34

• *affidamento in prova terapeutico*

Proposta di legge C. 4871 recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di sanzioni per la produzione, il traffico e la detenzione illeciti di stupefacenti e sostanze psicotrope, di misure cautelari, di concorso di circostanze e recidiva, nonché di esecuzione della pena e di affidamento in prova, nei confronti dei tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici»..... 17

• *Diritti e trattamento del detenuto*

Corte e.d.u., 12 gennaio 2012, *Feldman c. Ucraina*..... 20

Corte e.d.u., 16 febbraio 2012, *E.-P. c. Repubblica Ceca* 21

Corte e.d.u., 1° marzo 2012, <i>D.S. c. Russia</i>	21
Corte e.d.u., 7 febbraio 2012, <i>C.-D. c. Italia</i>	24
C. cost., ord. 7 marzo 2012, n. 46.....	30
Persona offesa	
• <i>tutela della vittima</i> Convenzione 2011 / 210 del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.....	11
Procedimenti speciali	
I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale / <i>Rise of the Constitutional Review on Negotiated or Curtailed Criminal Justice</i> , di Ennio Amodio.....	107
• <i>applicazione della pena su richiesta delle parti</i> Ricorribile per cassazione la condanna alle spese in favore della parte civile disposta con la sentenza di patteggiamento (<i>Cass., sez. un., 7 novembre 2011, n. 40288</i>), con nota di Alessandro Diddi.....	51
• <i>giudizio abbreviato</i> Proposta di legge C. 4977 recante « <i>Modifiche al codice di procedura penale, in materia di richiesta del giudizio abbreviato da parte del difensore</i> ».....	18
Processo penale	
• <i>durata</i> “Durata ragionevole”: piccole riforme non impossibili / <i>Reasonable duration: slight feasible reforms</i> , di Giorgio Spangher Corte e.d.u., 6 marzo 2012, <i>G. c. Italia</i>	1 26
• <i>tenuità del fatto</i> Disegno di legge C. 2094 riguardante la « <i>Definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto</i> »	15
Prova	
• <i>prova scientifica</i> Primi casi “clinici” in tema di prova neuroscientifica / <i>Cognitive Neuroscience and Criminal Proceedings: The First Cases</i> , di Laura Capraro	95
Recidiva	
Cass., sez. un., 15 febbraio 2012, n. 5859.....	34
Segreto di Stato	
C. cost., sentenza 23 febbraio 2012, n. 40.....	29
Spese processuali	
• <i>questioni</i> - <i>competenza</i> Cass., sez. un., 12 gennaio 2012, n. 491	33

Traduzione degli atti

Il difensore impugnante non può eccepire la nullità per mancata traduzione della sentenza in una lingua nota all'imputato (*Cass., sez. VI, 21 settembre 2011, n. 35571*), con nota di Claudia Calubini

65