

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

DIRETTA DA ADOLFO SCALFATI

[WWW.PROCESSOPENALEEGIUSTIZIA.IT](http://WWW.PROCESSOPENALEEGIUSTIZIA.IT)

ANNO III, N. 3-2013

COMITATO DI DIREZIONE

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



Giuridica Editrice  
Roma

**Peer reviewers**

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

**Peer review**

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

**Coordinamento**

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

**Redazione**

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

Anno III, n. 3-2013

ISSN Print 2039-4179

ISSN On-line 2039-4527

ISBN 9788858202128

Prezzo: singolo fascicolo € 20,00;

in abbonamento (6 numeri) € 100,00

Iscrizione Tribunale di Roma

n. 456/2010 del 6/12/2010

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

Direttore Responsabile: Adolfo Scalfati

## EDITORIALE / EDITORIAL

ENNIO AMODIO

**Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria / *Secrets and Lies. How the Inquisitorial Legacy Undermines the Suspect's Right to Freedom in the Italian System*** ..... 1

## SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (NICOLA RUSSO) .....	7
Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i> (DANIELA VIGONI) .....	8
<i>De jure condendo</i> (MARCELLO D'AIUTO) .....	12
Corti europee / <i>European Courts</i> (MARCELLO STELLIN) .....	15
Corte costituzionale (ANGELA PROCACCINO).....	23
Sezioni Unite (TERESA ALESCI) .....	29

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /  
CUTTING EDGE CASE LAW

<b>È inammissibile l'incidente probatorio diretto ad ottenere una perizia di lunga durata se il giudice non conosce il contenuto delle indagini</b> .....	33
Tribunale di Latina, Ufficio g.i.p., ordinanza 17 ottobre 2012.....	33
Incidente probatorio e limiti ai diritti difensivi / <i>Taking of evidence before the pre-trial judge and limitations of the rights of the defense</i> (NOVELLA GALANTINI) .....	35
<b>Il riconoscimento vocale è modalità legittima di individuazione di persona da parte della polizia giudiziaria</b> .....	40
Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 2 ottobre 2012, n. 41456.....	40
Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell'auto-determinazione dell'imputato / <i>Identification of voice and atypical investigations made by the police: the protection of the self-determination of the defendant</i> (PAOLA FELICIONI) .....	41
<b>Le intercettazioni del Presidente della Repubblica sono vietate dalla legge e devono essere immediatamente distrutte</b> .....	50
Corte costituzionale, sentenza 15 gennaio 2013, n. 1.....	50
La tutela "assoluta" della riservatezza del Capo dello Stato: inammissibilità e distruzione immediata delle intercettazioni di conversazioni / <i>The protection of the confidentiality of Presidential communications: inadmissibility and immediate destruction of intercepted conversations</i> (LUCIO CAMALDO) .....	57
<b>Contestazioni suppletive "fisiologiche" e richiesta di giudizio abbreviato</b> .....	62
Corte costituzionale, sentenza 26 ottobre 2012, n. 237 .....	62
Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale / <i>New charges and "summary trial": a determined step ahead of the Constitutional Court</i> (MARCO D'AGNOLO) .....	69
<b>Più difficile disporre la custodia in carcere nei confronti delle madri</b> .....	77
Corte di cassazione, Sezione I, sentenza 3 ottobre 2012, n. 47861 .....	77
Le "illusioni applicative" sulla tutela della maternità nella fase cautelare / <i>Precautionary measures and maternity protection: "operative illusions"</i> (EVA MARIUCCI) .....	79

**DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /  
DEBATES: LAW AND PRAXIS**

GIUSEPPE SACCONI

**Anonimato del dichiarante e processo penale: prime riflessioni a seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 / *Anonymity of the complainant and criminal process: first thoughts after the approval of the law november 6, 2012, n. 190*.....89**

**ANALISI E PROSPETTIVE /  
ANALYSIS AND PROSPECTS**

ALESSANDRO DIDI

**Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta / *The right of prisoners to maintain intimate relationship with people outside the prison: an old and not (yet) resolved issue* .....99**

ROSSELLA FONTI

**Il regime delle "contestazioni a catena" nel sistema processuale penale / *The regulation of "contestazioni a catena" in the criminal justice system* ..... 112**

**INDICI / INDEX**

Autori / <i>Authors</i> .....	121
Provvedimenti / <i>Measures</i> .....	122
Materie / <i>Topics</i> .....	122

ENNIO AMODIO

## Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria

### *Secrets and Lies. How the Inquisitorial Legacy Undermines the Suspect's Right to Freedom in the Italian System*

---

In questo articolo si sostiene che vi è un notevole divario fra la normativa chiaramente dettata dal codice di procedura penale in materia di emissione delle misure coercitive e la prassi applicativa. Ciò deriva dal persistere di una mentalità inquisitoria che induce a mantenere ferma la restrizione della libertà personale, prescindendo dalla reale sussistenza delle esigenze cautelari, al solo fine di costringere l'indagato a rendere dichiarazioni ammissive sui fatti contestati. L'esperienza dei paesi di *common law* nei quali assume una posizione centrale l'istituto del *bail*, mette in evidenza la pratica mortificatrice della libertà personale che si realizza nel processo penale italiano. Anche recenti episodi giudiziari riferiti dalla cronaca internazionale confermano, nel parallelismo con l'esperienza italiana, come sia necessario prendere spunto dall'istituto del *bail* per riformare completamente il sistema delle cautele personali così da garantire il principio di inviolabilità stabilito dall'articolo 13 Cost.

*This article sets out the reasons why the way of issuing arrest warrants, clearly worded in the Italian Criminal Procedure Code, is undermined by a well-established Italian practice. Since Italy does not administer the bail procedure enforced in the common law countries, the suspect is frequently detained with the view of obtaining self-incriminating evidence. The author proposes to review carefully the provisions of the Italian code to enact a reform that could ensure to the suspect the protection of a speedy mechanism to regain liberty after arrest.*

---

#### UNA TUTELA INEFFICACE

A volte è la cronaca giudiziaria internazionale a mettere a nudo la fisionomia reale di un istituto del nostro processo penale, che è invece offuscata ai nostri occhi dalla *routine* in cui siamo abituati a muoverci. Capita così che lo sguardo incuriosito di chi ci osserva dall'estero, ci aiuti a capire i segreti del nostro sistema, mostrandoci il modo profondamente diver-

so in cui vive in un altro ordinamento la tutela di un identico interesse processuale. È insomma il dispiegarsi parallelo di vicende giudiziarie illuminate dai riflettori dei media a svelare, nel raffronto, qualche profilo dell'*Italian style* purtroppo finito nell'ombra.

Ricordiamo tutti la recente cronaca delle indagini sull'omicidio addebitato al notissimo atleta sudafricano Pistorius, chiamato a rispondere della morte della sua fidanzata davanti alla giustizia del suo

Paese. Dopo l'arresto l'imputato, rimasto in *custody* per otto giorni, è comparso davanti ad un giudice che gli ha subito concesso il *bail*, la libertà su cauzione secondo il modello procedurale del sistema inglese, trapiantato da secoli in quella punta estrema del continente africano. La gravità del reato e l'esigenza di ricostruire la dinamica della condotta, ancora avvolta da una cortina di fitti interrogativi, non hanno impedito al giudice di restituire la libertà all'indagato, mantenendo solo una modesta limitazione consistente nel divieto di espatrio.

Quasi nello stesso periodo sono state avviate in Italia numerose indagini per reati di corruzione in cui abbiamo visto rinnovarsi sequenze procedurali per noi del tutto scontate. L'indagato viene sottoposto alla custodia cautelare in carcere; è prontamente interrogato dal Gip, che convalida la misura e attende poi di essere sentito dal pubblico ministero che intanto prosegue con gran lena il suo percorso investigativo. Passano i giorni, passa qualche settimana e poi il tribunale del riesame è investito del controllo sulla misura coercitiva. Più spedita può essere la strada della richiesta di revoca o sostituzione del provvedimento cautelare a norma dell'art. 299 c.p.p., ma bisogna far leva su elementi sopravvenuti per contrastare il quadro indiziario e le circostanze su cui si reggono le esigenze cautelari.

Quando poi il Gip o il tribunale del riesame finalmente si pronuncia, si assiste il più delle volte ad un vero esercizio di retorica *contra reum*. La difesa sostiene che il *manager* arrestato ha dato le dimissioni e non potrà quindi più avere quei rapporti con la Pubblica Amministrazione che gli sono stati contestati come condotta illecita. Non importa, replica il Giudice: il pericolo di reiterazione permane perchè i suoi forti legami con il gruppo societario cui apparteneva gli consentiranno di manovrare dall'esterno le condotte dei nuovi amministratori.

Anche quando si discute del pericolo di inquinamento probatorio, è altrettanto facile argomentare *contra libertatem*. Se si dimostra che l'episodio generatore del rischio per la genuinità della prova non è attuale perchè risale ad un anno prima dell'arresto, il tribunale osserva che se l'indagato fosse lasciato libero potrebbe comunque riallacciare i rapporti con altri *manager* così da spingerli ad intervenire per ostacolare le indagini.

Insomma, il nostro sistema sul piano legislativo è perfetto. La sua architettura è armoniosa. La perentorietà delle disposizioni imbriglia la fuga verso la discrezionalità del giudice. Al di là della aritmetica degli aggettivi che richiedono esigenze «specifiche ed inderogabili» e un pericolo «concreto ed attuale», c'è però la realtà delle perifrasi, dei paralogismi e delle

parole vuote che si addensano nelle motivazioni di rigetto delle istanze *de libertate*. E la ragione di questi ingannevoli esercizi letterari è sempre la stessa. Si vuole lasciare al pubblico ministero tutto il tempo necessario a procurarsi la confessione dell'indagato, che si ostina a non ammettere gli addebiti contestati. Non si vuole insomma interferire nella strategia dell'accusa, che usa il carcere come strumento per scucire la bocca all'inquisito trasgredendo la norma imperativa dettata dall'art. 274 c. 1 lett. a) c.p.p.

L'eredità inquisitoria fa sentire tutto il suo peso. Anche i giudici sono solidali con gli inquirenti nel concepire la fase delle indagini come uno spazio dominato dall'interesse della società ad accertare la verità, anzitutto estraendola dalle labbra del protagonista della vicenda giudiziaria. Qui c'è il cordone ombelicale con la cultura dell'*inquisitio ad eruendam veritatem* che il codice del 1989 non è riuscito a tagliare, nonostante le buone intenzioni rispecchiate dalla densa e meditata normativa contenuta nel libro quarto.

#### RIPENSARE IL MODELLO DEL *BAIL*

Un ulteriore esempio fa risaltare l'abissale distanza della nostra prassi rispetto al regime del rito accusatorio. A margine di uno dei processi italiani in cui la misura era stata disposta per una ipotesi di corruzione internazionale con riguardo ad una gara d'appalto svolta in India, si è verificato un episodio curioso ed illuminante. Una *troupe* di giornalisti di quel Paese è venuta in Italia, sull'onda del clamore per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, al fine di cercare di capire cosa fosse accaduto. Ebbene, parlando con questi operatori dell'informazione è emerso che in India l'opinione pubblica si era convinta che in Italia fosse stata emessa una sentenza a conclusione di un *trial*. Non potevamo credere che, a una settimana dall'arresto, si stesse già discutendo nella nostra stampa dell'articolato giudizio di un magistrato che aveva ricostruito il fatto proprio come in una sentenza. Gli indiani avevano in mente, proprio perchè cresciuti nella cultura di *common law*, l'istituto del *bail*. E non riuscivano quindi ad inquadrare se non come frutto di un giudizio di merito la posizione di un indagato che nel loro Paese, se fosse stato colpito da un *warrant of arrest*, sarebbe stato messo in libertà nel giro di pochi giorni.

Avvertire che qualcuno dall'estero scopre i segreti del regime mortificante e punitivo della nostra custodia cautelare può aiutarci ad assumere una posizione sempre meno tollerante verso le bugie che

**AMODIO / SEGRETI E BUGIE. LA LIBERTÀ DELL'INDAGATO NEL CAPPIO DELLA CULTURA INQUISITORIA**

leggiamo in molti provvedimenti degli organismi giurisdizionali di controllo che ratificano l'esistenza di esigenze cautelari in funzione assistenziale rispetto agli obiettivi investigativi del pubblico ministero.

Quando periodicamente ci si allarma per il considerevole numero di detenuti ospitati nelle carceri italiane, in attesa di giudizio, si dovrebbe riflettere sulle distorsioni applicative, invece che sui progetti di moltiplicazione degli edifici di custodia. Serve una profonda revisione delle norme sulle misure coercitive e interdittive e, ancora di più, l'impegno a rendere effettiva l'imparzialità della giurisdizione nei controlli *de libertate*.

Forse il modello inglese del *bail* può offrire un paradigma di qualche utilità. E non tanto per il requisito della cauzione, che è sempre apparso a noi troppo penalizzante nei confronti dei non abbienti, quanto per la centralità della speditezza come requisito di un congegno capace di estinguere in tempi brevi la restrizione dello *status libertatis* dell'indagato, così da lasciare nell'area delle eccezioni i casi di custodia cautelare di durata più estesa.

Dopo tutto non è irragionevole pensare che se ha senso una presunzione di pericolosità per i reati più gravi (art. 275 c.p.p.), non può essere meno giustificata una presunzione di non pericolosità per una certa fascia di reati di più attenuata offensività, così da contenere la durata della misura in un termine non superiore, ad esempio, a quindici giorni. Il nucleo di questo nuovo istituto, da erigere a regola generale, è già abbozzato dagli art. 292 c. 2 lett. d) e 301 c. 1 c.p.p. Si tratta di recepire l'idea di una limitazione *ex lege* della operatività delle esigenze cautelari, che devono essere soddisfatte in tempi brevi per cedere il passo al prevalere della presunzione di innocenza.

La materia è tutta da ripensare con cura e con urgenza nel proposito di archiviare definitivamente i vecchi arnesi ereditati dalla cultura inquisitoria. Per non lasciare sul piano della mera enunciazione programmatica quella inviolabilità della libertà personale che è scritta a chiare lettere nella nostra Costituzione.

# NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Nicola Russo

**LA CARTA DEI DIRITTI E DEI DOVERI DEI DETENUTI E DEGLI INTERNATI**  
(D.m. 5 dicembre 2012)

In attuazione del d.p.r. 5 giugno del 2012, n. 136 è stata approvata, con decreto del Ministero della Giustizia del 5 dicembre del 2012, la «*Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati*».

Come spiegato nella Relazione che fece da accompagnamento al decreto n. 136 del 2012, «al fine di garantire un più completo esercizio dei propri diritti e la maggiore consapevolezza delle regole che conformano la vita nel contesto carcerario, si è (...) previsto che l'informativa [ex artt. 32 ord. penit., 23 e 69 reg. ord. penit.: *n.d.r.*] sia sostituita da un più ampio documento destinato a contenere una chiara esplicazione del regime al quale il condannato e l'internato sono sottoposti, dei diritti che agli stessi spettano e dei doveri ai quali è necessario conformarsi all'interno della casa circondariale, nonché una compiuta descrizione delle strutture e dei servizi ad essi riservati».

Gli obiettivi cui l'Esecutivo punta con questa operazione di politica penitenziaria sono enunciati sempre nella Relazione, ove si sottolinea che «Il risultato che si intende ottenere è quello di una

maggiore consapevolezza da parte della popolazione carceraria delle regole e dei diritti destinati a conformare la loro vita per un periodo di tempo più o meno lungo, periodo che in ogni caso costituisce sempre una parentesi rilevante che, si spera, possa concludersi con un arricchimento della persona e non con la negazione delle sue positive peculiarità».

Dunque, al di là della portata solo ricognitiva dell'intervento normativo e regolamentare, si è voluto segnalare l'importanza che il trattamento penitenziario è un momento di rapporto con il detenuto e l'internato, in cui questi non smette di essere soggetto di diritti e doveri, ma continua ad essere parte necessariamente attiva del proprio percorso di riabilitazione sociale.

È, quindi, in quest'ottica che si comprende la ragione per la quale è previsto che la Carta dei diritti e dei doveri debba essere conosciuta anche dai familiari dei detenuti e degli internati perché si tratta di soggetti necessariamente coinvolti in questo trattamento.

La Carta, oltre a contenere un "*vademecum* del detenuto", sintetizza gli aspetti fondamentali dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione.

## NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Daniela Vigoni

L'ACCORDO ITALIA-EGITTO SUL TRASFERIMENTO DELLE PERSONE CONDANNATE  
(L. 7 febbraio 2013, n. 14)

Con la legge 7 febbraio 2013, n. 14 (in *Gazz. Uff.* 18 febbraio 2013, n. 41) si è autorizzata la ratifica dell'Accordo fra Italia e Repubblica araba d'Egitto sul trasferimento delle persone condannate, diretto a consentire ai «condannati di scontare la loro pena privativa della libertà nel Paese di cui sono cittadini, al fine di facilitare il loro reinserimento sociale».

Dopo l'Accordo con l'India (di cui si è già scritto in *In questa Rivista*, 2013, 1, 12) si persiste, dunque, nello sviluppo delle intese bilaterali relative a uno strumento, il cui rilievo – come si legge nella *Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia* (inaugurazione dell'Anno giudiziario 2013) – «è alla base del nuovo impulso dato ai negoziati in materia» (per un inquadramento e una panoramica testuale v. Pisani, *Il trasferimento delle persone condannate*, in *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2007, Parte VII, 297 ss.; v. anche, a cura di Zanetti, *Convenzioni sul trasferimento delle persone condannate*, Milano, 1999). Fra le «numerosissime trattative ancora in corso», viene, in particolare, data notizia di un accordo con il Marocco in tema di trasferimento, per il momento solo «parafato», e perciò in attesa di sottoscrizione dalle competenti autorità. Al 28 febbraio 2013, dalle statistiche del Ministero della Giustizia risultano 4449 detenuti di questa nazionalità in Italia.

Sempre la Relazione ministeriale sottolinea la rilevanza e l'utilità delle procedure di trasferimento dei condannati non solo sul piano soggettivo, in ragione degli obiettivi rieducativi e umanitari (v. Pisani, «Reinserimento» del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 525 ss.), ma anche sul piano oggettivo laddove, almeno «nelle sue più moderne declinazioni», quali gli accordi con la Romania e l'Albania, può esprimere alcune funzioni preventive e di deflazione peniten-

ziaria. Peraltro, le intese con questi due Paesi consentono il trasferimento delle persone condannate, alle quali è stata inflitta la misura dell'espulsione o quella dell'accompagnamento al confine, anche a prescindere dal consenso dell'interessato (cfr. gli artt. 3 dei due accordi citati).

A livello statistico, tuttavia, il numero delle procedure di trasferimento è piuttosto contenuto.

Il dato riportato dalla Relazione ministeriale, secondo cui «nel corso del 2012 sono state aperte circa 420 nuove procedure», le quali «si sommano al pregresso ancora pendente», rivela, fra l'altro, un «leggero calo rispetto all'anno precedente», da ricondurre però «verosimilmente» alle «prime procedure applicative» – nel contesto della cooperazione rafforzata fra gli Stati membri dell'Unione europea – della Decisione quadro 2008/909/GAI relativa al reciproco riconoscimento delle sentenze penali, recepita con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161 (per una sintesi v. C. Pansini, *In questa Rivista*, 2011, 1, 6; per un commento per articolo v. *Legislazione pen.*, 2011, 35 ss.). Questo nuovo strumento è destinato a sostituire, per un verso, la forma di mandato d'arresto esecutivo (art. 18, comma 1, lett. r), l. n. 69/2005 e art. 24 d.lgs. n. 161/2010), per altro verso, le procedure di trasferimento del condannato previste da alcune convenzioni multilaterali o bilaterali (art. 26 DQ), e, in particolare, nei rapporti fra l'Italia e gli altri Stati membri dell'Unione europea, la Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate (1983). In proposito, la *Circolare del 2 maggio 2012 del Ministero della Giustizia* riporta che «alla data del 20 marzo [2012]» sono «otto gli Stati membri dell'Unione europea, oltre l'Italia, che hanno attuato la Decisione quadro: Austria, Danimarca, Finlandia, Lussemburgo, Malta, Polonia, Regno Unito e Slovacchia» ed è appunto nei rapporti con tali Paesi che risulta applicabile la procedura prevista dal d.lgs. n. 161/2010, entrata in vigore il 5 dicembre 2011.

## NOVITÀ SOVRANAZIONALI

È, quindi, prevedibile lo sviluppo di altri negoziati in materia di trasferimento dei condannati a livello bilaterale, con riguardo a Stati che non sono membri dell'Unione europea, né hanno ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa, specie se risulta significativo il numero dei loro cittadini detenuti nel nostro Paese.

A differenza dell'Accordo con l'India – sottoscritto a Roma il 10 agosto 2012 e tempestivamente oggetto di autorizzazione alla ratifica con legge del 26 ottobre 2012, n. 183 – l'Accordo con la Repubblica araba d'Egitto è piuttosto risalente nel tempo: infatti, è stato sottoscritto a Il Cairo il 15 febbraio 2001 (se ne dava notizia, pubblicandone il testo già in Pisani-Mosconi-Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, IV ed., Milano, 2004). Le procedure di ratifica hanno, evidentemente, subito una battuta d'arresto a causa degli eventi internazionali e delle vicende politiche interne di quel Paese.

Sempre il 15 febbraio 2001 venivano sottoscritte con l'Egitto altre due convenzioni – di estradizione e di assistenza giudiziaria – ma per esse non risulta l'avvio della procedura di ratifica: il che manifesta, e conferma, l'intenzione di confidare in particolar modo nello strumento del trasferimento quale forma privilegiata di cooperazione.

Del resto, il ricorso all'accordo bilaterale è determinato anche dal fatto che l'Egitto non ha aderito alla Convenzione di Strasburgo sul trasferimento dei condannati, aperta anche agli Stati che non facciano parte del Consiglio d'Europa (questa convenzione è in vigore, per l'Italia, dal 1° ottobre 1989).

Poiché nei lavori parlamentari (*Camera dei deputati*, 28 novembre 2012, XVI legisl., Boll. Giunte e Commissioni parlamentari – Affari esteri e comunitari (III), 33), emerge che «nelle carceri italiane scontano oggi una pena oltre cinquecento cittadini egiziani [al 28 febbraio, sono 479], mentre nessun cittadino italiano risulta recluso in Egitto», sul piano pratico, si prospetta, per parte italiana, un utilizzo della sola procedura passiva, e cioè al fine di trasferire in Egitto i cittadini di quel Paese che siano stati condannati in Italia.

L'Accordo, applicabile all'esecuzione di condanne inflitte anche prima della sua entrata in vigore (art. 22), contempla 23 articoli ed è redatto nelle lingue italiana, araba e francese: i tre testi fanno ugualmente fede, ma in caso di divergenza prevarrà il testo francese (art. 23).

Le domande di trasferimento, trasmesse dai rispettivi Ministeri della Giustizia (art. 18), devono essere redatte, come pure gli atti, i documenti a sostegno e ogni altra informazione complementare,

nella lingua dello Stato richiedente il trasferimento, e corredate di una «traduzione giurata» nella lingua dello Stato richiesto, o in inglese o in francese (art. 21).

Sono legittimati alla richiesta soltanto gli Stati di condanna e di esecuzione (art. 3, § 1, lett. a) e b), mentre la persona condannata può soltanto esprimere «desiderio di essere trasferita» (art. 3, § 2). Come di consueto, il trasferimento è comunque subordinato al consenso del condannato, da cui non si può prescindere: dovrà essere volontario e informato, ossia con la «piena conoscenza delle conseguenze giuridiche derivanti». Se, in ragione dell'età o dello stato fisico o mentale della persona condannata, uno dei due Stati lo ritenga necessario, il consenso verrà prestato dal suo rappresentante e la procedura da seguire è disciplinata dalla legge dello Stato di condanna (art. 8, § 1). Al riguardo, è data ogni possibilità di verifica allo Stato di esecuzione, tramite un funzionario consolare (art. 8, § 2).

Sono diverse le condizioni a cui è subordinato il trasferimento.

In primo luogo, riguardo ai reati, viene ribadito il consueto criterio di doppia incriminabilità (art. 4, § 1, lett. a)), imponendo però il rifiuto del trasferimento quando la condanna sia stata pronunciata per un «reato puramente militare» (art. 6, n. 2).

Inoltre, la condanna deve essere irrevocabile ed esecutiva, secondo le legislazioni di entrambi gli Stati (art. 4, § 1, lett. b)).

Quanto alla pena, occorre che il condannato debba avere ancora da scontare, al momento della domanda di trasferimento, almeno un anno, pur prevedendo, in deroga, che «in casi eccezionali» i due Stati possano concordare un trasferimento anche quando la durata della pena sia inferiore (art. 4, § 1, lett. e)). È motivo di rifiuto il fatto che la richiesta di trasferimento sia relativa a una pena inflitta per dei fatti già giudicati in via definitiva nello Stato di esecuzione, e per i quali la pena, eventualmente inflitta, sia già stata eseguita o risulti prescritta (art. 6, n. 1).

La persona condannata deve essere cittadino dello Stato in cui sarà trasferito (art. 4, § 1, lett. c)) e dovrà acconsentire, come si è anticipato, al trasferimento (art. 4, § 1, lett. d)).

Un ulteriore elemento tipico delle procedure di trasferimento è l'accordo sul trasferimento tra Stato di condanna e Stato di esecuzione. In proposito, si manifesta la clausola di salvaguardia che riserva a ciascuno Stato la valutazione discrezionale circa l'eventualità che il trasferimento ne pregiudichi la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico, i principi fondamentali del suo ordinamento giuridico o altri suoi interessi essenziali (art. 4, § 1, lett. f)).

Si prevede altresì che lo Stato di condanna possa chiedere che il trasferimento sia subordinato a ulteriori condizioni, che dovranno essere accettate, tramite il Ministro della giustizia, e rispettate dallo Stato di esecuzione. Occorre sempre, anche in questi casi, il previo consenso della persona condannata (art. 4, § 2).

Al fine di promuovere le procedure di trasferimento, gli Stati s'impegnano in reciproche informative di ogni condanna, nei confronti dei rispettivi cittadini, che potrebbe determinare l'applicazione dell'Accordo (art. 5, § 1). Le competenti autorità dello Stato di condanna, inoltre, sono tenute a informare anche ogni cittadino dell'altro Stato, che sia stato condannato con sentenza definitiva, dell'opportunità di essere trasferito per scontare la pena nel Paese di cui ha nazionalità (art. 5, § 2). In particolare, ogni decisione relativa a una richiesta di trasferimento dovrà essere resa nota per iscritto alla persona condannata, con le conseguenze giuridiche che il trasferimento comporta (art. 5, § 3).

Casi di rifiuto facoltativo del trasferimento della persona condannata (art. 7) sono riconducibili all'eventualità che: lo Stato di esecuzione abbia deciso di non avviare o di porre fine a procedimenti relativi agli stessi fatti (n. 1); i fatti che hanno motivato la condanna siano oggetto di un procedimento nello Stato di esecuzione (n. 2); la persona condannata non abbia corrisposto somme, multe, spese giudiziarie, risarcimento dei danni e pene pecuniarie di ogni genere a suo carico (n. 3); alla data dei fatti che hanno dato luogo alla condanna, la persona condannata possieda anche la nazionalità dello Stato di condanna (n. 4); il massimo della pena privativa della libertà prevista dalla legge dello Stato di esecuzione sia «fortemente inferiore» alla pena inflitta nello Stato di condanna (n. 5).

Quanto alla procedura, la domanda di trasferimento, formulata per iscritto, deve contenere i dati identificativi del condannato, nonché i riferimenti del luogo di detenzione nello Stato di condanna e del luogo di residenza nello Stato di esecuzione; ad essa è allegata la dichiarazione da cui risulta il consenso al trasferimento da parte del condannato o del suo rappresentante (art. 16).

Gli atti e i documenti a corredo della domanda sono costituiti dall'originale o da una copia autentica della decisione di condanna, unitamente alla certificazione della sua esecutività. Dovranno essere precisate, per quanto possibile, le circostanze del reato, la data e il luogo in cui è stato commesso, e la sua qualificazione giuridica, nonché fornite, riguardo alla pena, le informazioni necessarie sulla durata della custodia cautelare già subita e sulle riduzioni

di pena già concesse dallo Stato di condanna. Vanno aggiunte ulteriori indicazioni relative alla personalità del condannato e alla sua condotta nello Stato di condanna «prima e dopo» la pronuncia della decisione da eseguire (art. 17, § 1). Qualora le informazioni fornite siano ritenute insufficienti, è consentito chiedere all'altro Stato le informazioni integrative necessarie (art. 17, § 2).

In ogni caso, si specifica che gli atti e i documenti trasmessi sono esenti da legalizzazione, ma muniti di firma e sigillo dell'autorità competente (art. 19).

Una volta disposto il trasferimento, la presa in carico del condannato da parte dello Stato di esecuzione comporta la prosecuzione dell'esecuzione della pena «esclusivamente» in tale Stato e, di conseguenza, quando la pena sia «interamente» scontata nello Stato di esecuzione, quello di condanna non potrà più disporre l'esecuzione (art. 15).

Riguardo agli aspetti esecutivi e penitenziari, l'Accordo ricalca soluzioni e criteri consueti nella prassi convenzionale di settore.

Dalla scelta di privilegiare la continuazione dell'esecuzione, consegue che la pena inflitta dallo Stato di condanna sia eseguita in quello di esecuzione per la parte residua ancora da scontare, con l'unico limite che vieta di superare «il massimo» previsto nello Stato di esecuzione per lo stesso tipo di reato (art. 9, § 1). Se si esclude, quindi, una conversione della condanna, che comporterebbe la procedura interna di *exequatur*, tuttavia, nel caso in cui la sanzione originariamente inflitta non sia prevista dall'ordinamento dello Stato di esecuzione, è consentita la sua sostituzione con un'altra pena: questa deve corrispondere «per quanto possibile» alla «natura o durata» della pena originariamente inflitta (art. 9, § 2), e non essere più severa o consistere in una detenzione più lunga di quella inflitta dallo Stato di condanna (art. 9, § 3).

Specificando che lo Stato di esecuzione è tenuto a informare lo Stato di condanna, previa richiesta, «del seguito dato all'esecuzione della condanna» (art. 10), si conferma il principio generale per cui «le modalità di esecuzione della pena» sono disciplinate dalla legge dello Stato di esecuzione, «che è l'unico competente a prendere tutte le decisioni relative» (art. 11), ossia a provvedere sul piano penitenziario.

Parallelamente, si ribadisce il criterio tipico in materia di esecuzione all'estero della sentenza straniera che riserva esclusivamente alla giurisdizione dello Stato di condanna di decidere sulla revisione della sentenza (art. 12).

La norma convenzionale che impone allo Stato di condanna di informare «senza ritardo» quello di esecuzione di «qualsiasi decisione o misura che

**NOVITÀ SOVRANAZIONALI**

metta fine totalmente o parzialmente all'esecuzione della pena»(art. 13, § 1) viene ad attribuire allo Stato di condanna ogni decisione in merito ai profili di carattere prettamente esecutivo inerenti al giudicato, e, nel contempo, ad escludere una concorrente competenza riguardo a taluni provvedimenti clemenziali – la grazia, l'amnistia e l'indulto – di cui, invece, alcune convenzioni prevedono la concessione da parte di entrambi gli Stati (cfr. art. 11, § 1 Accordo Italia-India; art.12 Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle personale condannate). Le autorità competenti dello Stato di esecuzione «non appena informate» delle citate decisioni o misure che abbiano «l'effetto di privare la pena del suo carattere esecutivo» provvedono di conseguenza, disponendo che abbia termine l'esecuzione (art. 13, § 2).

La clausola di garanzia del *ne bis in idem* – non frequente negli accordi di settore – vieta, poi, che il condannato trasferito possa essere nuovamente per-

seguito, arrestato o detenuto nello Stato di esecuzione per il reato che ha dato luogo al trasferimento (art. 14).

A proposito degli oneri finanziari, in primo luogo si prevede che siano a carico dello Stato di esecuzione i costi derivanti dal trasferimento, ad eccezione delle spese sostenute «esclusivamente» nel territorio dell'altro Stato (art. 20, § 1); lo Stato che si fa carico delle spese di trasferimento fornisce anche la scorta (art. 20, § 2). Inoltre, si esclude che lo Stato di esecuzione possa esigere il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione della pena e la sorveglianza del condannato(art. 20, § 3).

Come di consueto, le clausole finali sono relative alla ratifica e all'entrata in vigore. Ciascuno Stato «in qualsiasi momento»potrà denunciare l'Accordo trasmettendo, per via diplomatica, un avviso scritto all'altro Stato: esso rimarrà in vigore fino a un anno dopo la data di ricevimento dell'avviso di denuncia (art. 23).

## DE JURE CONDENDO

di Marcello D'Aiuto

### RATIFICA DELL'ACCORDO ITALIA-STATI UNITI SULLA COOPERAZIONE NELLA PREVENZIONE E LOTTA AL TERRORISMO

Sul finire della XVI Legislatura risultava all'esame della Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. n. 3537 - già approvato dalla Camera dei Deputati - per la *"Ratifica ed esecuzione dell'Accordo fra il Governo della Repubblica italiana e il Governo degli Stati Uniti d'America sul rafforzamento della cooperazione nella prevenzione e lotta alle forme gravi di criminalità, fatto a Roma il 28 maggio 2009"*. Il progetto di legge - che ha l'obiettivo di rafforzare lo scambio di informazioni utili al contrasto delle forme più gravi di criminalità e, segnatamente, del terrorismo - sarà verosimilmente riproposto all'attenzione del Parlamento nella Legislatura appena iniziata.

Le Parti contraenti si impegnano a condividere informazioni utili all'identificazione di soggetti sospettati di aver commesso reati di terrorismo. La normativa in parola dovrebbe, dunque, integrare l'art. 349 c.p.p. relativo all'identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, che attualmente stabilisce che all'identificazione del soggetto possa procedersi eseguendo rilievi dattiloscopici, fotografici, antropometrici ma anche biologici (prelievo di capelli o saliva).

Sulla base dell'Accordo in questione, i risultati ottenuti dalla polizia giudiziaria possono essere comparati con i dati in possesso dell'autorità straniera. La ricaduta pratica più importante dovrebbe aver si in relazione all'identificazione di soggetti dediti a gravi reati che non si consumano esclusivamente sul territorio nazionale, come, per l'appunto, il delitto di cui all'art. 270-bis c.p. Tali soggetti, spesso, assumono identità diverse a seconda dello Stato in cui permangono, rendendo particolarmente difficile la loro esatta identificazione.

L'art. 2 dell'Accordo chiarisce che la normativa è finalizzata esclusivamente alla prevenzione ed all'attività investigativa; compreso il caso in cui, per

un soggetto fermato alla frontiera, siano necessari ulteriori accertamenti. Al contrario, l'Accordo non incide sulle procedure di assistenza giudiziaria internazionali vigenti.

Contemporaneamente, gli Stati contraenti si impegnano a garantire la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, primo fra tutti il diritto alla riservatezza della sfera privata.

Una prima forma di collaborazione attiene alla possibilità di accedere ai rispettivi sistemi automatizzati di identificazione delle impronte digitali, con la facoltà di procedere ad interrogazioni automatizzate tramite il raffronto dei dati dattiloscopici (art. 4). Tali interrogazioni devono essere effettuate caso per caso e nel rispetto delle legislazioni interne delle Parti contraenti.

Il confronto dei dati richiesti con quelli in possesso della Parte richiedente deve avvenire tramite richiesta automatizzata ad un punto di contatto nazionale designato dal singolo Stato (art. 5). Per quanto attiene alle modalità tecniche e procedurali di interrogazione, l'Accordo rinvia a successive intese di attuazione. Queste ultime dovranno definire anche i reati per i quali potrà essere attivata tale procedura di cooperazione: l'Accordo, al riguardo, fissa in un anno di reclusione il limite minimo di pena al di sotto del quale una fattispecie di reato non può essere inserita nel novero dei reati in discorso.

L'art. 6, poi, stabilisce che, qualora vi sia concordanza tra i dati dattiloscopici prelevati e quelli richiesti, vi possa essere lo scambio di ulteriori dati personali nel rispetto della legislazione interna dello Stato richiesto.

La normativa in esame, inoltre, all'art. 7, consente alle Parti contraenti di accedere ai dati contenuti nei rispettivi schedari di profili del DNA. Come per i dati dattiloscopici, l'interrogazione automatizzata deve riguardare singoli casi e rispettare la normativa del Paese richiedente. Anche in questo caso, la trasmissione deve avvenire attraverso punti di contatto nazionali designati dagli Stati contraenti.

L'art. 10 dell'Accordo consente di inviare i dati personali, anche senza una specifica richiesta a cui adempiere, nel caso in cui il soggetto interessato: a) commetterà o ha commesso reati terroristici o di natura terroristica; b) sta ricevendo o ha ricevuto un addestramento per commettere uno dei reati di cui alla lettera precedente; c) commetterà o ha commesso un reato grave, ovvero partecipa ad un gruppo o ad un'associazione di criminalità organizzata. Invero, la norma, non ancorata a presupposti di natura oggettiva, sembra introdurre una indiscriminata condivisione di dati personali anche oltre i limiti della riservatezza. La previsione che il soggetto commetterà un reato, infatti, prescinde dal fatto che lo stesso sia sottoposto ad un procedimento penale ed apre a valutazioni del tutto discrezionali. Inoltre, per quanto attiene alla disciplina interna, occorrerebbe almeno ipotizzare che la trasmissione dei dati sia rimessa alla valutazione dell'autorità giudiziaria, così da garantire quanto meno un apprezzamento sulla necessità di procedervi.

Il comma 3 dello stesso articolo, a parziale integrazione della disciplina tratteggiata, precisa che lo Stato richiesto può fissare le condizioni relative all'utilizzo dei dati a carico dell'Autorità ricevente. Previsione piuttosto debole, però, se si considera il genere di informazioni che gli Stati contraenti si impegnano a condividere con l'Accordo in esame.

Il Trattato, viceversa, detta una disciplina piuttosto dettagliata in ordine alla riservatezza e alla protezione dei dati dal momento della loro comunicazione alla Parte richiedente. L'art. 11, infatti, dispone che i dati personali ricevuti possono essere conservati dallo Stato richiedente solo per il tempo necessario allo scopo per il quale siano stati forniti. Eventuali dati inesatti sono immediatamente comunicati dalla Parte ricevente perché siano adottate le necessarie misure correttive. Ad ogni modo l'art. 12 introduce le modalità di trattamento dei dati personali acquisiti. Le Parti convengono di utilizzare tali informazioni: a) in riferimento ad indagini "criminali"; b) per prevenire una grave minaccia alla pubblica sicurezza; c) nei procedimenti giudiziari connessi alle indagini di cui alla lettera a); d) per qualsiasi altro scopo, solo previo consenso della Parte che ha concesso i dati. La stessa norma dispone che le Parti non possono comunicare i dati ricevuti a nessuno Stato terzo ovvero organismo internazionale o soggetto privato, senza l'autorizzazione della Parte che li ha forniti.

Permane comunque la possibilità per lo Stato richiesto, anche dopo aver comunicato i dati, di verificare il corretto trattamento. Previa richiesta infatti, la Parte ricevente è tenuta ad informare la Parte tra-

mittente in ordine al trattamento dei dati forniti ed al risultato conseguito (art. 17).

L'art. 15 impegna gli Stati contraenti a predisporre tutte le necessarie misure tecniche utili a tutelare i dati personali dalla distruzione accidentale o illecita, dalla diffusione, dall'alterazione o dall'accesso non autorizzati ovvero da qualsiasi tipo di trattamento non consentito.

L'Accordo, da ultimo, non incide sulle legislazioni interne in tema di informazioni relative alle finalità del trattamento, all'esistenza del diritto di accesso ed eventualmente a quello di rettifica (art. 16). Il principio di trasparenza, che informa la disciplina, può subire delle limitazioni solo qualora la comunicazione all'interessato possa pregiudicare: a) le finalità per le quali sono stati richiesti, trasmessi e trattati i dati; b) indagini o procedimenti giudiziari; c) diritti e libertà di terzi.

\*\*\*

#### RATIFICA DELL'ACCORDO ITALIA-CINA SULLA RECIPROCA ASSISTENZA GIUDIZIARIA PENALE

Anche la proposta di legge C. 5506, che comporta la "Ratifica ed esecuzione del Trattato tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica popolare cinese in materia di reciproca assistenza giudiziaria penale, fatto a Roma il 7 ottobre 2010", al cospetto della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sul finire della XVI Legislatura, sarà verosimilmente ripresa in esame dal nuovo Parlamento.

Il Trattato in esame si inserisce nell'ambito degli strumenti finalizzati all'intensificazione e regolamentazione dei rapporti posti in essere dall'Italia con gli Stati non appartenenti all'Unione europea, così da perseguire l'obiettivo di migliorare e rendere più efficace, nel settore giudiziario penale, il contrasto al fenomeno della criminalità. Nello specifico, esso rappresenta un passo importante nel processo di sviluppo delle relazioni bilaterali italo-cinesi perché consente, nel campo della cooperazione giudiziaria penale, l'attuazione e l'operatività in concreto di una stretta e incisiva collaborazione tra i due Paesi.

L'ampiezza degli obiettivi prefissati si rinviene già nell'art. 1 del Trattato che, letteralmente, "impegna le Parti a prestarsi la più ampia assistenza giudiziaria reciproca in materia penale".

Tale assistenza può riguardare: la notificazione di atti relativi a procedimenti penali; l'assunzione di testimonianze o di dichiarazioni; la ricerca e l'identificazione di persone; l'invio di documenti; l'esecu-

zione di atti di indagine. Ciò che sicuramente, invece, non è oggetto di accordo è specificato dal comma 3 dell'art. 1 e riguarda: l'estradizione di persone; l'esecuzione di sentenze penali; il trasferimento di procedimenti penali.

L'art. 3 del Trattato, peraltro, concede alle Parti la possibilità di non concedere l'assistenza giudiziaria qualora ricorra uno dei presupposti previsti dalla norma stessa. In particolare, l'assistenza può essere rifiutata: nel caso in cui la domanda si riferisce ad una condotta non prevista come reato dalla legge dello Stato richiesto; nel caso di reati di natura politica; se la Parte richiedente ha già promosso o concluso un procedimento penale a carico dello stesso soggetto. Oltre a rifiutare la richiesta, il Trattato concede alle Parti di subordinare l'assistenza a specifiche condizioni. Qualora la Parte richiedente accetti tali condizioni, è tenuta inderogabilmente a rispettarle. In ogni caso, le ragioni del rifiuto devono essere motivate dalla Parte che l'ha opposto.

L'art. 4 del Trattato disciplina forme e contenuti della richiesta di assistenza. Oltre all'autorità procedente, l'atto deve indicare la natura del reato per cui si procede, con le relative norme violate, e la descrizione del fatto oggetto dell'imputazione. A seconda della natura del tipo di assistenza, poi, la richiesta deve contenere tutti quegli elementi descrittivi utili a facilitare l'esecuzione della stessa. Così, ad esempio, nel caso dell'assunzione di una testimonianza, la richiesta deve contenere informazioni sull'identità e sulla residenza della persona da sentire.

Laddove il contenuto della richiesta sia esaustivo e la Parte ritenga di darvi seguito, a norma dell'art. 5, deve farlo immediatamente. La disposizione consente, nel caso in cui ciò non contrasti con la legislazione interna, che l'esecuzione possa avvenire nelle modalità indicate dalla Parte richiedente.

Il successivo art. 6 impone, sia alla Parte richiedente che alla Parte richiesta, di rispettare il principio di riservatezza. Lo Stato richiedente può pertanto utilizzare le informazioni ottenute solo per lo scopo per cui le ha richieste. Al contempo, l'esecuzione dell'atto deve avvenire senza violare la riservatezza dei soggetti coinvolti.

Mentre la prima parte della disciplina detta i principi generali che informano il Trattato, la seconda parte detta la disciplina specifica per ogni atto che può formare oggetto di assistenza.

La prima norma (art. 7) riguarda la notificazione di documenti. Allo scopo la Parte richiesta deve provvedere, secondo la propria legislazione interna, e darne atto in un verbale contenente luogo e data

dell'avvenuta notifica. Qualora non vi riesca, dovrà indicarne i motivi ostativi al richiedente.

L'art. 8 disciplina la trasmissione tra gli Stati contraenti di documenti o atti. La norma prevede la possibilità di trasmettere, ove non sia esplicitamente richiesto l'originale, copie o fotocopie certificate conformi. La certificazione deve rispettare i crismi indicati dalla Parte richiedente così da ritenerla ammissibile ai sensi della legislazione interna.

La norma successiva introduce un limite alla testimonianza: laddove la disciplina interna dello Stato richiesto lo consenta, infatti, il soggetto richiesto e informato almeno sessanta giorni prima può rifiutarsi di sottoporsi all'esame. Allo stesso modo, il soggetto può rifiutarsi qualora la disciplina della Parte richiedente lo consenta e ne sia stata fatta menzione nella richiesta.

Qualora non vi siano motivi per opporre il rifiuto a rendere l'esame, il soggetto deve comparire nel territorio dello Stato richiedente dinanzi all'autorità che ha avanzato la richiesta. Se è detenuto, lo Stato richiesto dispone il trasferimento dello stesso limitatamente, però, al periodo necessario al compimento dell'atto.

L'art. 12 prevede una specifica garanzia per il testimone o il perito per il quale è richiesta la comparizione. Questi, infatti, non può essere perseguito, arrestato o sottoposto ad altra misura privativa della libertà personale dalla Parte richiedente, per fatti precedenti al suo ingresso in quel territorio; allo stesso modo, non può essere costretto a rendere informazioni in procedimenti diversi rispetto a quello indicato nella richiesta.

Le successive norme dettano la normativa in tema di sequestro dei proventi ovvero di cose pertinenti al reato. La Parte richiesta esegue gli accertamenti e le indagini necessarie per provare se sul suo territorio vi siano beni di tale natura, anche eventualmente verificando i conti bancari del soggetto indicato (art. 14) e ne comunica i risultati al richiedente. Una volta rintracciati, sulla base della propria legislazione interna, lo Stato richiesto adotta tutti i provvedimenti necessari a sequestrare prima e a confiscare poi i proventi e le cose pertinenti al reato. Esaurita questa fase, la Parte trasferisce allo Stato richiedente tali beni ovvero le somme conseguite dalla vendita degli stessi.

Il Trattato, però, non limita l'assistenza giudiziaria esclusivamente alle ipotesi espressamente indicate. L'art. 20, infatti, contiene una clausola di chiusura che permette alle Parti contraenti la possibilità di concedersi reciproca assistenza conformemente ad altri accordi internazionali compatibili ovvero alla legislazione nazionale.

## CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Marcello Stellan

## DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO, CONTROESAME

(Corte e.d.u., 26 febbraio 2013, ric. n. 50254/07, *Papadakis c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»*  
Corte e.d.u., 19 febbraio 2013, ric. n. 61800/08, *Gani c. Spagna*)

Le pronunce in commento s'inseriscono a pieno titolo nel filone giurisprudenziale, inaugurato con Corte e.d.u., 20 novembre 1989, ric. n. 11454/85, *Kostovski c. Paesi Bassi*, afferente a quella particolare estrinsecazione del c.d. *fair trial* quale è il diritto di esaminare i testimoni che rendono dichiarazioni a carico dell'imputato.

In *Papadakis c. «l'ex-Repubblica jugoslava di Macedonia»* (Corte e.d.u., 26 febbraio 2013, ric. n. 50254/07) la Corte si è occupata della vicenda di un soggetto di nazionalità greca, tale Lampros Papadakis, il quale era stato riconosciuto colpevole di traffico di sostanze stupefacenti e condannato ad una pena detentiva di dieci anni. A seguito del rigetto, da parte della Suprema Corte nazionale, dell'impugnazione proposta contro la sentenza di condanna, Papadakis si rivolgeva alla Corte di Strasburgo, lamentando l'inosservanza dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. d), della Cedu, posti, rispettivamente, a tutela del diritto ad un processo equo, nonché di quello di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e di ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.

Il ricorrente propone alcune censure afferenti all'iniquinà del procedimento penale cui era stato sottoposto, affermando, peraltro, che la sua colpevolezza era stata dichiarata sulla scorta di elementi conoscitivi ottenuti tramite il ricorso alla c.d. sorveglianza segreta e ad agenti sotto copertura. In particolare, Papadakis eccepisce che né lui, né il suo difensore erano stati posti nelle condizioni di esaminare, in dibattimento, l'agente provocatore che aveva partecipato all'operazione di polizia e che, successivamente, era stato il principale testimone

nel processo a suo carico, celebrato nel giugno del 2006.

Nell'accertare la violazione dell'articolo 6 §§ 1 e 3, lett. d), della Convenzione, la Corte richiama, *in primis*, il principio cardine secondo cui le prove devono essere assunte nella pubblica udienza, alla presenza dell'imputato e, quindi, nel rispetto del contraddittorio tra le parti (§81). Eventuali eccezioni a questo canone – pur essendo ammesse – non devono, tuttavia, compromettere il diritto di difesa: le norme in commento esprimono, infatti, una regola generale laddove prescrivono che l'imputato abbia una possibilità adeguata e sufficiente di confrontarsi con un testimone a carico e di rivolgergli domande, quando rende le sue dichiarazioni, oppure in una fase successiva (cfr. anche Corte e.d.u., 23 aprile 1997, ric. nn. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*).

Nel corso del procedimento in commento – osserva la Corte – erano stati ascoltati come testimoni due agenti coinvolti nell'operazione sotto copertura: le dichiarazioni del primo erano state assunte nel corso delle indagini preliminari e non erano state reiterate in dibattimento; il secondo era stato, invece, esaminato durante il processo, all'udienza del 21 giugno 2006. Il giudice nazionale aveva quindi utilizzato, ai fini della decisione, solamente le dichiarazioni dibattimentali (§ 82).

Benché il compendio conoscitivo posto alla base della sentenza di condanna constasse anche di ulteriori elementi probatori, la Corte ritiene che le dichiarazioni rese dall'agente sotto copertura costituissero la prova decisiva (§83): tale è quella che, per la sua importanza, riesce a determinare l'esito della decisione (in tal senso, Corte e.d.u., 15 dicembre 2011, Grande Camera, ric. nn. 26766/05, 22228/06, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*). Non c'erano, infatti, altre prove che confermassero il coinvolgimento del ricorrente nel reato; su tali risultanze il giudice di merito, del resto, si era basato per stabilire

il luogo, il tempo e il modo in cui il delitto era stato commesso.

Il testimone era stato escusso alla sola presenza del giudice e del pubblico ministero. Il ricorrente ed i suoi difensori non avevano partecipato all'esame, che aveva avuto luogo in una stanza speciale, separata dall'aula d'udienza: essi non erano, quindi, in grado di vedere il teste, né di ascoltare le dichiarazioni da costui rese. Non era stato, dunque, possibile osservare il suo comportamento, né valutare l'attendibilità della sua deposizione (§ 86).

L'imputato e i suoi difensori, quindi, non sono stati posti nelle condizioni di confrontarsi con il testimone e di rivolgergli direttamente domande, pur avendo desiderato farlo (§87). Non vale, del resto, a smentire tale assunto la circostanza che il giudice avesse concesso ai difensori un'ora di tempo per esaminare la trascrizione delle dichiarazioni rese e preparare delle domande da sottoporre – *per iscritto* – al teste: detto termine non può essere considerato, infatti, adeguato al fine di consentire al ricorrente di valutare in maniera appropriata le risultanze della prova testimoniale e di sviluppare una strategia praticabile ai fini della propria difesa (cfr., sul punto, anche Corte e.d.u., 15 novembre 2007, ric. n. 26986/03, *Galstyan c. Armenia*). L'imputato – afferma la Corte – non ha potuto efficacemente confutare l'attendibilità di quella testimonianza che avrebbe costituito la prova decisiva a suo carico (§89).

Sempre sugli stessi temi volge la decisione *Gani c. Spagna* (Corte e.d.u., 19 febbraio 2013, ric. n. 61800/08), con la quale la Corte ha, invece, escluso che fosse avvenuta una violazione dei medesimi parametri convenzionali. Pur muovendo da considerazioni analoghe a quelle già esaminate nella susseguente pronuncia, la Corte, in questa sede, ha ulteriormente specificato le proprie tesi, in riferimento alle circostanze del caso concreto.

La vicenda concerne la c.d. prova dichiarativa debole: si tratta di una nozione elaborata con riguardo all'ipotesi in cui il teste, a causa delle condizioni di salute o dell'età, rischi di subire un trauma c.d. da processo – per aver rivissuto un evento scioccante – tale da compromettere non solo il suo equilibrio o sviluppo psicofisico, ma anche la genuinità del patrimonio conoscitivo.

Il ricorrente, nel caso di specie, era stato condannato per diversi reati, tra cui si annoverano il sequestro di persona e la violenza sessuale ai danni dell'ex compagna. Adita la Corte, egli si duole di non essere stato posto nelle idonee condizioni d'interrogare la vittima, unica testimone diretta dei fatti. L'escussione della persona offesa, nel corso del processo, era stata, infatti, interrotta a causa del sopraggiungere

di un forte stress post traumatico, successivamente confermato da esperti medici: alla luce di tale circostanza, i giudici nazionali, invece della *cross examination*, avevano disposto la lettura delle dichiarazioni predibattimentali.

Richiamati i principi già esposti con riguardo alla precedente decisione (§ 38), la Corte ribadisce che, laddove una condanna si basi esclusivamente sulle asserzioni rese da un soggetto che l'imputato non ha avuto la possibilità di esaminare o di fare esaminare – nel corso delle indagini o durante il processo – i diritti difensivi appaiono limitati in modo incompatibile con le garanzie di cui all'art. 6 della Convenzione (così, ad esempio, Corte e.d.u., 27 febbraio 2001, ric. n. 33354/96, *Lucà c. Italia*).

Tale questione – chiosa la Corte – si configura soprattutto in tre ipotesi (§ 40): laddove vengano escussi i c.d. testi anonimi, la cui identità viene celata al fine di proteggere costoro da intimidazioni o da rischi di ritorsioni (cfr. Corte e.d.u., 26 marzo 1996, ric. n. 20524/92, *Doorson c. Paesi Bassi*); qualora siano impiegate dichiarazioni di un soggetto che non si presenti innanzi al tribunale per rendere testimonianza, a causa di morte, irreperibilità o rifiuto di comparire per timore o per qualche altro motivo (sul punto, Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, ric. n. 34896/97, *Craxi c. Italia*); nei casi in cui, infine, i testi invocano, a proprio favore, le garanzie contro l'autoincriminatione (così, Corte e.d.u., 10 luglio 2012, ric. n. 29353/06, *Vidgen c. Paesi Bassi*).

Secondo i Giudici strasburghesi, tuttavia, nel valutare l'equità complessiva del procedimento penale, i principi suesposti non devono essere applicati in maniera inflessibile: nel corso di tale operazione vengono, infatti, bilanciati i diritti – tra loro contrapposti – dell'imputato, della vittima, dei testimoni, nonché l'interesse – di rango pubblicistico – ad un'efficace amministrazione della giustizia.

Non si ravvisa, quindi, necessariamente, una violazione dell'art. 6 della Convenzione, laddove la condanna si basi esclusivamente, o in modo decisivo, su conoscenze fornite da testimoni assenti, o che la difesa non aveva potuto controesaminare: in quest'evenienza, tuttavia, è necessario sottoporre il procedimento ad un più attento scrutinio (§ 42). Quel che occorre, in simili ipotesi, è la sussistenza di presidi atti a controbilanciare i rischi che derivano dall'ammissione e dall'utilizzo di prove siffatte: tali sono, senz'altro, la presenza di significative garanzie processuali, nonché di misure idonee a consentire una valutazione equa e corretta delle conoscenze inferibili da tali elementi. Queste cautele permetterebbero, in tal modo, di addivenire ad una condanna sulla scorta di dati conoscitivi così caratterizzati

solo laddove questi ultimi siano sufficientemente affidabili, attesa la loro importanza nel caso concreto (così, la già citata Corte e.d.u., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*).

Con riferimento alla vicenda in esame, la Corte rileva che le dichiarazioni rese dalla vittima nella fase d'indagine hanno costituito l'unica prova diretta, o decisiva, della colpevolezza dell'imputato per i fatti accaduti nel momento in cui i due si trovavano soli (§ 43). Gli avvenimenti oggetto d'imputazione si snodano, infatti, essenzialmente attorno a due episodi. In un primo momento il ricorrente si sarebbe presentato a casa della vittima, intimando a costei – dietro minacce – di lasciargli vedere il figlio: in quella sede egli avrebbe, altresì, arrecato danni all'automobile di un amico della donna. Due giorni dopo, l'aggressore avrebbe fatto irruzione, attraverso una finestra, nella casa dell'ex consorte: lì avrebbe tenuto sotto sequestro per tre ore quest'ultima ed il suo amico, usando violenza e cagionando loro lesioni. La vittima sarebbe stata, poi, caricata a forza in un'automobile e condotta in un appartamento, ove il ricorrente l'avrebbe violentata e costretta a telefonare al proprio amico per dare a costui istruzioni sul luogo in cui portare il figlio (§ 13). Le uniche condanne per cui si pone una questione di rispetto dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. d, della Convenzione e.d.u., sono, dunque, quelle che concernono i delitti di lesioni personali e di violenza sessuale ai danni dell'ex compagna: il giudizio di colpevolezza relativo a tali accadimenti si regge, infatti, unicamente sulle dichiarazioni unilaterali della vittima (§ 46).

La Corte di Strasburgo, tuttavia, rileva che, durante la fase d'indagine, era stata offerta la possibilità all'istante di rivolgere domande al teste, innanzi al giudice: il difensore, tuttavia, non aveva partecipato all'udienza senza fornire giustificazioni (§ 44). A ciò si aggiunga che l'autorità giudiziaria di merito aveva valutato le dichiarazioni della vittima con sufficiente circospezione. Innanzi al giudice era stata, infatti, data lettura dei verbali concernenti le dichiarazioni della persona offesa: l'imputato aveva potuto contestarne la veridicità e fornire la propria versione dei fatti, risultata debole ed inconsistente. Il racconto reso dal teste durante la fase d'indagine era apparso, invece, logico, sufficientemente dettagliato, coerente con la seppur incompleta deposizione assunta in dibattimento e supportato da prove indirette quali, ad esempio, la documentazione medica e la circostanza che, dopo esser stata liberata, la vittima indossasse abiti appartenenti all'aggressore (§ 48).

Sembra opportuno volgere, infine, lo sguardo al noto precedente *A.M. c. Italia* (Corte e.d.u., 14

dicembre 1999, ric. n. 37019/97). Le pronunce che si annotano si pongono su coordinate analoghe a quelle tracciate dai Giudici europei al termine della vicenda concernente un cittadino italiano dichiarato colpevole di un delitto sessuale ai danni di un minore statunitense. In quella sede, la Corte aveva, infatti, riscontrato una violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. d), della Convenzione, poiché la condanna del ricorrente – oltre che sulla denuncia presentata dall'offeso all'autorità statunitense – si basava unicamente sulle dichiarazioni dei genitori e del medico curante la vittima, assunte tramite rogatoria internazionale, in assenza dei difensori dell'imputato. Non essendo stato possibile ottenere la presenza dei testi al dibattimento, il collegio aveva disposto la lettura delle loro dichiarazioni, ai sensi dell'art. 512 *bis*, c.p.p.: i Giudici di Strasburgo avevano, pertanto, affermato che al ricorrente non era stata assicurata un'adeguata possibilità di contrastare le dichiarazioni accusatorie su cui si era basata la propria condanna.

DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO, APPELLO CONTRO UNA SENTENZA ASSOLUTORIA, RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE  
(Corte e.d.u., 5 marzo 2013, ric. n. 36605/05, *Manolachi c. Romania*)

La Corte di Strasburgo ha condannato la Romania per violazione del diritto ad un equo processo (art. 6 della Convenzione), a causa del diniego ad un imputato – assolto in primo grado del reato a lui ascritto – della possibilità di essere sentito nel giudizio d'appello e per aver deciso il merito dell'impugnazione senza aver prima disposto la riassunzione delle prove dichiarative.

Si considerino brevemente i fatti. Il ricorrente, Sig. Petrica Manolachi è un cittadino rumeno accusato di aver partecipato ad una rapina in data 18 aprile 2002. Rinvitato a giudizio con l'accusa di avere partecipato alla realizzazione del delitto *de quo*, il ricorrente veniva assolto, al termine dell'istruttoria dibattimentale, alla luce del principio *in dubio pro reo* (§ 15).

Il pubblico ministero proponeva, quindi, impugnazione contro la sentenza di primo grado. La Corte d'appello aveva ascoltato le osservazioni proposte dalla difesa del Sig. Manolachi, ma non aveva disposto l'esame dell'imputato: quest'ultimo aveva potuto prendere la parola solamente al termine del giudizio per dichiarare la propria innocenza. Non si procedeva nemmeno all'audizione dei testi che avevano reso dichiarazioni innanzi al pubblico ministero e al giudice di primo grado. Il giudice di seconda istanza annullava, quindi, la sentenza d'assoluzio-

ne, condannando l'imputato a cinque anni di reclusione per concorso in rapina: ciò avveniva senza che fossero assunti nuovi elementi di prova ma, esclusivamente, sulla scorta di una diversa lettura dei dati presenti nel fascicolo (§ 18).

Le norme del codice di procedura penale rumeno, all'epoca in vigore, ammettevano che il giudice d'appello non fosse tenuto ad emettere un nuovo giudizio sul merito della regiudicanda, pur riconoscendo ad esso una facoltà in tal senso (§§ 32-45).

Le problematiche che la giurisdizione di seconda istanza ha dovuto affrontare al fine di decidere sulla colpevolezza dell'imputato – chiosa la Corte (§ 45) – gravitano essenzialmente attorno alla c.d. *questio facti*: tale circostanza avrebbe, del resto, giustificato l'audizione dell'imputato stesso, condannato per la prima volta in quella sede. La Corte d'appello non ha nemmeno rinnovato l'assunzione delle prove testimoniali, avvalendosi, ai fini della decisione, delle dichiarazioni rese in precedenza, alcune delle quali erano state oggetto di ritrattazione nel corso del dibattimento di primo grado.

Il nodo gordiano che il giudice dell'impugnazione ha dovuto sciogliere concerneva la presenza del ricorrente sulla scena del delitto: si trattava di un elemento fattuale decisivo ai fini del vaglio della colpevolezza di costui (§ 47). L'imputato è stato, quindi, condannato in appello sulla scorta di quel medesimo compendio probatorio che aveva indotto il giudice di primo grado a dubitare circa la fondatezza dell'imputazione e ad emettere una sentenza di proscioglimento. La scelta di non ascoltare i testimoni e l'imputato prima di decidere in ordine alla colpevolezza di quest'ultimo ha, pertanto, ridotto sensibilmente i diritti difensivi al medesimo spettanti (§ 48).

La giurisprudenza strasburghese insegna, infatti, che la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone, in presenza di un giudice chiamato a pronunciarsi in ultima istanza sull'imputazione, è una garanzia dell'equità del processo, nella misura in cui la valutazione giudiziale del comportamento e della credibilità del testimone stesso possa determinare delle conseguenze sulla decisione (così la sentenza *de qua* al § 49; cfr. anche, *mutatis mutandis*, Corte e.d.u., 9 marzo 2004, ric. n. 30508/96, *Pitkänen c. Finlandia*). In particolare, la Corte europea sottolinea che i giudici dell'impugnazione sono tenuti a prendere d'ufficio iniziative in tal senso, anche laddove l'imputato non le avesse sollecitate (così la sentenza che si annota al § 50; in termini analoghi, cfr. Corte e.d.u., 8 marzo 2007, n. 53897/00, *Danila c. Romania*; Corte e.d.u., 26 giugno 2012, ric. n. 26082/05, *Găitânanu c. Romania*).

#### NULLA POENA SINE LEGE

(Corte e.d.u., 22 gennaio 2013, ric. n. 42931/10, *Camilleri c. Malta*)

Corte e.d.u., 14 marzo 2013, ric. nn. 26261/05 and 26377/06, *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*)

Giova soffermarsi su due casi che hanno fornito ai Giudici strasburghesi l'occasione di pronunciarsi in ordine al rispetto del canone *nulla poena sine lege*, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea.

La decisione più risalente, *Camilleri c. Malta* (Corte e.d.u., 22 gennaio 2013, ric. n. 42931/10), ha ravvisato la violazione del principio in commento, avendo riguardo alle modalità con cui, nell'ordinamento maltese, in relazione ai delitti legati agli stupefacenti, viene individuato il giudice competente a conoscere la regiudicanda. Tale scelta determina, infatti, una variazione del compasso edittale di riferimento per il delitto oggetto d'imputazione.

Il Sig. John Camilleri era stato, appunto, condannato, per la detenzione di 953 pasticche di *ecstasy*, ad una pena detentiva pari a quindici anni e ad una sanzione pecuniaria.

Adita la Corte europea, il ricorrente lamenta che la disciplina maltese in materia di droga attribuisce al Procuratore generale il potere discrezionale di trarre a giudizio un individuo – imputato per siffatti delitti – innanzi tanto alla Corte dei Magistrati quanto alla Corte Penale. La pena irrogabile per il reato in oggetto varia a seconda dell'organo giurisdizionale chiamato a pronunciarsi: da quattro anni all'ergastolo – laddove a giudicare sia la Corte Penale – e da sei mesi a dieci anni, qualora l'imputato sia rinviato a giudizio di fronte alla Corte dei Magistrati.

I Giudici di Strasburgo muovono dall'esegesi della norma ormai consolidata in seno alla giurisprudenza europea: la *ratio* dell'art. 7 è quella di fornire una salvaguardia innanzi al rischio di accuse, condanne e pene arbitrarie (*ex plurimis*, Corte e.d.u., 22 novembre 1995, ric. n. 20190/92, *S.W. v. the United Kingdom*; Corte e.d.u., 22 novembre 1995, ric. n. 20166/92, *C.R. v. the United Kingdom*). Da tale disposizione è, infatti, possibile trarre il principio secondo cui solo la legge può qualificare un fatto come reato e comminare la relativa pena. I reati e le sanzioni devono essere, quindi, definiti in termini tassativi (§ 34): questa condizione è soddisfatta solamente qualora i consociati, dalla lettura di una disposizione legislativa – e, se necessario, con l'ausilio dell'interpretazione giurisprudenziale – siano posti nelle condizioni di apprendere quali condotte siano vietate dalla legge e quale sia la pena irrogabile per ciascuna delle azioni od omissioni ivi previste (cfr.

## CORTI EUROPEE

Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Grande Camera, ric. n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*).

Ciò posto, si pone la necessità di verificare se la legge maltese rispetti tali requisiti di comprensibilità e prevedibilità, avendo riguardo ai criteri con cui la giurisdizione viene in concreto determinata, giacché tale scelta si riflette sulla pena irrogabile (§ 40).

Nel caso in oggetto, l'imputato aveva potuto apprendere quale sarebbe stata la cornice edittale cui il giudice avrebbe fatto riferimento, in caso di condanna, solamente a seguito del suo rinvio a giudizio.

Secondo la Corte, non vi sono nemmeno elementi per comprendere quali siano stati i criteri sulla cui scorta la pubblica accusa abbia scelto la giurisdizione da adire: nessun canone è mai stato specificato in alcun testo legislativo né è mai stato oggetto di qualsivoglia chiarimento giudiziario. Il margine discrezionale che la legge maltese attribuisce al Procuratore generale dà luogo, quindi, a determinazioni soggettive che lasciano spazio all'arbitrarietà, soprattutto a causa della mancanza di garanzie procedurali (43).

La vicenda oggetto della decisione successiva, (Corte e.d.u., 14 marzo 2013, ric. nn. 26261/05 and 26377/06, *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*) trae, invece, origine dai ricorsi presentati da un cittadino uzbeko e da uno russo, entrambi condannati per l'appartenenza all'organizzazione islamico-radical *Hizb ut-Tahir*, messa al bando dalla Corte suprema russa.

Tra le varie doglianze sottoposte allo scrutinio della Corte, i ricorrenti eccepiscono che la pronuncia con cui il giudice nazionale aveva qualificato la consorteria di appartenenza quale organizzazione terroristica non era stata ancora pubblicata all'epoca dei fatti loro attribuiti. In ragione di ciò, le norme di legge su cui si era basata la sentenza di condanna sarebbero state sfornite del requisito della prevedibilità, quanto alla loro applicazione.

Ribaditi i principi suesposti, i Giudici di Strasburgo precisano che la portata dell'art. 7 della convenzione si estende al di là del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, giacché preclude, altresì, l'applicazione analogica della legge stessa (§ 77).

Considerato, tuttavia, che le norme devono avere una portata generale, la formulazione delle disposizioni – chiosa la Corte – non è sempre precisa: la tecnica redazionale che generalmente ricorre predilige, infatti, il ricorso a categorie generali, in luogo di dettagliate elencazioni. Ciò significa che le leggi assai spesso sono redatte in termini più o meno vaghi e che la parafrasi e l'applicazione delle medesime dipende dal caso concreto. Conseguentemente, in qualsiasi ordinamento giuridico, quantunque una previsione normativa – anche penale – possa essere

formulata in termini cristallini, vi sarà sempre una componente d'ermeneutica giurisprudenziale. L'articolo 7 della Convenzione, infatti, non esclude che il contenuto delle norme penali possa essere oggetto di chiarimenti grazie all'applicazione giurisprudenziale casistica, purché il risultato dell'esegesi sia coerente con la *ratio* dell'incriminazione e sia ragionevolmente prevedibile (§ 78).

Alla luce di tali premesse, la Corte esclude che il procedimento a carico del primo ricorrente abbia violato il principio suddetto. Costui era stato, infatti, condannato per incitamento a partecipare alle attività di un'organizzazione terroristica e per aver fondato un'associazione a delinquere (§ 81): i caratteri distintivi di tali delitti sono dettagliatamente descritti dal combinato disposto del codice penale e delle leggi speciali. La condanna per tali fattispecie criminose – afferma la Corte – non è quindi subordinata alla previa declaratoria, da parte di una giurisdizione, del carattere terroristico o delinquenziale di una data associazione (§ 84).

Il secondo ricorrente, invece, oltre che per il delitto d'incitamento, aveva riportato una condanna per essere stato fondatore e membro di un'associazione estremista: requisito oggettivo di tale fattispecie è che l'organizzazione sia stata precedentemente sciolta o vietata, con sentenza definitiva, a causa delle sue attività (§ 90).

La Corte rileva che la decisione di cui trattasi non è mai stata ufficialmente pubblicata; la lista delle organizzazioni messe al bando, inoltre, era stata divulgata solo successivamente all'epoca dei fatti; né, del resto – chiosano i Giudici strasburghesi – la risonanza che tale pronuncia ha avuto in seno ai *mass media* è suscettibile di sostituire la pubblicazione del testo o, quantomeno, del dispositivo della medesima. Poiché «solo una pubblicazione promanante da una fonte ufficiale può fornire un'indicazione adeguata ed affidabile delle norme giuridiche vigenti in un determinato caso» (§ 92), la Corte afferma che il ricorrente non era in grado di prevedere che la partecipazione all'organizzazione l'avrebbe reso responsabile del delitto *de quo* (§ 93). Limitatamente a questo capo d'imputazione, la condanna si rivela, quindi, incompatibile con il principio di cui all'art. 7 della Convenzione.

## UMANITÀ DELLE PENE, DIVIETO DI TORTURA

(Corte e.d.u., 29 gennaio 2013, ric. n.36276/10, *Cirillo c. Italia*)

Dopo la nota pronuncia *Torreggiani e altri c. Italia* (Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09,

46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), già esaminata in questa rivista, l'Italia torna ad essere oggetto d'attenzione, da parte della Corte di Strasburgo, per una problematica concernente la detenzione carceraria.

Il Sig. Bruno Cirillo, recluso presso il carcere di Foggia, soffre di una paralisi subtotale del plesso brachiale sinistro, accompagnata da una grave limitazione funzionale, causata da un colpo d'arma da fuoco. Oltre a ciò, egli è affetto da disturbi ansiosi e depressivi.

Adita la Corte, il ricorrente lamenta che, nonostante i medici gli avessero prescritto di seguire sessioni giornaliere di fisioterapia, egli ha potuto accedere a tali cure solo in maniera sporadica ed inefficace: ciò ha determinato un graduale deterioramento delle sue condizioni fisiche.

Il tribunale di sorveglianza di Bari, del resto, aveva affermato che le condizioni di salute del Sig. Cirillo erano compatibili con la detenzione, purché gli fosse assicurato l'accesso alle cure necessarie. Nonostante l'amministrazione penitenziaria fosse stata invitata a valutare l'opportunità di un trasferimento presso una struttura che garantisse la fruizione di regolari trattamenti terapeutici, il detenuto non era mai stato trasferito, né l'assistenza fornita dal carcere foggiano era migliorata (§ 30).

Chiamati a pronunciarsi in ordine alla violazione dell'art. 3 della Convenzione, i Giudici europei ricordano che tale norma pone in capo agli Stati membri l'obbligo positivo di garantire che le persone private della libertà personale siano detenute in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana e che le modalità d'esecuzione delle pene non determinino un disagio o una difficoltà superiori a quel livello inevitabile di afflizione già intrinseco alla detenzione stessa (§ 35). Salve, quindi, le esigenze pratiche della carcerazione, la salute ed il benessere dei reclusi devono essere assicurati in maniera adeguata, soprattutto per quel che attiene alla somministrazione delle terapie eventualmente necessarie (cfr., sul punto, Corte e.d.u., 26 ottobre 2000, *Grande Camera*, ric. n. 30210/96, *Kudła c. Polonia*; Corte e.d.u., 11 luglio 2006, ric. n. 33834/03, *Rivière c. Francia*).

Le condizioni detentive di una persona malata devono garantire la tutela della salute di costei (§ 36): se, da un lato, non è possibile sancire, in capo agli Stati membri, un obbligo generalizzato di restituire la libertà al detenuto, o di trasferirlo presso un ospedale civile, anche nel caso di malattia difficilmente curabile (cfr., 14 novembre 2002, ric. n. 67263/01, *Mouisel c. Francia*), la norma in esame,

tuttavia, prescrive la tutela dell'integrità fisica delle persone ristrette.

La mancanza di cure mediche adeguate rende, quindi, la carcerazione contraria all'art. 3 della Convenzione (*ex plurimis*, Corte e.d.u., 10 febbraio 2004, ric. n. 42023/98, *Gennadiy Naumenko c. Ucraina*): in particolare, l'accuratezza e la frequenza con cui l'assistenza medica è fornita costituiscono dei parametri di valutazione quanto alla compatibilità del trattamento penitenziario rispetto alle esigenze di cui all'art. 3 della Convenzione (§ 37).

Date le circostanze del caso, la Corte afferma che le autorità non hanno adempiuto all'obbligo di assicurare al ricorrente l'assistenza medica di cui egli necessitava: si è quindi verificata una violazione dell'art. 3.

Occorre, infine, evidenziare un interessante *obiter dictum*. In risposta alla tesi, esposta dal Governo, secondo cui spetterebbe al ricorrente indicare i periodi in cui egli non ha avuto accesso alle cure mediche e che lo Stato non è tenuto a difendersi da doglianze formulate in maniera imprecisa, la Corte afferma che la procedura prevista dalla Convenzione europea non sempre si presta ad una rigorosa applicazione del principio *adfirmanti incumbit probatio* (§ 42): laddove il Governo, infatti, senza addurre una giustificazione soddisfacente, si astenga dal fornire informazioni – di cui esso sia il solo a disporre – suscettibili di smentire le dichiarazioni del ricorrente, è allora possibile propendere per la fondatezza delle allegazioni proposte da quest'ultimo (così, Corte e.d.u., 6 aprile 2004, ric. n. 21689/93, *Ahmet Özkan e altri c. Turquia*; Corte e.d.u., 12 aprile 2011, ric. n. 56664/08, *Flamânzeanu c. Romania*).

#### MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

(*C. giust. UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*)

I giudici di Lussemburgo si sono pronunciati a conclusione di un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, del Consiglio dell'Unione europea, del 13 giugno 2002 – relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri – nella veste da questa assunta a seguito delle modifiche apportate dalla successiva decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, datata 26 febbraio 2009.

Si volga rapidamente lo sguardo alla vicenda. Il 21 giugno 2000 il Tribunale di Ferrara condannava, in contumacia, Stefano Melloni, alla pena di dieci anni di reclusione, per il reato di bancarotta fraudo-

## CORTI EUROPEE

lenta. La sentenza veniva confermata in appello. Il 7 giugno 2004, la quinta sezione penale della Corte Suprema di Cassazione respingeva, infine, il ricorso proposto dai difensori dell'imputato. In data 8 giugno 2004, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Bologna emetteva un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione della suddetta pronuncia (§ 14).

Il Sig. Melloni veniva, quindi, arrestato dalla polizia spagnola in data 1 agosto 2008. Il 12 settembre dello stesso anno, l'*Audiencia Nacional* autorizzava, con ordinanza, la consegna del condannato alle autorità italiane (§17). Contro tale decisione, il Sig. Melloni proponeva un ricorso di costituzionalità innanzi al *Tribunal Constitucional*, lamentando una violazione «indiretta» dei requisiti posti alla base del diritto ad un processo equo, sancito dall'art. 24, paragrafo 2, della Costituzione spagnola.

In data 1° marzo 2011, la seduta plenaria del *Tribunal Constitucional* decideva di esaminare tale ricorso, dopo averlo dichiarato ricevibile ed aver disposto la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza del 12 settembre 2008.

Detto organo giurisdizionale, del resto, aveva già ritenuto applicabile alla procedura istituita con la decisione quadro 2002/584 il principio secondo cui costituisce una violazione indiretta dei requisiti essenziali dell'equo processo, ai sensi della Costituzione spagnola, la decisione di concedere l'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerino legittime le condanne pronunciate *in absentia*, senza che la consegna del condannato venga subordinata alla possibilità, per costui, d'impugnare tali sentenze per tutelare i propri diritti difensivi (§ 20).

Secondo il giudice costituzionale spagnolo, si ponevano, tuttavia, delle problematiche a causa delle modifiche che la decisione quadro 2009/299 aveva apportato alla precedente decisione 2002/584 (§ 23). Detto provvedimento aveva, infatti, soppresso l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro più risalente. Questa norma contemplava la facoltà, per lo stato d'esecuzione, di subordinare la consegna di un soggetto – condannato *in absentia* e che non fosse stato citato personalmente, né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza – alla possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presente al giudizio. La decisione quadro 2009/299 aveva, altresì, introdotto, in seno al precedente provvedimento, un articolo 4 *bis* che preclude il rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, tra le varie ipotesi, anche laddove risulti che l'interessato, pur non essendo comparso personalmente al processo, fosse stato al corrente della data fissata per l'udienza, avesse conferito un

mandato ad un difensore – nominato dall'interessato o dallo Stato – e fosse stato effettivamente rappresentato in giudizio da costui. Sul punto, la dottrina ha avuto modo di precisare che il legislatore europeo ha inteso attribuire rilievo alla scelta – volontaria e consapevole – dell'imputato di non partecipare al processo e di farsi rappresentare da un difensore: non rileva, quindi, ai fini della preclusione del rifiuto, il mero intervento di un difensore d'ufficio.

La vicenda in oggetto sembrava riconducibile a tale previsione: il Sig. Melloni aveva nominato due difensori di fiducia cui il Tribunale di Ferrara aveva notificato la futura celebrazione del processo; egli era quindi a conoscenza tanto del procedimento a suo carico quanto della c.d. *vocatio in iudicium*. Il *Tribunal Constitucional* aveva, quindi, deciso di sospendere il procedimento e di adire, in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, formulando un triplice quesito (§ 26).

Veniva, infatti, chiesto, *in primis*, se l'art. 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, nella sua attuale versione, dovesse essere interpretato nel senso che esso impedisca all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di subordinare, nei casi indicati dalla disposizione stessa, la consegna dell'interessato alla possibilità di ottenere la revisione della sentenza di condanna pronunciata *in absentia*. In caso di soluzione affermativa, si chiedeva se detta norma fosse stata compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché con i diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della medesima Carta. In caso di positivo responso, veniva, infine, chiesto se l'articolo 53 della Carta – il quale, per quel che rileva in questa sede, vieta che le disposizioni della Carta stessa possano essere interpretate come limitative o lesive dei diritti e delle libertà sancite dalle costituzioni degli Stati membri – interpretato sistematicamente in relazione ai diritti sanciti dai già citati articoli 47 e 48, consentisse di subordinare la consegna di un soggetto, condannato *in absentia*, alla condizione che la sentenza potesse essere riesaminata nello Stato richiedente. Quest'esegesi avrebbe assicurato ai diritti in esame un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea: in tal modo sarebbe stato scongiurato, altresì, il rischio di fornire un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale, sancito dalla Costituzione dello Stato richiesto.

Ritenuta la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunal Constitucional*, la Corte di Giustizia risponde affermativamente

alla prima questione. Dalla lettera dell'art. 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro in esame, nota la Corte di Giustizia, si evince la possibilità per gli Stati membri di astenersi dal dare esecuzione ad un mandato d'arresto europeo, laddove l'interessato non sia comparso personalmente al processo. Detta facoltà incontra, tuttavia, quattro eccezioni che precludono il rifiuto dell'esecuzione del mandato: da ciò, afferma la Corte, deriva che la disposizione in esame impedisce all'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi ivi contemplati, di subordinare la consegna di una persona, condannata *in absentia*, alla possibilità di ottenere la revisione della sentenza di condanna (§40). Come ha del resto sottolineato l'avvocato generale nelle proprie conclusioni (§§ 65,70), il legislatore dell'Unione europea ha voluto prevedere in maniera esaustiva le fattispecie in cui l'esecuzione di un mandato d'arresto, emesso in relazione ad una decisione pronunciata *in absentia*, deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa: si tratta di una scelta che si rivela incompatibile rispetto alla soluzione proposta dal giudice rimettente.

Quanto al secondo quesito, la Corte di Giustizia ha sottolineato che, quantunque il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo sia essenziale ai fini dell'equità del medesimo, tale diritto non è assoluto: l'imputato, infatti, può rinunciare ad esso di sua spontanea volontà, purché tale intento risulti in modo inequivocabile, sia accompagnato da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità e non contrasti con un interesse pubblico importante. Deve essere, quindi, esclusa la violazione del diritto ad un equo processo qualora l'imputato, pur non essendo comparso personalmente, sia stato informato della data e del luogo del processo o sia stato assistito da un difensore nominato a tal fine (§ 49). Siffatte ipotesi sono, del resto, contemplate dalle lettere *a)* e *b)* dell'articolo 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 che stabilisce, quindi, i presupposti in presenza dei quali si ritiene che l'interessato abbia volontariamente rinunciato a comparire nel

processo a suo carico. Da ciò deriva, pertanto, che la norma in commento non si pone in contrasto né rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né rispetto ai diritti della difesa, garantiti, rispettivamente, dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta (§ 53).

Giunta all'ultima questione, la Corte di Giustizia afferma che non può essere condivisa l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione europea, proposta dal giudice che ha sollevato il rinvio pregiudiziale. Siffatta ermeneutica, nota la Corte, contrasterebbe col principio del primato del diritto dell'Unione europea, giacché permetterebbe ad uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato (§ 58). Nel caso di specie, tale impostazione permetterebbe agli Stati membri di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo – emesso in relazione ad una decisione pronunciata *in absentia* – a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali, riconosciuti dalle proprie Costituzioni, anche laddove il rispetto di tali requisiti non fosse autorizzato dall'articolo 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584. Il principio del primato del diritto dell'Unione europea preclude, del resto, che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, al fine di sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel proprio territorio. La soluzione proposta dal giudice rimettente comprometterebbe, invero, l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali, definito dalla decisione quadro in commento, determinando, altresì, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che la stessa mira a rafforzare. Tale eventualità determinerebbe, quindi, in ultima analisi, un pregiudizio per l'effettività della decisione quadro stessa (§ 63).

## CORTE COSTITUZIONALE

di Angela Procaccino

SPOSTAMENTO DELLA COMPETENZA DETERMINATA DA CONNESSIONE TELEOLOGICA E NECESSITÀ DEL REQUISITO DELL'IDENTITÀ DEGLI AUTORI DI REATO MEZZO E REATO FINE

(C. cost., sent. 1° febbraio 2013, n. 21)

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale della disposizione combinata degli articoli 12, comma 1, lett. c), e 16 c.p.p., sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 25 Cost., nella parte in cui – secondo l'interpretazione accolta dal giudice rimettente – prevede che, in caso di connessione teleologica, la competenza spetta per tutti i reati e nei confronti di tutti gli imputati al giudice del luogo in cui è stato commesso il reato più grave, anche se di questo non debbano rispondere tutti gli imputati del reato meno grave.

In effetti giova ricordare come l'ambito di operatività dell'ipotesi di connessione di procedimenti delineata dalla lett. c) dell'art. 12 c.p.p., nella sua versione originaria, fosse differente, poiché la norma prevedeva che vi era connessione di procedimenti «se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare altri» (cosiddetta connessione teleologica). Tale formula d'esordio («se una persona») non lasciava dubbi sul fatto che il nesso teleologico fosse idoneo a determinare spostamenti della competenza per materia o per territorio, nei termini delineati dagli artt. 15 e 16 c.p.p., solo con riguardo a reati ascrivibili alla stessa o alle stesse persone.

La disposizione è stata, poi, oggetto di due successive modifiche: la prima operata con il d.l. 20 novembre 1991, n. 367 («*Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*»), conv., con modificazioni, nella l. 20 gennaio 1992, n. 8, il cui art. 1, per un verso, sopprimeva l'esplicito riferimento all'identità dell'autore dei fatti in connessione, sostituendolo con una locuzione impersonale («se dei reati per cui si procede») e, per altro verso,

ampliava i legami tra reati rilevanti, aggiungendovi la cosiddetta connessione occasionale (reati commessi in occasione di altri) e ulteriori profili finalistici (la finalità di conseguimento, anche per «altri», del profitto, del prezzo, del prodotto o dell'impunità rispetto ad altri reati).

La seconda modifica, intervenuta a distanza di un decennio, ad opera della l. 1° marzo 2001, n. 63 («*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*»), espungeva in senso regressivo il riferimento alla connessione occasionale e ai profili finalistici introdotti nel 1991, senza tuttavia ripristinare la formula evocativa dell'esigenza che i reati fossero realizzati dalla stessa persona. La norma, pertanto, stabilisce attualmente, che vi è connessione «se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri».

In sostanza, per quanto rileva ai fini della q.l.c. proposta, a partire dal 1991, la legge non richiede più, almeno a livello testuale, che l'autore del reato-mezzo corrisponda a quello del reato-fine. Ciò, a differenza di quanto avviene per le ipotesi di concorso formale e di continuazione fra reati, riguardo alle quali l'art. 12, comma 1, lett. b) c.p.p. – anche dopo la modifica operata dal citato decreto-legge n. 367 del 1991 – continua a fare uso della primigenia espressione «se una persona».

La Corte costituzionale, peraltro, ha avuto modo di ricordare come l'orientamento della giurisprudenza di legittimità maggioritario formatosi all'indomani della riforma del 1991 e confermato pure di recente (da ultimo, Cass., 29 febbraio 2012-5 marzo 2012, n. 8552), abbia ritenuto che l'identità tra gli autori del reato-mezzo e gli autori del reato-fine resti una condizione imprescindibile per la configurabilità della connessione teleologica e, dunque, per la produzione dei suoi effetti tipici, sul piano dello spostamento di competenza.

Da tale linea maggioritaria, si discostano invece due pronunce della Corte di cassazione – notevolmente divaricate tra loro sul piano temporale – secondo le quali il nesso teleologico rilevarebbe invece in termini oggettivi, a prescindere dalla coincidenza fra gli autori dei reati in concorso (Cass., 13 giugno 1998-22 settembre 1998, n. 10041; Cass., 23 settembre 2010-15 ottobre 2010, n. 37014).

Dunque, sul tema oggetto del proposto quesito di costituzionalità si fronteggiano due indirizzi interpretativi: il primo, adottato dalla giurisprudenza di legittimità maggioritaria, esige l'identità tra gli autori dei reati; il secondo, accolto dalle due sentenze diversamente orientate ora richiamate viceversa ne prescinde.

Tale quadro, ben prospettato al giudice delle leggi pure dal giudice rimettente, implica tuttavia un uso improprio dell'incidente di costituzionalità, poiché, come reiteratamente affermato dalla Corte, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (*ex plurimis*, sentenze n. 301 del 2003 e n. 356 del 1996; ordinanze n. 98 del 2010 e n. 85 del 2007).

Alla luce di tale regola basilare, la Corte ha escluso di poter essere chiamata a scrutinare una norma di legge assumendola nel significato attribuitole da un indirizzo interpretativo minoritario, cui il giudice rimettente non è vincolato ad aderire e che egli stesso sostiene rendere costituzionalmente illegittima, quando invece altro orientamento giurisprudenziale – prevalente – fornisce una lettura della norma conforme all'assetto auspicato dal giudice *a quo*. In tale situazione, la questione proposta non mira realmente a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, ma viene piuttosto a configurarsi come un improprio tentativo di ottenere dalla Corte un avallo a favore dell'una scelta interpretativa contro l'altra, «senza che da ciò conseguano» – nella prospettiva dello stesso rimettente – «differenze in ordine alla difesa dei principi e delle regole costituzionali, ciò in cui, esclusivamente, consiste il compito della giurisdizione costituzionale»: il che rende inammissibile la questione stessa (tra le altre, sentenza n. 356 del 1996 e ordinanza n. 85 del 2007).

\*\*\*

INCAPACITÀ ASSOLUTA DI PARTECIPARE AL PROCESSO  
E SOSPENSIONE DEI TERMINI DI PRESCRIZIONE  
(C. cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 23)

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 159 comma 1 c.p. è stata sollevata in riferimento agli

articoli 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., nella parte in cui la suddetta disposizione prevede la sospensione del corso della prescrizione anche in presenza delle condizioni di cui agli artt. 71 e 72 c.p.p., laddove sia accertata l'irreversibilità dell'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo.

Nonostante la declaratoria d'inammissibilità, la pronuncia si segnala per il monito lanciato dalla Corte al legislatore e per la segnalazione di una «reale anomalia insita nelle norme correlate concernenti la sospensione della prescrizione estintiva dei reati (art. 159 comma 1 c.p.) nonché la sospensione del processo per incapacità dell'imputato (artt. 71 e 72 c.p.p.)». La medesima Corte, difatti, ritiene che nelle ipotesi in cui sia stata accertata *ex art. 70 c.p.p.* la natura irreversibile dell'infermità mentale sopravvenuta al fatto, tale da precludere la cosciente partecipazione al giudizio dell'interessato, si verifica una situazione di pratica imprescrittibilità del reato, situazione che né il giudice né l'imputato possono risolvere, di talché l'indefinito protrarsi nel tempo della sospensione del processo – con la conseguenza della tendenziale perennità della condizione di giudicabile dell'imputato, dovuta all'effetto, a sua volta sospensivo, sulla prescrizione – presenta il carattere della irragionevolezza, giacché entra in contraddizione con la *ratio* posta a base, rispettivamente, della prescrizione dei reati e della sospensione del processo. Difatti, nell'ipotesi di irreversibilità dell'impedimento di cui sopra risultano frustrate entrambe le finalità insite nelle norme sostanziali e processuali richiamate, con la conseguenza che le ragioni delle garanzie ivi previste si rovesciano inevitabilmente nel loro contrario.

Nonostante l'estrema delicatezza e l'urgenza del problema, la Corte, con il consueto atteggiamento di *self restraint*, ricusa di prendere in carico la soluzione della questione «giacché non è ravvisabile nella fattispecie una conclusione costituzionalmente obbligata dell'anomalia descritta» poiché le possibilità di intervento normativo risulterebbero «molteplici in ordine alle modalità procedurali configurabili». La Corte si limita in effetti a prospettare, «ad esempio – tra le numerose soluzioni ipotizzabili, il rimedio radicale della pronuncia di una sentenza che, a seguito di prognosi di irreversibilità dell'infermità mentale dell'imputato, dichiara l'impromovibilità o improcedibilità dell'azione, con possibilità di revoca nel caso in cui, prima della maturazione dei termini prescrizionali, tale prognosi fosse smentita, o, ancor, con più gradualità, il compimento di un dato numero di accertamenti ai sensi dell'art. 72 c.p.p., ovvero la decorrenza di una data frazione del termine pre-

## CORTE COSTITUZIONALE

scrizionale, prima della declaratoria di cui all'art. 129 c.p.p."

Si tratterebbe, ad avviso della Corte, di scelte equivalenti quanto al risultato finale, ma affatto diverse quanto all'*iter* da seguire per definire la situazione sostanziale e processuale dell'imputato, nei cui confronti sia stata accertata l'irreversibile incapacità di partecipare in modo cosciente al procedimento. Comportando valutazioni discrezionali, inerenti al rapporto tra mezzi e fine, che competono al legislatore, la dichiarazione d'inammissibilità della questione si è dunque "imposta" alla Corte che, tuttavia, non ha ommesso di rilevare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia.

\* \* \*

CONSENSO DEL MINORE CONTUMACE E DEFINIZIONE DEL PROCESSO NELL'UDIENZA PRELIMINARE  
(C. cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 24)

La Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 32 c. 1, del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 («*Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*»), per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., e 111 Cost. (sotto il profilo della durata ragionevole del processo) nella parte in cui – alla luce dell'interpretazione costantemente offertane dalla giurisprudenza di legittimità – esclude che, in caso di contumacia dell'imputato, il consenso alla definizione del processo nell'udienza preliminare possa essere validamente prestato dal difensore non munito di procura speciale.

La suddetta disposizione, così come sostituita dall'art. 22 della l. 1° marzo 2001, n. 63 («*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*») stabilisce, al primo periodo, che «nell'udienza preliminare, prima dell'inizio della discussione, il giudice chiede all'imputato se consente alla definizione del processo in quella stessa fase, salvo che il consenso sia stato validamente prestato in precedenza». Il secondo periodo poi, prevede che, nel caso in cui il consenso sia prestato, il giudice può pronunciare sentenza di non luogo a procedere nei casi previsti dall'art. 425 c.p.p. o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto.

Dunque, il legislatore del 2001 subordina al consenso dell'imputato la definizione del processo nell'udienza preliminare al fine di adeguare anche

il processo minorile al novellato art. 111, comma 5 Cost., in forza del quale – al di là di eccezionali situazioni oggettive – solo la volontà dell'interessato rende possibili deroghe al generale principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Per una migliore comprensione della pronuncia, però, lo stesso giudice di legittimità delle leggi ricorda come per effetto della sentenza costituzionale n. 195 del 2002 – che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma, *in parte qua*, per violazione degli artt. 3 e 31 comma 2 Cost. – sia possibile prescindere dal consenso dell'imputato nei soli casi in cui debba pronunciarsi una sentenza di non luogo a procedere che non presupponga un accertamento di responsabilità. La Corte ha ritenuto, per converso, del tutto legittima, sul piano costituzionale, la previsione del previo consenso dell'imputato ai fini della pronuncia di sentenze che implicino un accertamento di responsabilità, quali in particolare quelle di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto (cfr., a questo proposito, C. cost., ord. n. 110 del 2004). Risulta, in effetti, del tutto ragionevole che nel possibile conflitto tra l'interesse ad una sollecita conclusione del processo – interesse di sicura maggiore valenza, secondo la Corte, quando si tratti di imputati minorenni – e il diritto dell'imputato al giusto processo – nel particolare aspetto dell'assunzione delle prove nel contraddittorio dibattimentale – debba prevalere quest'ultimo, non potendo essere imposta all'imputato una decisione che presupponga una affermazione di responsabilità senza il suo consenso all'utilizzazione degli atti assunti unilateralmente dal pubblico ministero, consenso che ha il preciso significato di rinuncia all'istruzione dibattimentale.

La Corte pertanto, ritenendo non più ridiscutibile né controversa la questione riguardante il requisito del consenso, già scrutinata con le pronunce citate dalla medesima corte, ha ritenuto che la vera questione nuova e centrale della q.l.c rimessa alla sua attenzione, riguardasse – con particolare riguardo – l'ipotesi di contumacia dell'imputato e la disciplina delle relative modalità di prestazione del consenso medesimo proprio in tale specifica evenienza, quale risultante alla stregua di un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, assunto, in sostanza, quale «diritto vivente».

Ma anche a tal proposito occorre ricordare come la Corte di cassazione abbia rilevato, in effetti, come la definizione del processo minorile nell'udienza preliminare, secondo lo schema delineato dall'art. 32, c. 1, d.p.r. n. 448 del 1988 (così come emendato dalla C. cost., sent. n. 195 del 2002), risulti strutturalmente omologa ai procedimenti speciali cosid-

detti «a prova contratta» previsti nel rito ordinario (giudizio abbreviato e applicazione della pena su richiesta delle parti), nei quali l'utilizzazione anche *in malam partem* di elementi probatori acquisiti al di fuori del contraddittorio è resa possibile dall'adesione dell'imputato. Ma proprio in considerazione di ciò, la scelta di accedere alla definizione anticipata del processo minorile andrebbe ragionevolmente configurata – in conformità alla (e in applicazione analogica della) disciplina generale dell'accesso ai riti alternativi (artt. 438, c. 3, e 446, comma 3, c.p.p.) – come personalissima e conseguentemente riservata all'interessato, che potrebbe esprimerla solo direttamente o a mezzo di procuratore speciale. Il difensore privo di procura speciale non sarebbe, di conseguenza, abilitato a prestare il consenso, neanche in caso di contumacia del proprio assistito che impedisca al giudice di interpellarlo direttamente.

In conclusione, ad avviso della Corte, la norma censurata non contrasta, pertanto, con i suddetti parametri costituzionali, dal momento che, quanto alla denunciata disparità di trattamento tra imputato presente e imputato contumace (in asserita violazione dell'art. 3 Cost.), l'impossibilità per il contumace di ottenere già nell'udienza preliminare la concessione del perdono giudiziale o la dichiarazione di irrilevanza del fatto, deve considerarsi una conseguenza della sua duplice e volontaria scelta di non presenziare a detta udienza e di non conferire al difensore una procura speciale che lo abiliti a prestare il consenso in sua assenza. Peraltro occorre pure considerare che se da un lato l'opzione di non presenziare al processo a suo carico costituisca espressione di una libera scelta difensiva – libertà peraltro temperata, nel processo minorile, dalla previsione dell'art. 31, comma 1, d.p.r. n. 448 del 1988 – dall'altro questa decisione comporta la previa valutazione delle eventuali conseguenze sfavorevoli, derivanti dall'impossibilità di compimento di atti processuali che presuppongono la presenza dell'interessato (cfr., pure, C. cost., sent. 384 del 2006).

\*\*\*

**DELITTI COMMESSI AVVALENDOSI DELLE CONDIZIONI PREVISTE DALL'ARTICOLO 416-BIS C.P., OVVERO AL FINE DI AGEVOLARE L'ATTIVITÀ DELLE ASSOCIAZIONI PREVISTE DALLO STESSO ARTICOLO E ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA PRESUNZIONE ASSOLUTA DI ADEGUATEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE**  
(C. cost., sent. 25 marzo 2013, n. 57)

Il giudice *de legitimitate legum* ha, da ultimo, provveduto a dichiarare l'illegittimità costituzionale

dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. come modificato dall'art. 2, comma 1, del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 «*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*», convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

In realtà detta pronuncia è solo l'ultima di un complesso percorso tanto normativo quanto giurisprudenziale che ha visto investita la Corte sia da parte della giurisprudenza di merito sia da parte della Suprema corte (quest'ultima con ben due ordinanze di rimessione, a Sezioni Unite).

È assai utile ricordare come la presunzione di adeguatezza della sola misura custodiale carceraria, contenuta nell'art. 275, comma 3, c.p.p. introdotta ad opera dell'art. 5, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 «*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*» convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, abbia riguardato, oltre al delitto dell'art. 416-bis c.p., i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale disposizione o al fine di agevolare le attività delle associazioni ivi previste. Il riferimento alle fattispecie delittuose indicate è rimasto costante nella pur complessa e non lineare evoluzione della normativa in questione; attualmente il delitto previsto dall'art. 416-bis c.p. e i delitti commessi avvalendosi del "metodo mafioso" o al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso sono assoggettati al regime cautelare speciale per effetto del richiamo all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. operato dall'art. 275, comma 3, secondo periodo, del codice di rito.

Dunque, ai fini della miglior comprensione del ragionamento e delle conclusioni della Corte, occorre tener presente come, ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, siano previste due articolazioni della circostanza aggravante, quella del "metodo mafioso" e quella dell'"agevolazione mafiosa". Per la prima verrebbe in evidenza il carattere di preponderante autonomia rispetto al reato associativo ma-

## CORTE COSTITUZIONALE

fioso: il ricorso al metodo mafioso potrebbe essere addebitato tanto come generale connotato di struttura del reato associativo e/o dei suoi delitti-scopo, quanto come concreta modalità di esecuzione di taluno dei delitti previsti dalla legge penale che nulla condividono con il fenomeno associativo mafioso, dal momento che soggetti attivi dei delitti aggravati dal metodo mafioso potrebbero essere tanto gli intranei, quanto gli estranei al sodalizio mafioso.

Dunque, l'aggravante in esame prescinde di per sé dall'appartenenza all'associazione criminale, la cui compresenza resta comunque con essa compatibile, anche perché, al di là della coincidenza letterale, l'elemento costitutivo previsto dall'art. 416-bis c.p. e la circostanza aggravante ex art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 rappresentano categorie tra loro non paragonabili e tali da imporne una ricostruzione in termini di reciproca autonomia. Mentre la previsione legale di una presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza della custodia carceraria per i delitti aggravati dalla finalità di agevolare l'associazione mafiosa e per quelli aggravati dal metodo mafioso commessi dagli intranei al sodalizio potrebbe infatti apparire ragionevole, in quanto giustificata dalla effettiva esigenza di stroncare il vincolo particolarmente qualificato tra l'associazione mafiosa radicata in un certo ambito territoriale e il proprio affiliato, altrettanto non potrebbe dirsi nel caso dei reati commessi con il metodo mafioso da persone prive di qualsiasi legame con un sodalizio mafioso.

La Consulta, in effetti, aveva già avuto modo di occuparsi del riferimento a tali delitti nell'ordinanza n. 450 del 1995, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., sottolineando, tra l'altro, che «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso» – delimitazione mantenuta dalla legge 8 agosto 1995, n. 332 «*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*» – «rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato».

Assai importante ricordare poi come, ancora più di recente, la stessa Corte aveva chiarito come «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza gene-

ralizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (così, *ex plurimis*, la sentenza n. 139 del 2010).

Sviluppando questo ragionamento la Corte ha valorizzato le due indicazioni offerte dagli orientamenti della giurisprudenza di legittimità: la prima che individua la *ratio* dell'art. 7 suddetto in un intento legislativo «teso a colpire qualsiasi manifestazione di attività mafiosa, dalla partecipazione all'associazione, al favoreggiamento ed al semplice impiego di metodo mafioso o di isolata e minima agevolazione» (Cass., sez. un. 28 marzo 2001, n. 10); la seconda, derivante da un consolidato indirizzo, secondo cui la circostanza aggravante in esame, in entrambe le forme in cui può atteggiarsi, «è applicabile a tutti coloro che, in concreto, ne realizzano gli estremi» sia che essi siano «partecipi di un sodalizio di stampo mafioso sia che risultino ad esso estranei» (Cass., sez. I 2 aprile 2012, n. 17532).

Tali indicazioni mettono in luce come la presunzione assoluta sulla quale fa leva il regime cautelare speciale non risponda, con riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p.p. o al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, a dati di esperienza generalizzati, essendo «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa.

Infatti, la possibile estraneità dell'autore di tali delitti a un'associazione di tipo mafioso fa escludere che si sia necessariamente in presenza di un «reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità – per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice – vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere» (sentenza n. 164 del 2011). Se, come si è visto, la congrua «base statistica» della presunzione in questione è collegata all'«appartenenza ad associazioni di tipo mafioso» (sentenza n. 265 del 2010), una fattispecie che, anche se collocata in un contesto mafioso, non presupponga necessariamente siffatta «appartenenza» non assicura alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un fondamento giustificativo costituzionalmente valido.

Il semplice impiego del cosiddetto «metodo mafioso» o la finalizzazione della condotta criminosa all'agevolazione di un'associazione mafiosa la quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, «non richiede anche che il fine particolare, perseguito con la commissione del delitto, debba in qualche modo

essere realizzato» (Cass., sez. VI, 19 settembre 1996, n. 9691) – non sono necessariamente equiparabili, ai fini della presunzione in questione, alla partecipazione all'associazione, ed è a questa partecipazione che è collegato il dato empirico, ripetutamente constatato, della inidoneità del processo, e delle stesse misure cautelari, a recidere il vincolo associativo e a far venir meno la connessa attività collaborativa, sicché, una volta riconosciuta la perdurante pericolosità dell'indagato o dell'imputato del delitto previsto dall'art. 416-bis c.p.p., è legittimo presumere che solo la custodia in carcere sia idonea a contrastarla efficacemente.

Peraltro, da un'altra angolatura – e con particolare riferimento ai delitti commessi al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis c.p. – deve osservarsi che, mentre le declaratorie di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. già pronunciate hanno colpito la presunzione *de qua* in riferimento a singole fattispecie criminose, la disciplina censurata in questa ultima occasione è invece applicabile con riferimento a «qualsiasi delitto, anche della più modesta entità», purché connotato dalla finalità di «agevolazione mafiosa» (o dalla realizzazione mediante il «metodo mafioso»). In altri termini, il regime cautelare speciale è collegato, nei casi in esame, non già a singole fattispecie incriminatrici, in rapporto alle quali possa valutarsi l'adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ma a circostanze aggravanti, riferibili a più vari reati e correlativamente alle più diverse situazioni oggettive e soggettive.

Le ricadute della disciplina in esame sul criterio di proporzionalità, secondo il quale «ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata» (art. 275, comma 2, c.p.p.), sono evidentemente enormi posto l'ampio numero dei reati-base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale, e ciò proprio a causa della possibile diversità del «significato» di ciascuno di essi sul piano dei *pericula libertatis*, di talché, può

dirsi, ad avviso della Corte, che manchi quella «base statistica» da cui derivare quelle inferenze e quell'*id quod plerumque accidit* che fondino l'automatismo sottostante una presunzione assoluta: secondo la Corte, cioè, la posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto «metodo mafioso» o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si rivela non equiparabile a quella dell'associato o del concorrente nella fattispecie associativa, per la quale la presunzione delineata dall'art. 275, comma 3, c.p.p. risponde, come si è detto, a dati di esperienza generalizzati.

Sulla scorta di tali argomentazioni, dunque, le norme censurate sono state ritenute in contrasto sia con l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. e per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi riconducibili alle due fattispecie in esame, sia con l'art. 13, primo comma, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale, sia, infine, con l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena: ciò che vulnera i parametri costituzionali richiamati, secondo il giudice di legittimità delle leggi, difatti, non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del «minore sacrificio necessario».

La previsione, invece, di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – risulta, invece, pienamente compatibile con l'ambito costituzionale, rimanendo non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (cfr. pure, sentenze costituzionali n. 110 del 2012, n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011, e n. 265 del 2010).

## SEZIONI UNITE

di Teresa Alesci

NULLITÀ DELLA SENTENZA PRIVA DI SOTTOSCRIZIONE  
(Cass., sez. un., 29 marzo 2013, n. 14978)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale, relativo al tipo di invalidità che colpisce la sentenza di secondo grado priva della sottoscrizione del Presidente del collegio e firmata dal solo giudice estensore.

La Suprema Corte rileva, sul punto, una difformità di orientamenti, in relazione sia alla natura della patologia, sia al rimedio consequenziale.

Preliminarmente, le Sezioni Unite passano in rassegna le diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento, la sentenza priva della sottoscrizione è affetta da mera irregolarità rimediabile con il procedimento di correzione dell'errore materiale, anche dopo l'impugnazione della sentenza, per mano dello stesso giudice che l'ha emessa (Cass., sez. VI, 12 maggio 2008, n. 36158). Le argomentazioni a sostegno muovono da una interpretazione dell'art. 546, comma 3, c.p.p., secondo cui la sentenza è nulla solo in caso di assoluta mancanza della sottoscrizione. In parziale difformità, altre pronunce hanno sostenuto la mera irregolarità della sentenza viziata, ma emendabile soltanto fino all'impugnazione della stessa (Cass., sez. V, 20 gennaio 2004, n. 6246).

Una diversa tesi giurisprudenziale sostiene, d'altro canto, che la sentenza priva della firma del Presidente del Collegio sia viziata da nullità relativa, ai sensi dell'art. 546, comma 3, c.p.p., determinando l'annullamento con rinvio allo stesso collegio, per la redazione della nuova sentenza-documento (Cass., sez. V, 10 luglio 2002, n. 3544). Il vizio, peraltro, colpisce solo gli atti successivi, ma non anche quelli precedenti, per cui l'annullamento della sentenza non determina la necessità di un nuovo giudizio, ma solo la nuova redazione della sentenza da parte dell'estensore appartenente allo stesso collegio deliberante, ai sensi dell'art.

185 comma 2 c.p.p. (Cass., sez. II, 9 dicembre 2010, n. 10629).

Costituisce una variante dell'orientamento precedente, la tesi secondo la quale ricorre nel caso in esame una nullità relativa, a cui consegue l'annullamento senza rinvio, con trasmissione degli atti per la sola sanatoria, allo stesso giudice *a quo*, ai fini della rinnovazione della sentenza-documento (Cass., sez. V, 29 ottobre 2010, n. 7094).

Più recentemente, la Terza Sezione ha individuato nella mancata sottoscrizione un'ipotesi di nullità relativa, a cui consegue l'annullamento con rinvio ai fini della celebrazione di un nuovo giudizio (Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7959). Secondo tale impostazione, la sottoscrizione del Presidente e dell'estensore, nell'ipotesi di organo collegiale, costituisce requisito di validità del provvedimento, la cui carenza, anche parziale, determina un vizio dello stesso, configurandosi così una causa di nullità relativa. Epperò, si è registrato anche un orientamento intermedio, secondo il quale la sentenza mancante della sottoscrizione del Presidente del collegio è affetta da nullità, con conseguente annullamento senza rinvio, ma con trasmissione degli atti ai fini della celebrazione di un nuovo giudizio, dinanzi ad altra sezione della Corte d'appello (Cass., sez. III, 13 ottobre 2011, n. 40025).

Una isolata e datata pronuncia sostiene la totale inesistenza della sentenza, che, però, non inficia il dispositivo; di conseguenza, si deve disporre la trasmissione degli atti al giudice *a quo* per la redazione della nuova sentenza - documento (Cass., sez. II, 17 ottobre 2000, n. 5223).

Risolvendo il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite affermano che «la mancata sottoscrizione della sentenza d'appello da parte del Presidente del collegio, configura una nullità relativa, che comporta l'annullamento senza rinvio, con restituzione degli atti allo stesso collegio, mediante la redazione di una nuova sentenza-documento».

Il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite muove da una interpretazione sistematica del paradigma normativo applicabile al caso in esame: l'art. 546 del codice di rito, al comma 3, prevede la nullità per la mancata sottoscrizione del giudice, senza distinguere tra organo collegiale e monocratico. Non merita adesione, secondo il ragionamento della Suprema Corte, l'orientamento che sostiene l'applicabilità dell'art. 547 (che richiama l'art. 130 c.p.p.). La norma, infatti, consente la correzione dei provvedimenti nei soli casi in cui non siano inficiati da nullità. Di conseguenza, la disposizione normativa non è applicabile alle ipotesi di nullità della sentenza.

Del resto, una corretta interpretazione della norma in esame evidenzia che la sanzione della nullità colpisce il provvedimento, anche in caso di sottoscrizione incompleta. Rilevano le Sezioni Unite che la duplicità delle firme, ove la sentenza sia emessa da un giudice collegiale, è necessaria ed inscindibile, e posta a garanzia della conformità della sentenza-documento al dispositivo già pubblicato, nonché alla deliberazione camerale.

Trattandosi di nullità a regime intermedio e non rientrando tra le nullità assolute o di ordine generale di cui agli art. 178 e 179 c.p.p., le Sezioni

Unite stabiliscono che l'invalidità deve essere dedotta dalla parte, a pena di decadenza, con l'atto di gravame. Precisano, altresì, che la sentenza deve essere annullata senza rinvio, con restituzione degli atti allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento. Il Supremo Consesso ritiene applicabile l'art. 185 c.p.p. Invero, per il principio della autonomia funzionale degli atti, la declaratoria di nullità non può invalidare la fase antecedente al dibattimento; per il principio della competenza funzionale esclusiva, il processo deve regredire alla fase in cui l'atto nullo è stato compiuto, e più precisamente nella sotto-fase degli atti successivi alla deliberazione.

Le Sezioni Unite si spingono oltre, rilevando la diversità ontologica del sistema processuale penale rispetto a quello civile, nel quale l'art. 161 c.p.c. prevede espressamente la nullità assoluta ed insanabile della sentenza mancante della sottoscrizione.

Dunque, depositata la nuova sentenza, sottoscritta dal presidente e dall'estensore, verrà a riaprirsi la fase eventuale dell'impugnazione, giacché dalla notificazione e comunicazione dell'avviso di deposito decorrono nuovamente i termini per impugnare *ex* art. 585 c.p.p.

# È inammissibile l'incidente probatorio diretto ad ottenere una perizia di lunga durata se il giudice non conosce il contenuto delle indagini

**Tribunale di Latina, Ufficio g.i.p., ordinanza 17 ottobre 2012 – Est. De Robbio**

*La richiesta di incidente probatorio per l'esecuzione di perizia ai sensi dell'art. 392 comma 2 c.p.p. presentata dal difensore va rigettata in assenza di conoscenza dell'oggetto delle indagini, avendo il pubblico ministero ritenuto di non depositare alcun atto.*

Il Giudice per le indagini preliminari;  
letta la richiesta di perizia con le forme dell'incidente probatorio avanzata nell'interesse di xxx e la successiva richiesta di conoscere i nominativi degli altri indagati per integrare le notifiche;

rilevato che i difensori del richiedente hanno depositato in data 3.10.2012 la prova delle notifiche ai sensi dell'art. 395 c.p.p.;

lette le deduzioni depositate dal P.M.;

osserva quanto segue.

Il difensore ha allegato alla richiesta una consulenza tecnica copia di alcuni articoli di stampa che attesterebbero l'esistenza di un procedimento penale e il suo oggetto, motivando la richiesta di perizia sulla considerazione che sarebbero necessari accertamenti da parte di un organo terzo e sulla certezza che la perizia eventualmente disposta in dibattimento comporterebbe una sospensione superiore a sessanta giorni.

Il tempo di espletamento dell'atto è stato calcolato presuntivamente, prendendo a base il tempo di espletamento della consulenza tecnica desunto dalla lettura degli articoli di giornale allegati alla istanza.

Va infatti rilevato che il P.M., ricevuta in un primo momento la richiesta di incidente probatorio, ha provveduto a trasmetterla al Giudice scrivente corredandola con le sue deduzioni, senza allegare il fascicolo delle indagini preliminari.

Successivamente, come si è detto, il difensore dell'indagato ha richiesto al GIP i nominativi degli indagati, per integrare le notifiche; lo scrivente, non essendo in posses-

so del fascicolo, e non essendo in ogni caso competente a fornire le informazioni richieste, ha trasmesso la richiesta al P.M.

Dal momento che la richiesta della difesa comportava la volontà di questa espressa di integrare il contraddittorio, il GIP ha ritenuto di non poter decidere e di dover attendere la scadenza del termine assegnato alle eventuali altre parti per presentare le deduzioni, sicché ha restituito al P.M. il fascicolo da questi trasmesso con la richiesta di incidente probatorio e le deduzioni, in attesa della prova delle notifiche ai sensi degli artt. 395 e 396 c.p.p.

Ricevuta dal difensore la prova della notifica della richiesta a tutti gli indagati, il GIP scrivente ha provveduto in data 5 ottobre 2012 a richiedere il fascicolo per la decisione da assumere ai sensi dell'art. 398 c.p.p.; il P.M. ha trasmesso il 15 ottobre 2012 il fascicolo già inviato in precedenza, composto dalla richiesta della difesa con gli allegati e dalle sue deduzioni, scegliendo dunque di non trasmettere alcuno degli atti contenuti nel fascicolo per le indagini preliminari.

Tale decisione appare del tutto legittima.

La normativa sull'incidente probatorio non prevede infatti alcun obbligo per le parti di depositare tutti gli atti a loro disposizione per consentire l'espletamento dell'incidente probatorio richiesto, fatta eccezione per il particolare caso di incidente probatorio avente ad oggetto l'assunzione della testimonianza della persona offesa nei reati a tutela di soggetti c.d. "deboli" (maltrattamenti in famiglia, violenze sessuali, pedopornografia, *stalking* e altri).

Per questi soli reati, ricompresi nella elencazione dell'art. 392 c.1 bis c.p.p., l'art. 393 c. 2 bis c.p.p. prevede che «con la richiesta di incidente probatorio.... il pubblico ministero deposita tutti gli atti di indagine compiuti».

La Cassazione è intervenuta sul punto per precisare che l'unica interpretazione logica dell'inciso appena riportato porta a concludere che, per tutti gli altri casi di incidente probatorio (diversi da quelli previsti dall'art. 392 c. 1 bis c.p.p.), non sussiste alcun obbligo per il P.M. di depositare gli atti di indagine compiuti (Cass. Sez. VI n. 40971 del 26.9. 08; ma il principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte costituzionale già dai primi anni di vigenza del nuovo codice: cfr. C.Cost n. 74 del 1991).

È importante ai fini del caso in esame rilevare che la sentenza della Cassazione menzionata ha posto l'accento sulla necessità che la legittima esigenza della difesa di conoscere gli atti di indagine al fine di un completo espletamento dell'incidente probatorio debba essere bilanciata con l'altrettanto importante esigenza "di salvaguardare la segretezza delle indagini", ragion per cui non è possibile imporre al magistrato inquirente una *discovery* anticipata degli atti fino a quel momento compiuti.

L'eventuale compressione delle aspettative dell'imputato e dei suoi difensori è peraltro solo temporanea, poiché l'espletamento della difesa potrà, ancora ad avviso del giudice di legittimità, trovare piena tutela in sede dibattimentale.

Nella stessa ottica si giustifica l'unica eccezione prevista per la testimonianza della persona offesa prevista dall'art. 393 c. 2 bis c.p.p., "in quanto essa è correlata alla regola eccezionale della validità probatoria della testimonianza resa in incidente probatorio dal minore infrasedicenne non subordinata alla reiterazione dell'esame in sede dibattimentale, in forza dell'art. 190 bis c.1 bis c.p.p." (Cass. cit.).

La scelta dunque di quali atti mettere a disposizione del GIP per la decisione sulla ammissione dell'incidente probatorio (e della difesa per l'eventuale espletamento del medesimo qualora ammesso) è rimessa alla piena discrezionalità del P.M. che dovrà valutare - avendo esclusivo riguardo alle proprie esigenze di segretezza - la eventualità di procedere o meno alla *discovery* anticipata degli atti.

Nel caso di specie il P.M. ha ritenuto di non depositare alcun atto tra quelli compiuti nel corso delle indagini.

Tanto premesso, la decisione sulla ammissibilità della richiesta di incidente probatorio dovrà necessariamente essere basata sui soli atti prodotti dalla difesa, dunque sulla consulenza tecnica disposta ai sensi dell'art. 391 n. 1 c.p.p. (investigazione preventiva) e sulle copie degli articoli di giornale allegati.

Come si è rilevato in precedenza, i difensori di xxx non hanno partecipato ad alcun atto di indagine né hanno ancora avuto accesso al fascicolo delle indagini, neppure per estratto, sicché sono costretti dalla lettura dei giornali a desumere l'esistenza di un procedimento penale (poi confermata dalla certificazione ottenuta ai sensi dell'art. 335 c.p.p.); devono presumere l'oggetto dalla indicazione nella certificazione della iscrizione per i delitti di cui agli artt. 216 ss l.f., argomentando che "dovrebbe" trattarsi di fatti relativi al fallimento della yyyyy poiché il loro assistito non ha rivestito altre cariche in società fallite; presumono che vi sia stata una consulenza da parte di tecnici nominati dal P.M. per averne ancora una volta letto la notizia su un giornale locale; immaginano che gli esiti della consulenza tecnica del P.M. siano a loro volta sfavorevoli, tanto da preoccuparsi di effettuare a loro volta una consulenza della difesa e chiedono dunque la nomina di un perito, organo terzo, per un accertamento della verità scevro dai condizionamenti delle due consulenze di parte.

Come è agevole notare, la richiesta di perizia si basa non su una analisi degli atti, ma su una mera congettura di ciò che si presume stia avvenendo nel corso delle indagini per loro natura segrete, ciò che disvela la intempestività della richiesta ed in definitiva la sua inammissibilità.

Attualmente, escludendo le notizie tratte dagli articoli di giornali (certamente non valutabili da questo Giudice per la verifica della ammissibilità della perizia, non trattandosi di atti di indagine né di notizie certe o verificabili), non pare possibile effettuare alcuna valutazione in merito alla necessità di una perizia per l'accertamento dei fatti, anche perché non vi alcuna certezza dell'oggetto dell'indagine.

A ciò va aggiunto altresì che la mancata formalizzazione dell'accusa (nemmeno in una forma larvata o generica quale quella ricavabile dagli art. 321 ss c.p.p. o 272 ss. c.p.p. o d una informazione di garanzia, per non parlare di una formale imputazione) rende di fatto impossibile la formulazione dei quesiti da affidare al perito, a meno di non affidarsi ancora una volta a congetture.

Ancor meno agevole sembra poi la verifica dell'ulteriore requisito richiesto dall'art. 392 c. 2 c.p.p.: non è possibile stabilire se l'eventuale perizia comporterebbe una sospensione del dibattimento superiore a sessanta giorni basandosi soltanto su una consulenza tecnica della difesa, a sua volta redatta sulla base di una presunzione di ciò che potrebbe essere oggetto delle indagini e dunque del futuro *thema decidendum* in un eventuale dibattimento.

P.Q.M.

Rigetta la richiesta.

NOVELLA GALANTINI

*Professore ordinario di Procedura penale – Università di Milano Statale***Incidente probatorio e limiti ai diritti difensivi***Taking of evidence before the pre-trial judge  
and limitations of the rights of the defense*

Con questa pronuncia, il Gip ha rigettato la richiesta del difensore di procedere a perizia di “lunga durata” ritenendo di non possedere elementi sufficienti per valutare l’effettiva necessità di anticipare l’acquisizione della prova tecnica. L’Autore, nell’analizzare la disciplina sull’incidente probatorio, ne evidenzia i limiti in relazione alle preclusioni alla conoscenza degli atti poste alla difesa dell’indagato e i condizionamenti derivanti dalle scelte del pubblico ministero.

*The pre-trial judge denied the application of the defense to acquire expert evidence under Art. 392.2 c.p.p. He ruled that there is no basis for assessing the need to take evidence during the preliminary investigation. The Author, first reviews the code provisions regarding the subject; then points out that the lack of full discovery device undermines the right of the defense counsel to obtain the remedy sought.*

## LE PECULIARITÀ DEL CASO DI SPECIE

Che l’incidente probatorio sia uno strumento pressoché impraticabile e anche non appetibile per la difesa dell’indagato, appare insito nella sua struttura e disciplina. A darne conferma è il caso di specie che, pure nella sua singolarità, costituisce forse il punto di emersione delle difficoltà, in primo luogo, di accesso difensivo a quella cosiddetta “oasi giurisdizionale” che gli artt. 392 e ss. c.p.p. disciplinano<sup>1</sup>.

Si trattava della richiesta di perizia suscettibile di determinare una sospensione del dibattimento superiore a sessanta giorni (art. 392, comma 2, c.p.p.), presentata dai difensori di persona indagata per bancarotta. La richiesta si fondava sulla certificata iscrizione ex art. 335 c.p.p., anticipata dalla stampa che riferiva della pendenza del procedimento. A supporto della istanza veniva prodotta una consulenza tecnica.

La criticità della vicenda si è subito focalizzata nella mancanza di conoscenza di quanto era stato compiuto in indagini fino a quel momento, pur essendo stato riferito dai giornali che una consulenza tecnica del pubblico ministero era stata eseguita. Alla richiesta della difesa di disporre la perizia è

seguito il rigetto del Gip che di fatto non ha effettuato una valutazione di fondatezza della domanda a fronte della totale assenza di informazioni sul procedimento. In questo caso a mancare erano i presupposti minimi per un provvedimento, così che, nel vuoto delle condizioni valutative, si è optato per un diniego che racchiude in sostanza un *non liquet*. Il pubblico ministero si era infatti limitato a trasmettere con le sue deduzioni il fascicolo contenente soltanto la richiesta dei difensori, presentata prima al suo ufficio, e i documenti da questi allegati, avendo «ritenuto di non depositare alcun atto tra quelli compiuti nel corso delle indagini».

Non è dunque stato sufficiente quanto allegato dalla difesa che, avuta conoscenza dalla stampa dell’indagine per bancarotta a carico dell’imprenditore assistito, aveva provveduto a depositare una consulenza tecnica sulla posizione debitoria dell’indagato e gli articoli di stampa da cui si desumeva il percorso investigativo. Non è bastata neppure la certificazione ex art. 335 c.p.p. della avvenuta iscrizione per il reato di cui all’art. 216 l. fall. Il provvedimento di rigetto afferma infatti che si tratta di elementi inidonei a fondare la apertura del procedimento incidentale, ritenendo la «intempestività della richiesta», basata su «una mera congettura», e stabilendo che la «mancata formalizzazione dell’accusa (nemmeno in forma larvata o generica quale quella ricavabile dagli artt.

<sup>1</sup> A “isole contenziose o giurisdizionali” si riferiva già Cordeiro, *Diatribe sul processo accusatorio, Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 224.

321 e ss. c.p.p. o 272 e ss. c.p.p. o da una informazione di garanzia, per non parlare di una formale imputazione), rende di fatto impossibile la formulazione dei quesiti da affidare al perito». Da qui l'evidenza della totale inutilità della consulenza tecnica frutto dell'indagine difensiva preventiva, alla quale il Gip non attribuisce rilievo là dove afferma che «non è possibile stabilire se l'eventuale perizia comporterebbe una sospensione del dibattimento superiore a sessanta giorni basandosi soltanto su una consulenza tecnica della difesa».

Alle argomentazioni in fatto seguono i richiami alle norme e alla giurisprudenza sulla inesistenza di «alcun obbligo», nei casi ordinari, «per il pubblico ministero di depositare gli atti di indagine compiuti», essendo «rimessa alla (sua) piena discrezionalità» di «valutare ..l'eventualità di procedere o meno a discovery anticipata degli atti». In sostanza, l'esigenza della difesa di conoscere il fascicolo deve «essere bilanciata con l'altrettanto importante esigenza di salvaguardare la segretezza delle indagini».

#### L'INCIDENZA DELLA DISCOVERY INCOMPLETA O TARDIVA SUI DIRITTI DELLA DIFESA

La richiesta ha dunque svelato le preclusioni all'accesso difensivo all'incidente probatorio, riflesse manifestamente nella perizia, in questo caso, di "lunga durata", nonché il ruolo condizionante del pubblico ministero.

Si tratta di una, tra le altre, delle manifestazioni della estraneità dell'incidente probatorio alle logiche della difesa, le cui cause sono da rinvenirsi negli obiettivi e nelle regole procedurali individuati per questo strumento, creato per favorire una minore rigidità dello sbarramento tra le fasi e nel contempo per garantire, quanto meno in astratto, un equo esito di prova alle operazioni ricostruttive dei fatti dettate dalla non rinviabilità. Già secondo la *ratio* originaria l'istituto si calava sostanzialmente nella fisiologia delle indagini preliminari, a tutelarne i passaggi più scoperti sul piano dell'efficacia futura. I mezzi di prova "in pericolo" venivano protetti nel loro divenire, ma pur sempre nella finalità di testare e fissare esiti investigativi fragili al passare del tempo<sup>2</sup>.

Le modifiche intervenute successivamente, attuative di un ampliamento dell'operatività dell'istituto anche a casi solo presuntivamente non rinviabili, hanno coltivato la finalità primaria di tutela delle risultanze investigative, senza peraltro generare una maggiore permeabilità all'accesso e ai fini della

<sup>2</sup> Per una approfondita ricostruzione della genesi dell'istituto, Di Chiara, voce *Incidente probatorio*, *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002, 546 ss.

difesa. Rimuovendo i requisiti originari della non rinviabilità per l'esame dell'indagato sul fatto altrui (art. 392 comma 1 lett. c) c.p.p.) o dell'imputato in procedimento connesso (art. 392 comma 1 lett. d) c.p.p.)<sup>3</sup>, si è rafforzato il sistema di "messa in sicurezza" di quanto fruibile dall'organo inquirente.

Né si può dire il contrario con riguardo agli inserimenti effettuati dalla legislazione speciale in materia di violenza e abusi sessuali, avviata a metà degli anni novanta e coltivata fino ad oggi, attraverso gli ulteriori e recenti interventi<sup>4</sup>. Con l'apertura alla acquisizione anticipata delle dichiarazioni testimoniali del minore o della persona offesa maggiorenne sulla scorta di una non rinviabilità solo presupposta (art. 392, comma 1 *bis*, c.p.p.), si è giunti tra l'altro ad una costruzione disorganica, prossima ad un cortocircuito applicativo<sup>5</sup>, che ha comunque come effetto primario il salvataggio delle "prove" di accusa. Il susseguirsi delle integrazioni alle norme di base, nel delineare tra l'altro confusamente il rapporto tra la utilizzabilità del contributo probatorio del minore e del maggiorenne offeso dal reato (art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p.)<sup>6</sup>, ha peraltro fatto emergere che la finalità di proteggere il dichiarante dall'impatto dibattimentale non rappresenta lo scopo primario delle modifiche normative, visti i contenuti dell'art. 190 *bis*, comma 1, c.p.p. La disposizione, applicabile ai particolari casi speciali menzionati (art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p.), non stabilisce infatti una preclusione assoluta all'esame dibattimentale, non escludendone la ripetizione per fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni o qualora parti o giudice la ritengano necessaria per specifiche esigenze<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Sulle modifiche apportate all'art. 392 c.p.p. dalla l. n. 267 del 1997, Scella, *Commento all'art. 4 l. 7.8.1997 n. 267*, *Legisl. pen.*, 1998, 331 ss.; Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 160.

<sup>4</sup> Sulla normativa di cui alla l. n. 66 del 1996, alla l. n. 269 del 1998, alla l. n. 228 del 2003 e n. 38 del 2006, Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, 2006. Ulteriori modifiche alla normativa penale e processuale sono state portate dalla l. n. 38 del 2009 e dalla l. n. 85 del 2009. Infine, sulla l. n. 172 del 2012, che in attuazione della Convenzione di Lanzarote, ha recentemente integrato la normativa con altre fattispecie, Capitta, *La legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge di ordinamento penitenziario*, *Dir. pen. contemp.*, 2012, 7.

<sup>5</sup> Sulle incoerenze della normativa v., volendo, Galantini, *Commento all'art. 392 c.p.p.*, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 911 (aggiornamento di C. Mori).

<sup>6</sup> Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 971; Cassibba, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, Mazza - Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 318.ii

<sup>7</sup> Per una analisi della disposizione, Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino, 2012, 161. V., inoltre, Dinacci, *Il*

## È INAMMISSIBILE L'INCIDENTE PROBATORIO DIRETTO AD OTTENERE UNA PERIZIA DI LUNGA DURATA

Che la dimensione dell'incidente probatorio sia anche in questo caso a misura dell'accusa, emerge nonostante la previsione della completa *discovery* degli atti di indagine (art. 393 comma 2 *bis* c.p.p., art. 398 comma 3 *bis* c.p.p.). La praticabilità e l'appetibilità dello strumento per la difesa dell'indagato non ne sono avvalorate anche solo pensando al fatto che la conoscenza degli atti può avvenire, se pure con molti *distinguo* in dottrina<sup>8</sup>, soltanto in relazione alla richiesta del pubblico ministero e a seguito del provvedimento di accoglimento<sup>9</sup>. Da qui la conclusione per cui una iniziativa della difesa debba ritenersi scarsamente ipotizzabile.

Quanto alla appetibilità del procedimento incidentale, la conoscenza non immediata ovvero tardiva degli atti può solo favorire una partecipazione più consapevole alla assunzione della prova, ma non determinante ai fini del risultato che, nella prospettiva della utilizzabilità finale, pur segnata dalle forme dibattimentali, subisce le scelte originarie dell'accusa. Il supporto investigativo è infatti la imprescindibile base delle acquisizioni incidentali, la cui anamnesi non è sufficientemente delineata dai verbali di sommarie informazioni, essendo la genesi lasciata alle opzioni dell'inquirente, talvolta imprescrutabili come nei casi più delicati previsti dalla disciplina speciale<sup>10</sup>. Le eventuali contestazioni in ordine alle dichiarazioni difformi precedenti si prospettano illusorie negli esiti in un contesto condizionato dalle selezioni probatorie del pubblico ministero, soprattutto quando non vi siano stati prima degli spazi di intervento per la difesa.

Se il contraddittorio è formalmente garantito, manca tuttavia la previsione di un diritto alla controprova che non può essere individuato né nelle deduzioni contrapposte alla richiesta (art. 396 c.p.p.), né nella eventuale estensione dell'incidente (art. 402 c.p.p.), configurabile per altri profili, né nel rinvio normativo alle forme dibattimentali. Si tratta di una opzione legislativa sicuramente consapevole, in quanto mirata a non duplicare una fase istruttoria squisitamente dibattimentale, ma che si misura-

va originariamente sulla eccezionalità dell'istituto e che ora, con i casi di deroga alla non rinviabilità, va ad offuscare i diritti difensivi. Senza per questo voler accreditare la tesi di uno spostamento alla fase preliminare del procedimento probatorio, non si può non pensare all'inevitabile riflesso dibattimentale delle acquisizioni incidentali, se pure a fronte delle garanzie di oralità e contraddittorio.

Ancor minore percorribilità e utilità presenta l'incidente probatorio nei casi per così dire ordinari in cui le forme dibattimentali rivestono minimo significato in un contesto a tasso partecipativo pressoché nullo. La *discovery* completa dei casi speciali si assottiglia fino a divenire ostensione delle sole dichiarazioni delle persone che devono essere sentite (art. 398, comma 3, c.p.p.). A seguito della pronuncia costituzionale dei primi anni novanta<sup>11</sup>, il legislatore ha aperto alla conoscenza della difesa un fotogramma investigativo che, protetto inoltre temporalmente fino ai due giorni precedenti l'udienza camerale (art. 398, comma 3, c.p.p.), non offre la base necessaria neppure a un compiuto contraddittorio formale. Senza considerare poi che il deposito del solo verbale del dichiarante non è sufficiente a garantire un fattivo intervento della difesa nel caso in cui si proceda ad esempio a ricognizione<sup>12</sup>.

Salva la praticabilità di indagini difensive fruibili incidentalmente a fini cautelari<sup>13</sup>, è l'apertura dell'udienza preliminare<sup>14</sup> a poter favorire un meno diffidente approccio della difesa all'incidente probatorio, misurato su un supporto conoscitivo non settoriale slegato dai vincoli temporali prima menzionati e non condizionato dagli stretti obiettivi del

contraddittorio per la prova nel processo penale, Padova, 2012, 199.

<sup>8</sup> Di Chiara, voce *Incidente probatorio*, cit., 559.

<sup>9</sup> Bargis, *Commento all'art. 13 l. 15 febbraio 1996 n. 66, Legisl. pen.*, 1996, 498. Sul punto, Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 874.

<sup>10</sup> Per la opportunità di avere previsto la presenza di "un esperto in psicologia o in psichiatria infantile" nel corso della assunzione di informazioni da persone minori da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria (artt. 362, comma 1 *bis*, e 351, comma 1, *ter* c.p.p., nel testo inserito dalla l. 1 ottobre 2012 n. 172), Capitta, *La legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge di ordinamento penitenziario*, cit., 7.

<sup>11</sup> C. cost., 11 febbraio 1991, n. 74 che, in relazione alla questione di legittimità dell'art. 401 comma 5 c.p.p., ha interpretato la disposizione nel senso che, "quanto meno nelle ipotesi di assunzione anticipata della prova per le ragioni indicate nell'art. 392, primo comma, lettera b", siano messe a disposizione della persona sottoposta alle indagini le precedenti dichiarazioni del testimone prima dell'udienza di assunzione della prova.

<sup>12</sup> Sul punto, Sau, *sub art. 392*, Giarda e Spangher (acura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 4858.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 6 giugno 2008 n. 34565, in *CED Cass.*, 240742, secondo cui "in tema di riesame delle misure cautelari reali, è consentito al tribunale valutare le conclusioni dell'atto istruttorio eventualmente espletato in sede di incidente probatorio, specie se contrastanti con le altre acquisizioni, al fine di verificare se permanga o meno il "fumus" del reato contestato". V., inoltre, Cass., sez. IV, 19 aprile 2012, n. 15063, *inedita*. Circa la legittima valutazione in sede cautelare delle risultanze investigative in relazione alla attendibilità delle "prove in senso proprio" acquisite ex art. 392 c.p.p., Cass., sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 10680, in *CED Cass.*, 243074.

<sup>14</sup> Sulla ammissibilità dell'incidente probatorio in udienza preliminare, dopo la sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 1994 n. 74, Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, 319 e Maffeo, *L'udienza preliminare tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2008, 165.

pubblico ministero. La mancanza di una contrapposizione probatoria a quest'ultimo potrebbe d'altra parte essere compensata dalle integrazioni ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 c.p.p.).

*Discovery* incompleta o tardiva sono quindi i limiti di una disciplina funzionale alla precostituzione della prova, ma non consona ai diritti difensivi. Una richiesta dell'indagato non protetta da una conoscenza adeguata degli atti si profila tra l'altro rischiosa a fronte della interpretazione giurisprudenziale che esclude l'integrarsi di vizi quando il pubblico ministero, nell'assunzione incidentale di testimoni o comunque di dichiaranti, si avvalga di atti o documenti non depositati. La tutela della segretezza delle indagini consente di giustificare che si formi una prova sulla base di dati sconosciuti alla difesa, come era accaduto nel caso di uso di una agenda a fini di contestazione nel corso dell'esame di un coimputato<sup>15</sup>. Il che è stridente con il diritto al contraddittorio se pure nella dimensione ridotta dell'incidente, tanto più che è ammissibile la contestazione per così dire "atipica" di dati difformi risultanti da "ogni precedente acquisizione"<sup>16</sup> e praticabile al di fuori del perimetro delle specifiche disposizioni. È evidente che il meccanismo contestativo a largo raggio promosso dalla giurisprudenza costituzionale, pur senza porsi obiettivi diversi dal vaglio di attendibilità del dichiarante, non può che presupporre la conoscibilità del dato utilizzato per la contestazione da parte di chi può comunque subirne gli effetti. In contraddizione con i principi è quindi la giurispru-

denza che fa derivare, dalla previsione limitativa della *discovery* alle sole dichiarazioni del soggetto da esaminare, la insussistenza di un divieto per il pubblico ministero di utilizzare atti non rivelati alla difesa<sup>17</sup> o che individua per l'organo della accusa un sicuro potere discrezionale nella scelta degli atti da concedere alla conoscibilità<sup>18</sup>. Né, a giustificare gli assunti, può bastare il richiamo al contrappeso sanante del contraddittorio dibattimentale che può essere solo eventuale o, quando formalmente attuato alla stregua del privilegio verso l'oralità (art. 511, comma 2, c.p.p.), può non bastare a coprire il *deficit* di informazione originario. Un contraddittorio pregresso, se pure adeguato ai diritti difensivi secondo la giurisprudenza europea<sup>19</sup>, ma incompiuto alla luce della gestione unilaterale dei dati conoscitivi, può sancire la posizione subordinata della difesa.

#### I LIMITI DIFENSIVI IN RELAZIONE ALLA PERIZIA INCIDENTALE

Come si è evidenziato nella premessa, i limiti alla iniziativa e alla partecipazione della difesa si manifestano in particolare in relazione alla perizia. Per quanto concerne la fattispecie "complessa" (art. 392, comma 2, c.p.p.), è emerso dal caso in oggetto come sia impossibile per la difesa, in assenza di conoscenza degli atti, la dimostrazione in concreto della durata "in eccesso" del mezzo di prova, anche qualora si tratti di accertamento tecnico che possa presumersi esteso temporalmente per via del suo oggetto, di natura ad esempio tributario-contabile<sup>20</sup>. Il dato che emerge è dunque la disparità tra accusa e difesa, essendo il pubblico ministero detentore delle necessarie informazioni da cui dedurre quanto tempo potrebbe essere necessario per le operazioni dei tecnici. L'assenza di una *discovery* piena e tempestiva sottomette la difesa alle scelte altrui, alle quali peraltro deve sottostare anche lo stesso giudice destinatario della richiesta, la cui decisione è condizionata a quan-

<sup>15</sup> Sez. VI, 26 settembre 2008, n. 40971, *Camber*, in *CED Cass.*, 241624 ha escluso la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in incidente probatorio nel corso dell'esame del pubblico ministero che non aveva provveduto al deposito dell'agenda utilizzata per le contestazioni. Per la insussistenza di nullità derivante dall'omesso deposito degli atti di indagine qualora si sia proceduto ad incidente probatorio ex art. 392, comma 1 *bis*, c.p.p., in relazione ad un reato diverso da quelli a sfondo sessuale, Sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23705, in *CED Cass.*, 240321.

<sup>16</sup> C. cost., 21 novembre 1994, n. 407 secondo cui «deve... ritenersi che non è affatto impedito al difensore dell'imputato, sia pure al solo scopo - che del resto in sede di controesame è quello per lui essenziale - di influire sulla valutazione dell'attendibilità del teste, di porre all'esaminando domande intese ad evidenziare un contrasto tra la deposizione dibattimentale e qualsiasi altra risultanza. «L'art. 500 disciplina le "contestazioni" nell'esame testimoniale con riferimento alle "dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero", attribuendo al giudice, in presenza di determinate condizioni, la possibilità di valutarle come prova dei fatti in esse affermati. Ma è evidente che la norma in esame - la quale mira essenzialmente ad individuare un meccanismo di recupero al fascicolo dibattimentale di determinati atti di indagine - non incide sull'ordinario esercizio del potere di domanda delle parti, potere che, come afferma anche la relazione al progetto preliminare, «deve esplicarsi in tutta la sua latitudine, utilizzando perciò ogni precedente acquisizione».

<sup>17</sup> Secondo Cass., Sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, *CED Cass.*, 241226, l'obbligo del pubblico ministero di mettere a disposizione della difesa le dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare, "riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all'autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o comunque giunte alla loro conoscenza».

<sup>18</sup> In questo senso si esprime il provvedimento qui commentato.

<sup>19</sup> In ordine al criterio adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per ritenere sufficiente e adeguato il contraddittorio "istruttorio", *Ubertis*, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2009, 77.

<sup>20</sup> Sul punto, *Sau*, *sub art. 392*, cit., 4869.

## È INAMMISSIBILE L'INCIDENTE PROBATORIO DIRETTO AD OTTENERE UNA PERIZIA DI LUNGA DURATA

to viene depositato dal pubblico ministero con le proprie deduzioni. Neppure nell'ambito di quella intercapedine aperta dall'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415 bis c.p.p.* sembra del resto praticabile l'opzione difensiva per la perizia incidentale, almeno secondo quanto ha stabilito la giurisprudenza costituzionale che ha negato l'ammissibilità della perizia di "lunga durata" in quella sede<sup>21</sup>.

A prescindere dal fatto di poter non condividere la scelta legislativa di anticipare la formazione della prova peritale, di per sé non urgente, in funzione del principio di concentrazione dibattimentale, per questa fattispecie si manifestano peraltro minori criticità rispetto all'altra, affiancata nella stessa disposizione, che ha ad oggetto la «esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224 *bis*» (art. 392 comma 2 c.p.p.)<sup>22</sup>, alla quale è sottesa non tanto una non rinviabilità presunta, quanto una non rinviabilità intrinseca o sostanziale. Sotto questo profilo le preclusioni poste al diritto della difesa alla prova anticipata sono difficilmente comprensibili, considerando inoltre che l'accertamento riservato al pubblico ministero dall'art. 359 *bis* c.p.p., anche se non sottratto al controllo o alla convalida giudiziale, è pur sempre ricondotto alla categoria degli accertamenti tecnici ripetibili<sup>23</sup> in grado di fornire risultati fruibili in un successivo incidente probatorio, senza peraltro le garanzie che potrebbe offrire il meccanismo di cui all'art. 360 c.p.p. Anche nel caso della perizia coattiva, come peraltro per la perizia non rinviabile dei casi "ordinari" (art. 392, comma 1, lett. f) c.p.p.), a scandire l'*an* e il *quando* è ancora il pubblico ministero, sorretto dal potere discrezionale di far conoscere o no gli atti compiuti. Manca in sostanza la base per l'esercizio di quello che può definirsi il diritto alla controprova scientifica<sup>24</sup>. L'utilizzazione dibattimentale dei risultati è poi in qualche modo influenzata dalle scelte investigative - cui sono stati subordinati tempi e modi di assunzione del mezzo di prova incidentale - sia che il perito venga o meno risentito in dibattimento o ne venga acquisita la sola

relazione<sup>25</sup>, anche se l'esame orale del perito, quanto meno in relazione sia alla perizia "lunga" che "coattiva", è tendenzialmente privilegiato dal codice già con la previsione della citazione d'ufficio del perito (art. 468 comma 5 c.p.p.). Il contraddittorio che può scaturire dall'esame o dal parere peritale si può rivelare imperfetto per la sua base conoscitiva originaria, potenzialmente circoscritta anche per il consulente nominato dalla difesa se, come è previsto in via generale, l'autorizzazione del giudice al perito a prendere visione "degli atti, dei documenti e delle cose prodotti dalle parti" riguarda solo quelli "dei quali la legge prevede l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento" (art. 228, comma 1, c.p.p.). In ogni caso, in assenza di una disposizione specificamente mirata all'incidente probatorio che consenta di mettere gli atti a disposizione del perito, compete nella prassi all'inquirente la relativa scelta e selezione. Si tratta di un epilogo che appare sorprendente soprattutto in relazione alla prova genetica, per la quale va verificato quale sia in concreto nella pratica il ruolo partecipativo del consulente tecnico della difesa nei diversi momenti che costruiscono il risultato probatorio<sup>26</sup> e quale incidenza può avere l'applicazione delle regole della prova atipica<sup>27</sup>.

Da qui il raccordo tra le premesse e i dubbi conclusivi in ordine a quanto la disciplina attuale possa ritenersi adeguata e resistere alle implicazioni derivanti dai principi costituzionali. Superato l'argomento della non dispersione della prova a tutto campo e ritrovata la logica di uno strumento refrattario a finalità che non siano quelle di una effettiva urgenza nell'acquisizione della prova, è la giurisprudenza costituzionale a indicare il possibile percorso evolutivo dell'incidente probatorio nel ritorno alle sue origini di mezzo di tutela del solo diritto alla prova non rinviabile<sup>28</sup>, il cui esercizio informato possa essere garantito equilibratamente.

<sup>21</sup> C. cost. 18 luglio 2002, n. 368; C. cost. 15 luglio 2003, n. 249. Per altra fattispecie di assunzione anticipata, successivamente all'avviso di conclusione delle indagini, la Corte si è espressa per la inammissibilità della questione di legittimità (C. cost. 8 maggio 2009, n. 146).

<sup>22</sup> In tema, Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, 191; Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 85 ss.; Casasole, *Prelievi e accertamenti medici coattivi*, Marafioti - Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, 2010, 243.

<sup>23</sup> Felicioni, *L'acquisizione di materiale biologico*, cit., 232.

<sup>24</sup> Fanuele, *Dati genetici*, cit., 58.

<sup>25</sup> Sulla utilizzabilità dibattimentale della perizia eseguita in incidente probatorio, Cass., sez. I, 5 novembre 2008, n. 44847, in *CED Cass.*, 242192. Per la nullità conseguente al mancato esame del perito in dibattimento prima della lettura della relazione peritale, Cass., sez. VI, 26 settembre 2011, n. 38157, in *CED Cass.* n. 250781.

<sup>26</sup> Sulla questione dei poteri e delle facoltà del consulente della difesa, Focardi, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, Padova, 2003, p. 90 ss.

<sup>27</sup> Per precisi rilievi sul punto, Dominioni, *La prova scientifica*, Milano, 2005, p. 260 ss.

<sup>28</sup> C. cost. 15 luglio 2003, n. 249, cit., nella quale si sottolinea che "è esclusivamente in considerazione "(del) "...rischio di irrimediabile dispersione", "che la Corte ha ravvisato l'esigenza di garantire l'effettività del diritto delle parti alla prova, a sua volta espressione del diritto di difesa".

# Il riconoscimento vocale è modalità legittima di individuazione di persona da parte della polizia giudiziaria

**Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 2 ottobre 2012, n. 41456 – Pres. Casucci; Rel. Gallo**

*La richiesta rivolta all'indiziato, nella fase delle indagini preliminari, di pronunciare delle espressioni verbali al fine di consentire il riconoscimento della voce da parte della persona offesa costituisce atto atipico di indagine della polizia giudiziaria pienamente legittimo a norma degli artt. 55 e 348 c.p.p. che non influisce sulla libertà di autodeterminazione della persona interessata, se non è effettuato con metodi coercitivi, e che non impone la partecipazione obbligatoria del difensore.*

[Omissis]

## RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza in data 13/4/2012, il Tribunale di Roma, a seguito di istanza di riesame avanzata nell'interesse di [omissis], indagato per il reato di rapina aggravata e porto e detenzione di pistola, annullava l'ordinanza del Gip di Roma, emessa in data 25/3/12, con la quale era stata applicata al prevenuto la misura cautelare della custodia in carcere.

2. Il Tribunale riteneva non sussistente il quadro di gravità indiziaria fondato sulla individuazione di persona effettuato dalle persone offese. Nel caso specifico era stato chiesto all'indagato di pronunciare alcune frasi per cui l'individuazione dell'agente era avvenuta anche mediante il riconoscimento della voce. Il Tribunale riteneva tali dichiarazioni inutilizzabili in quanto la richiesta formulata all'imputato di collaborare al riconoscimento mediante la pronuncia ad alta voce delle frasi attribuite al rapinatore, senza alcuna garanzia difensiva, influiva sull'autodeterminazione del soggetto, infrangendo il divieto di cui all'art. 188 cod. proc. pen.

3. Avverso tale ordinanza propone ricorso il PM deducendo violazione di legge ed eccependo che il "riconoscimento della voce" costituisce una prova atipica che può essere effettuata lecitamente in quanto non influisce sulla capacità di autodeterminazione del soggetto e non richiede il ricorso alle regole generali per l'interrogatorio di cui all'art. 64 del codice di rito.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato

2. Nel caso di specie la Polizia giudiziaria ha eseguito una individuazione di persona ai sensi degli artt. 361 e 348 cod. proc. pen. modellata sulla falsariga della ricognizione di persona di cui agli art. 213 e ss. cod. proc. pen. In questo contesto è stato chiesto al prevenuto di ripetere le espressioni usate dal rapinatore e l'individuazione da parte delle persone offese è avvenuta non solo attraverso l'aspetto fisico ma anche attraverso il "riconoscimento della voce".

3. A giudizio di questo Collegio, la richiesta rivolta, nella fase delle indagini preliminari, all'indiziato di pronunciare delle espressioni verbali, finalizzata all'individuazione di persona mediante il riconoscimento della voce da parte della persona offesa, costituisce un atto atipico di indagine della polizia giudiziaria pienamente legittimo. Secondo l'insegnamento di questa Corte, infatti, la disciplina processuale (artt. 55 e 348 cod. proc. pen.) è orientata al principio dell'atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria, alla quale compete pertanto il potere-dovere di compiere di propria iniziativa, finché non abbia ricevuto dal pubblico ministero direttive di carattere generale o deleghe per singole attività investigative, tutte le indagini che ritiene necessarie ai fini

dell'accertamento del reato e dell'individuazione dei colpevoli e quindi anche quegli atti ricognitivi che quest'ultima finalità sono diretti a conseguire, quali l'individuazione di persone o di cose (Cass., Sez. 2, Senten-

**IL RICONOSCIMENTO VOCALE È MODALITÀ LEGITTIMA DI INDIVIDUAZIONE**

za n. 16818 del 27/03/2008 Ud. (dep. 23/04/2008) Rv. 239774).

Nel caso di specie, l'atto in questione non ha nulla a che vedere con le sommarie informazioni di cui all'art. 350 c.p.p. e non necessita delle garanzie di cui all'art. 64 poiché non si risolve nel rilascio di dichiarazioni da parte dell'indiziato, che non è stato sottoposto ad interrogatorio. Tale atto, quindi, deve essere qualificato come un atto atipico per il quale non è prevista alcuna assistenza difensiva anche se l'imputato, una volta convocato in caserma, ben avrebbe potuto recarvisi assistito dal suo legale di fiducia. Tanto può desumersi dagli artt. 356 e 361 c.p.p., art. 364 c.p.p., comma 1 che, appunto, prevedono l'assistenza del difensore solo per alcuni atti ben definiti (art. 364 c.p.p., comma 1), laddove per altri atti di indagine (artt. 356 e 361 c.p.p.) anche ben più invasivi di quelli di cui si discute, la legge non richiede l'assistenza obbligatoria del difensore che, quindi, può essere solo eventuale, ove l'indagato ritenga opportuno farsi assistere per l'atto che dev'essere

svolto. Nè può ritenersi che la richiesta rivolta all'indagato di pronunciare alcune frasi ad alta voce, possa influire sulla libertà di autodeterminazione della persona interessata, ove non sia stata effettuata con metodi coercitivi.

In una fattispecie analoga alla presente, questa Corte ha statuito che è legittimo l'atto di acquisizione da parte della polizia giudiziaria di una scheda telefonica spontaneamente consegnata dall'imputato anche se effettuata in assenza del suo legale, trattandosi di atto d'indagine atipico posto in essere nell'esercizio dei poteri alla stessa riconosciuti dagli artt. 55 e 348 cod. proc. pen. e per il cui compimento non è richiesta l'assistenza del difensore (Cass. Sez. 2, Sentenza n.4176 del 15/12/2010 Ud. (dep. 04/02/2011 ) Rv. 249206).

Ad uguali conclusioni deve giungersi nel caso in esame. Di conseguenza l'ordinanza impugnata deve essere annullata, con rinvio al Tribunale di Roma per nuovo esame sul punto.

[Omissis]

PAOLA FELICIONI

*Ricercatore di Diritto processuale penale – Università di Firenze*

## **Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell'autodeterminazione dell'imputato**

### *Identification of voice and atypical investigations made by the police: the protection of the self-determination of the defendant*

---

La sentenza in esame, espressione dell'orientamento giurisprudenziale che sostiene il principio di atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria, afferma la legittimità del riconoscimento della voce dell'indagato operato dalla persona offesa. In particolare, l'atto d'indagine atipico, in cui si concretizza la richiesta all'indagato di proferire alcune espressioni verbali, pure in assenza del difensore, non è ritenuto lesivo della libertà morale. In questa prospettiva una prima lettura della pronuncia desta perplessità; tuttavia la riflessione sul rapporto tra tutela della libertà morale dell'imputato e contributo dello stesso all'accertamento del fatto rivela la correttezza, in linea di principio, dell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte.

*The judgment under review, expression of the juridical orientation that supports the principle of atypicality of the acts of investigation led by the police, affirms the legitimacy of the defendant's voice recognition operated by the injured. In particular, the atypical investigative act, in which the request for the accused of saying some verbal expressions can be materialized, even in the absence of the defence attorney, is not considered detrimental to the moral freedom.*

*In this perspective, a first reading of the judgment arouses perplexity; however, the reflection on the relationship between the protection of the moral freedom of the accused and the contribution of the same for the ascertainment of the fact reveals the correctness of the interpretation offered by the Supreme Court.*

---

## LA VICENDA GIUDIZIARIA E GLI AMBITI DI RIFLESSIONE

La pronuncia in commento è originata da un ricorso presentato dal pubblico ministero avverso l'ordinanza con cui il competente tribunale della libertà aveva annullato un provvedimento di custodia cautelare disposto a carico di un indagato per il reato di rapina aggravata, porto e detenzione di pistola. In particolare, il giudice del riesame aveva motivato il proprio provvedimento rilevando l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in quanto fondati su un'individuazione di persona, ritenuta illegittima. Nel caso concreto la polizia giudiziaria aveva chiesto alla persona sottoposta alle indagini di pronunciare ad alta voce le frasi, attribuite al rapinatore, davanti alla persona offesa che, in seguito, effettuava il riconoscimento della voce. Il Tribunale del riesame aveva sostenuto l'inutilizzabilità dell'individuazione in quanto svolta tramite frasi pronunciate dall'indagato in seguito ad una richiesta formulata dalla polizia giudiziaria in assenza del difensore; si sarebbe verificata una lesione dell'autodeterminazione del soggetto con conseguente violazione dell'art. 188 c.p.p. Per contro, l'organo dell'accusa aveva basato il ricorso in cassazione deducendo una violazione di legge, in quanto il riconoscimento della voce è prova atipica che non influisce sulla capacità di autodeterminazione del soggetto, né richiede l'applicazione dell'art. 64 c.p.p. La Corte di cassazione ha ritenuto fondato il ricorso del pubblico ministero ed ha annullato con rinvio il provvedimento del giudice della libertà.

L'asciutta motivazione della sentenza della Suprema Corte si articola in argomentazioni essenziali che consentono di delineare alcuni ambiti della disciplina processuale penale meritevoli di considerazione. La riflessione prende avvio dal principio di atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria i cui referenti normativi sono individuati negli artt. 55 e 348 c.p.p.: a tale principio viene ricondotta l'individuazione di persone operata nel caso concreto dalla polizia giudiziaria non solo attraverso l'aspetto fisico, ma anche mediante il riconoscimento della voce dell'indagato. Più precisamente, la Corte ha qualificato come atto investigativo atipico la richiesta, rivolta all'inquisito, di collaborare al riconoscimento pronunciando determinate frasi. Nella pronuncia in commento, espressione di un consolidato orientamento giurisprudenziale, si sottolinea che dal principio di atipicità delle indagini discende il potere-dovere della polizia giudiziaria di compiere di propria iniziativa, finché non abbia ricevuto dal pubblico ministero direttive di carattere generale o deleghe per singole attività investigative, «tutte

le indagini che ritiene necessarie ai fini dell'accertamento del fatto e dell'individuazione dei colpevoli e quindi anche quegli atti ricognitivi che quest'ultima finalità sono diretti a conseguire quali l'individuazione di persone o cose».

La Corte di cassazione prosegue sviluppando due considerazioni. Innanzitutto il riconoscimento vocale informale, in quanto atto atipico, esplica efficacia anche qualora si sia svolto in assenza del difensore dell'indagato; peraltro, è evidente la differenza contenutistica dell'indagine in questione, non disciplinata dalla legge, da un atto tipico come le sommarie informazioni rese dall'indagato alla polizia giudiziaria (art. 350 c.p.p.) al quale si applicano le garanzie previste per l'interrogatorio (art. 64) con obbligo di assistenza difensiva. In secondo luogo, la richiesta di collaborazione indirizzata dalla polizia all'indagato, se rivolta senza l'uso di metodi coercitivi, non è ritenuta, di per sé, idonea a comprimere la capacità di autodeterminazione della persona.

Vengono in luce, dunque, vari ambiti di riflessione delineabili in base alla considerazione preliminare secondo cui sottesa all'intero procedimento penale sta la ricerca di equilibrio tra opposte esigenze: si tratta di comporre il contrasto tra l'esigenza di acquisizione della prova del reato e i diritti fondamentali dell'individuo. Questi ultimi, bisogna evidenziare, costituiscono diritti di libertà i quali esistono a prescindere dal processo penale (come, per quanto qui interessa, il diritto alla libertà personale nell'accezione ampia che ricomprende la libertà morale dell'individuo) e diritti "processuali" che traggono origine proprio nello sviluppo della vicenda giudiziaria (come il diritto di difesa)<sup>1</sup>. S'impone perciò la riflessione sia sul tema del rapporto tra atipicità degli atti di indagine e diritto di difesa, sia sull'ambito di operatività dell'art. 188 c.p.p., in quanto disposizione a tutela della libertà morale della persona fonte di prova, a fronte delle attività atipiche d'indagine ed in considerazione del tipo di contributo probatorio richiesto all'accusato.

## PRINCIPIO DI ATIPICITÀ DEGLI ATTI D'INDAGINE DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA E DIRITTO DI DIFESA

Le indagini di iniziativa della polizia giudiziaria si concretizzano in un complesso di attività legittime, tipiche e atipiche, di informazione, investigazione e assicurazione, accomunate dalle finalità di ricostruzione del fatto e di individuazione del colpevole<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Torino, 2004, 175 ss.

<sup>2</sup> Volendo, Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, 307.

## IL RICONOSCIMENTO VOCALE È MODALITÀ LEGGITTIMA DI INDIVIDUAZIONE

L'autonomia operativa della polizia è delimitata sia da divieti espressamente previsti dalla legge<sup>3</sup>, sia da divieti impliciti<sup>4</sup>. In termini più generali la norma di riferimento dell'attività autonoma della polizia giudiziaria è l'art. 348 c.p.p. che disciplina sinteticamente i compiti di assicurazione assegnati a tale soggetto del procedimento<sup>5</sup>. È stato precisato che il comma 2 della norma ora richiamata suddivide gli atti di polizia giudiziaria sotto il profilo dell'oggetto della ricerca, personale o reale, e consente di delimitare un'attività informale e un'attività tipica a seconda che la polizia giudiziaria operi con modalità di espletamento non predefinite ovvero con modi disciplinati dal codice<sup>6</sup>. La configurabilità di atti atipici di investigazione, peraltro, è stata ricavata anche dal tenore letterale dell'art. 370 comma 1 c.p.p., relativo alla delega di atti di indagine dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria, coordinato sotto il profilo logico-sistematico con l'art. 348 c.p.p.<sup>7</sup>

La distinzione dell'attività investigativa della polizia giudiziaria in tipica (artt. 349-354 c.p.p.) e atipica è operata dalla dottrina anche sulla scorta della giurisprudenza che, in particolare, riconduce nell'ambito della attività investigativa non disciplinata dalla legge appostamenti, pedinamenti, rilievi descrittivi, segnaletici e fotografici<sup>8</sup>, nonché

il riconoscimento fotografico operato dalla polizia giudiziaria<sup>9</sup>. La Corte di cassazione, nella sentenza ora in esame, richiama espressamente la propria precedente giurisprudenza ad evidenziare, negli stessi termini, l'esistenza di un principio di atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria, proprio con riferimento al riconoscimento fotografico<sup>10</sup>. Merita segnalare, inoltre, due ricadute del suddetto principio di atipicità: in primo luogo, l'individuazione fotografica compiuta dalla polizia giudiziaria è ritenuta utilizzabile a fini cautelari<sup>11</sup>, come, peraltro, è accaduto nella vicenda in esame. In secondo luogo, quanto al valore probatorio dell'atto, l'individuazione di un soggetto, personale o fotografica, è stata qualificata come una *species* del più generale concetto di dichiarazione in quanto manifestazione riproduttiva di una percezione visiva: la valenza probatoria dell'atto, perciò, discenderebbe dal valore della dichiarazione confermativa come per la deposizione testimoniale essendo, viceversa, influenti le modalità con cui è stato effettuato il riconoscimento<sup>12</sup>.

Il quadro giurisprudenziale sinteticamente tratteggiato induce alcune considerazioni<sup>13</sup>. Si è sostenuto in dottrina che l'attività atipica d'indagine della polizia giudiziaria debba strutturarsi adeguandosi

<sup>3</sup> Si ricordi l'impossibilità di procedere ad ispezione personale (art. 354, comma 3, c.p.p.).

<sup>4</sup> È affermato implicitamente il divieto di effettuare perquisizioni, ispezioni e sequestri negli uffici dei difensori (art. 103, comma 4, c.p.p.).

<sup>5</sup> Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2001, 67. Evidenziano la valenza sistematica della norma che riassume le attività investigative effettuate dalla polizia giudiziaria dopo la comunicazione della notizia di reato al pubblico ministero, Luparia, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, III, Torino, 2009, 177; Paulesu, sub art. 348 c.p.p., Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, 4222. Tuttavia, in senso critico, Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, in Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011, 68, evidenzia che il legislatore ha sintetizzato la descrizione delle indagini di polizia giudiziaria sotto la rubrica «assicurazione delle fonti di prova» (art. 348 c.p.p.), obliterando il momento dell'euristica, mentre la locuzione «assicurazione» va inteso non con riferimento ai risultati delle investigazioni, ma alle operazioni atte a fornire la disponibilità di segni o indizi necessari alle indagini o alla prova.

<sup>6</sup> Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, Chiavario-Marzaduri (diretto da), *Indagini preliminari ed instaurazione del processo. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1999, 123.

<sup>7</sup> Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, 2, I, *Le prove*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 32.

<sup>8</sup> Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, *Guida dir.* 2009, 90. In prospettiva conforme cfr. Cass., sez. V, 6 aprile 1999, *CED Cass.*, 241872; Cass., sez. IV, 11 febbraio 1998, *CED Cass.*, 2104444; Cass., sez. II, 12 dicembre 1997, *Riv. pen.*, 1998, 811.

<sup>9</sup> Si tratterebbe di un accertamento di fatto liberamente valutabile dal giudice stante il principio di non tassatività dei mezzi di prova: Cass., sez. IV, 8 novembre 1995, *Riv. pen.* 1996, 1278. Inoltre v. Cass., sez. II, 27 giugno 2007, n. 35612, *CED Cass.*, 2007.

<sup>10</sup> Cass., sez. II, 27 marzo 2008, n. 16818, *CED Cass.*, 239774 secondo la quale, affermata la natura di prova atipica del riconoscimento fotografico non riconducibile alla ricognizione di persona disciplinata dall'art. 213 c.p.p., la disciplina processuale (art. 55 e 348 c.p.p.) è orientata al principio di atipicità degli atti d'indagine della polizia giudiziaria. Sempre nell'ottica di un dilatamento operativo del riconoscimento informale come atto atipico cui la polizia giudiziaria può procedere quando appaia indispensabile per la prosecuzione delle indagini, v. Cass., sez. VI, 18 aprile 2003, n. 25721, *Cass. pen.* 2004, 3327; Cass., sez. VI, 1 aprile 1998, n. 1235, *Giust. pen.*, 1999, III, 297; Cass., sez. II, 2 settembre 1997, *CED Cass.*, 208467.

<sup>11</sup> Cass., sez. I, 2 dicembre 2008, n. 47545, *CED Cass.*, 2008; Cass., sez. II, 27 giugno 2007, n. 35612, *CED Cass.*, 2007.

<sup>12</sup> Cass., sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6582, *CED Cass.*, 2008; Cass., sez. II, 22 novembre 2006, n. 1529, *Guida dir.*, 2006, 21, 61; in termini analoghi v. Cass., sez. II, 28 febbraio 1997, *Cass. pen.*, 1998, 1737. La Cassazione ha ritenuto che in caso di incongruenza tra il riconoscimento fotografico effettuato davanti alla polizia giudiziaria e la ricognizione personale compiuta in dibattimento, il primo prevalga sulla seconda solo alle condizioni previste dall'art. 500, comma 4, c.p.p., cioè se sussistono elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia o offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso: Cass., sez. IV, 27 febbraio 2003, n. 14855, *Cass. pen.*, 2004, 1724.

<sup>13</sup> Sul punto, v. Paulesu, sub art. 348 c.p.p., cit., 4224.

alle evenienze del caso concreto<sup>14</sup>; tuttavia, si è puntualizzato, correttamente, che l'atipicità dell'atto non deve mai comportare un effetto pregiudizievole per i diritti costituzionalmente garantiti<sup>15</sup>. Emerge il nodo interpretativo che è stato evidenziato in dottrina<sup>16</sup> con riguardo alla configurabilità di mezzi "atipici" di ricerca della prova: riteniamo però che la prospettiva esegetica si debba ampliare fino ad abbracciare anche le investigazioni informali della polizia giudiziaria. In altri termini, viene in gioco l'applicabilità, agli atti delle indagini preliminari, delle regole di ammissione delle prove atipiche delineate dall'art. 189 c.p.p.<sup>17</sup>. Tale disposizione legittima l'uso di prove non previste dalla legge, nella sussistenza di due sole condizioni quali l'idoneità gnoseologica e il rispetto della libertà morale della persona<sup>18</sup>. L'idea di fondo, nella prassi, è che debba essere considerato atipico ed utilizzabile ogni elemento, pur acquisito discostandosi dal modello normativo, sempre che non infranga un divieto. Dunque, si tratta di verificare, caso per caso, se l'attività probatoria aggiri le modalità acquisitive predeterminate dal legislatore o vulneri limiti imposti dalla Costituzione a tutela della persona<sup>19</sup>. In proposito, si individuano due diversi orientamenti interpretativi relativi ai mezzi di ricerca della prova atipici, ma riferibili comunque anche alle indagini atipiche. Un'opzione esegetica nega la categoria dei mezzi di ricerca della prova atipici sottolineando<sup>20</sup> che l'art. 189 c.p.p. esprime il principio secondo il quale quando la prova è disciplinata dalla legge, l'accertamento si deve compiere nel rispetto delle disposizioni procedurali. Inoltre, il divieto di costruire fattispecie parallele in sostituzione di quelle disciplinate *ex lege* varrebbe anche per le fasi anteriori al dibattimento<sup>21</sup>. Sotto un secondo profilo, la configurabilità di mezzi atipici di ricerca della prova viene negata in considerazione della procedura di formazione della prova delineata

dall'art. 189 c.p.p. che prevede un confronto tra giudice e parti sui modi di acquisizione, in quanto attività preventiva non congrua rispetto a strumenti di ricerca probatoria connotati dall'effetto "sorpresa"<sup>22</sup>. L'opposta scelta esegetica, secondo la quale i mezzi atipici di ricerca della prova sono configurabili, è riconducibile alla maggioranza della dottrina<sup>23</sup>. In proposito si è ritenuto che le condizioni alle quali l'art. 189 c.p.p. subordina l'ammissione delle prove non disciplinate dalla legge sono sufficienti a compensare il difetto di tipicità, purchè la atipicità non si atteggi mai a "copertura" per l'utilizzazione della prova *contra legem*<sup>24</sup> nè, si aggiunge, nasconda lesioni di diritti fondamentali. Rispetto alla necessità imposta dall'art. 189 c.p.p. di sentire le parti sulle modalità di assunzione della prova precostituita atipica, viene prospettata un'interpretazione adeguatrice della disposizione: quando l'atipicità riguarda mezzi di ricerca della prova, in luogo del contraddittorio anticipato sull'ammissione nel corso delle indagini, se ne potrà svolgere uno successivo che comporti valutazione critica delle parti sull'avvenuta acquisizione<sup>25</sup> ovvero sulla utilizzabilità degli elementi acquisiti<sup>26</sup>. Analoghe considerazioni valgono per le indagini atipiche<sup>27</sup>.

Nel caso che ci occupa viene in rilievo non tanto il tipo di modalità informale utilizzata dalla polizia giudiziaria per l'individuazione di persona, quanto la effettiva volontarietà della scelta collaborativa dell'indagato. In altri termini ci si deve chiedere se l'atipicità dell'atto, che si concretizza nella richiesta rivolta all'indagato di pronunciare determinate frasi in assenza del suo difensore, non configuri di fatto una violazione del canone del rispetto della libertà morale sancito dall'art. 189 c.p.p.

Per ciò che concerne l'aspetto del diritto di dife-

<sup>14</sup> D'ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2007, 15.

<sup>15</sup> Morgigni, *L'attività di polizia giudiziaria*, Milano, 2002, 527.

<sup>16</sup> Siracusano, *Le prove*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, 399. In prospettiva sinottica, v. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002, 28 ss.; Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, Napoli, 2011, 41 ss.

<sup>17</sup> Con riguardo alla questione nella vigenza del codice del 1930, v. Zappalà, *Il principio di tassatività del mezzo di prova nel processo penale*, Milano, 1982, 136. Per una sintesi in relazione al codice di procedura penale attuale, v. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 529 ss. Da ultimo v. Conti, *La prova atipica*, Tonini - Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 188.

<sup>18</sup> Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 619.

<sup>19</sup> Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, cit., 31.

<sup>20</sup> Nobili, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 43.

<sup>21</sup> Nobili, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, cit., 44.

<sup>22</sup> Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 213; Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, cit., 33.

<sup>23</sup> Per tutti, Conti, *Accertamento del fatto ed inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 160. In giurisprudenza, sulla configurabilità dei mezzi di ricerca della prova atipici, come ad esempio le video-riprese di immagini in luoghi diversi dal domicilio, v. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347.

<sup>24</sup> Siracusano, *Le prove*, cit., 333-334; Ricci, *Le prove atipiche*, cit., 531. In giurisprudenza v. Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, *Dir. pen. proc.*, 2001, 87 con nota di Filippi: le prove "atipiche" previste dall'art. 189 c.p.p. vanno intesi in senso ampio, comprensivo dei mezzi di ricerca della prova e dei mezzi di indagine non disciplinati dal legislatore, e sono utilizzabili se le relative modalità di acquisizione non confliggono con norme di legge.

<sup>25</sup> Camon, *Le riprese televisive come mezzo d'indagine atipica: spunti di riflessione sulle prove incostituzionali*, *Cass. pen.*, 1999, 1195; Conti, *La prova atipica*, cit., 187; Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, *Dir. proc. pen.*, 2001, 92: nonché, in prospettiva di sintesi, v. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale*, cit., 45 ss.

<sup>26</sup> Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, 267.

<sup>27</sup> Conti, *La prova atipica*, cit., 188.

## IL RICONOSCIMENTO VOCALE È MODALITÀ LEGITTIMA DI INDIVIDUAZIONE

sa, la Corte di cassazione dapprima ha evidenziato la diversa connotazione contenutistica e strutturale tra l'atipico riconoscimento informale di persona e un atto d'indagine volto ad acquisire dichiarazioni dell'indagato, come le sommarie informazioni rese alla polizia giudiziaria, rispetto al quale è previsto l'obbligo di assistenza difensiva a pena di nullità assoluta; ad esso, peraltro, si applicano tutte le garanzie difensive delineate dall'art. 64 c.p.p., norma generale che disciplina l'interrogatorio prevedendo tra l'altro, in termini esattamente identici all'art. 188 c.p.p., un divieto di impiegare metodi o tecniche lesive della libertà morale dell'inquisito. In seconda battuta la Corte, ha operato un sommario riferimento alla garanzia del diritto di difesa apprestata dal codice di rito per gli atti garantiti ex art. 364, comma 1, c.p.p. per rimarcare che laddove necessario, rispetto ad atti ben definiti, il legislatore ha assicurato il diritto del difensore di assistere<sup>28</sup>. Comunque, si afferma, anche nel caso concreto l'indagato avrebbe potuto presentarsi alla polizia giudiziaria accompagnato da un difensore: in sostanza, l'effettivo esplicarsi della garanzia difensiva è rimesso all'iniziativa dell'indagato, stante l'atipicità dell'atto.

Si profila una questione ben più ampia che, seppure rimasta in ombra e non affrontata dalla Corte di cassazione, rende opportuna una riflessione<sup>29</sup> sull'individuazione personale effettuata dal pubblico ministero. In altri termini, al di là del pur problematico aspetto tecnico<sup>30</sup>, va considerato il profilo giuridico in quanto l'individuazione è atto d'indagine tipico la cui configurazione codicistica sembra influenzata da un presupposto implicito ossia la ripetibilità dell'atto in dibattimento nella forma della ricognizione: infatti, è un atto segreto non essendo prevista la presenza del difensore. L'implicazione che da tale disciplina discende è la seguente: l'individuazione svoltasi in segreto ed, oltretutto, senza regole formali analoghe a quelle previste per la ricognizione, può essere utilizzata nel procedimento, ad esempio a fondamento di una richiesta di misura cautelare. Tuttavia, l'aspetto maggiormente critico,

che agevolmente si può cogliere, è un altro: l'individuazione è atto non ripetibile utilmente da parte del medesimo ricognitore nei confronti dello stesso soggetto da riconoscere; infatti, la seconda volta che procede all'atto il ricognitore, secondo quanto insegnano gli studi di psicologia, ricorda l'immagine più recente percepita nella precedente individuazione personale o fotografica, con un evidente rischio per l'attendibilità della ricognizione<sup>31</sup>. Le perplessità che tali osservazioni, relative ad un atto d'indagine del pubblico ministero, tipico perché previsto, ma non tipizzato nel contenuto, sono destinate ad aggravarsi rispetto all'indagine atipica e totalmente informale che la polizia giudiziaria può effettuare ai sensi degli artt. 55 e 348 c.p.p., con il beneplacito della costante giurisprudenza.

Viene in considerazione a questo punto il rapporto tra diritto di difesa e atti irripetibili. In generale si evidenzia la limitatezza dell'ambito di intervento del difensore nel corso delle attività svolte dalla polizia giudiziaria<sup>32</sup>. La maggior parte delle attività autonome della polizia giudiziaria sono infatti svincolate dall'osservanza di garanzie difensive, ad eccezione di atti tipici tra i quali, ad esempio, la perquisizione urgente. Si tratta di una scelta legislativa germinata da quel principio di separazione tra fasi del procedimento che era configurato, nell'originario impianto codicistico, in maniera netta: gli atti della polizia giudiziaria, di regola, non sarebbero stati utilizzabili in sede dibattimentale e, quindi, non vi era la necessità di assistenza difensiva. Viceversa, la previsione dell'intervento facoltativo (o obbligatorio) del difensore al compimento di determinati atti si giustifica su un duplice piano: si tratta di indagini che comportano l'ingresso in dibattimento di elementi di prova precostituiti ed, inoltre, il loro compimento può comprimere i diritti fondamentali della persona<sup>33</sup>. Dunque, rispetto ad atti non utilmente ripetibili come appunto l'individuazione operata dal pubblico ministero e il riconoscimento informale effettuato dalla polizia giudiziaria, sarebbe auspicabile una prassi ispirata alla previsione di cui all'art. 114 norme att. c.p.p.: la polizia giudiziaria potrebbe avvisare l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia.

<sup>28</sup> In questi termini anche Cass., sez. II, 15 dicembre 2010, n. 4176, *Cass. pen.*, 4, 1448. La sentenza, cui la Corte nella pronuncia in commento fa esplicito riferimento, afferma che «È legittimo l'atto di acquisizione probatoria da parte della polizia giudiziaria di una scheda telefonica spontaneamente consegnata dall'imputato anche se effettuata in assenza del suo legale, trattandosi di atto d'indagine atipico posto in essere nell'esercizio dei poteri alla stessa riconosciuti dagli artt. 55 e 348 c.p.p. e per il cui compimento non è richiesta l'assistenza del difensore».

<sup>29</sup> Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 517.

<sup>30</sup> Sugli aspetti problematici del riconoscimento di voce nel processo penale v. Chimichi, *Profili giuridici del riconoscimento del parlante*, in Conti (a cura di) *Scienza e processo penale*, Milano, 2011, 383.

<sup>31</sup> Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 518; Priori, *La ricognizione di persone; dal modello teorico alla prassi applicativa*, *Dir. pen. proc.* 2006, 376. Inoltre, si vedano le riflessioni di Andolina, *Individuazione di persona "in immagine" e successivo riconoscimento informale*, *Ind. pen.*, 2012, 2, 561.

<sup>32</sup> Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, cit., 101.

<sup>33</sup> Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2001, 182; Tranchina, *Le attività della polizia giudiziaria nel procedimento per le indagini preliminari*, cit., 101.

## CONTRIBUTO PROBATORIO DELL'ACCUSATO E TUTELA DELLA LIBERTÀ MORALE

Differenti considerazioni devono essere svolte in materia di tutela della libertà morale: è necessario delimitare la sfera di operatività dell'art. 188 c.p.p.

La Corte di cassazione ha affermato chiaramente che la richiesta di collaborazione della polizia giudiziaria all'indagato, se non è avvenuta con mezzi coercitivi, non costituisce violazione del principio, sancito dall'art. 188 c.p.p.<sup>34</sup>, in base al quale è vietato ammettere od assumere alcuna prova che presupponga il ricorso a metodiche o tecniche tali da compromettere o vanificare la libertà di autodeterminazione del soggetto ovvero idonee ad alterarne le facoltà mnemoniche e valutative<sup>35</sup>. Sotto il profilo contenutistico il divieto in questione ha come oggetto i metodi e le tecniche atti ad influire sulla libertà di autodeterminazione ovvero idonei ad alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti. È parsa opportuna la distinzione operata dal legislatore in ragione dell'oggetto dell'offesa arrecata dai metodi o dalle tecniche in questione: alcuni metodi possono incidere sulla libertà di ricordare o valutare i fatti senza però incidere sulla libertà di autodeterminazione<sup>36</sup>. Viceversa, l'espressione «metodi o tecniche» è stata qualificata come endiadi facente riferimento a qualunque intervento manipolante attuabile con metodiche scientifiche quali narcoanalisi, *lie-detector* e simili, ovvero con altri mezzi più o meno grossolani (ad esempio veglie coatte, fame, sete, luce abbagliante, buio, caldo e freddo, esami estenuanti, minacce, esche)<sup>37</sup>.

In sostanza, l'art. 188 c.p.p. delinea un limite di ordine generale alla libertà di formazione del materiale probatorio attraverso la esclusione di tutte le prove che limitino la libertà morale dell'individuo<sup>38</sup>. Si tratta di una norma avente importanza teorica e pratica poiché contiene una sorta di definizione della libertà morale la quale va intesa come integrità della facoltà della persona fonte di prova di determinarsi liberamente rispetto agli stimoli<sup>39</sup>. Si è evi-

denziato altresì come la libertà morale sia un valore metagiuridico<sup>40</sup>, un interesse extraprocessuale collegato ad un principio di civiltà superiore<sup>41</sup>, ed anche ad un principio generale di tutela della dignità dell'uomo<sup>42</sup>.

È necessario ricordare che il fondamento costituzionale della tutela della libertà morale è rinvenuto dalla dottrina nell'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e nella presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.) in relazione all'indagato e all'imputato e nell'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) per quanto riguarda gli altri soggetti. Più particolarmente si evidenzia come l'art. 13, comma 4, Cost. vieti ogni forma di violenza morale verso chi è privato della libertà personale. L'autonomia delle scelte individuali, peraltro, merita un eguale rispetto anche nei confronti di individui non colpiti da misure restrittive della libertà personale titolari di diritti inviolabili che si riconducono all'art. 2 Cost. quale clausola aperta sul terreno delle libertà morali<sup>43</sup>. Infatti l'art. 13, comma 4, Cost., laddove dispone la necessità di una pena per "ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà", si riferisce alla libertà morale e alla dignità dell'individuo e delinea un principio sintonico alla tutela della personalità del singolo *ex art. 2 Cost.*<sup>44</sup>. Su tale rifiuto della violenza morale la dottrina ha fondato l'ampliamento della nozione di libertà personale. Dalla consolidata nozione tradizionale di libertà dagli arresti si è passati ad una nozione più ampia che ricomprende la c.d. libertà morale<sup>45</sup>. La libertà personale-morale, quale matrice di una serie di diritti, è definita come "libertà-situazione" che ingloba in sé le facoltà primordiali dell'uomo, prima tra tutte quella della libertà di autodeterminazione<sup>46</sup>. Si ritiene vi sia una sostanziale equivalenza tra libertà morale o psichica e libertà di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte difensive: l'autodeterminazione processuale sul fatto proprio è incoercibile<sup>47</sup>. Tale libertà di auto-

<sup>34</sup> Nobili, *sub art. 188*, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1990, 396; volendo, Felicioni, *sub art. 188 c.p.p.*, Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 1796.

<sup>35</sup> Grevi, *Prove*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 307; Scaparone, *Procedura penale*, I, Torino, 2008, 321-322. V. inoltre Nobili, *sub art. 188*, cit., 396: l'importanza dell'art. 188 c.p.p. è apprezzabile sul piano della gnoseologia giudiziaria e dell'etica, nel solco del pensiero illuminista.

<sup>36</sup> Taormina, *Diritto processuale penale*, II, Torino 1995, 445.

<sup>37</sup> Cordero *Procedura penale*, cit., 620.

<sup>38</sup> Scaparone, *Procedura penale*, cit. 321.

<sup>39</sup> Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 257.

<sup>40</sup> Taormina, *Diritto processuale penale*, II, cit., 454.

<sup>41</sup> Capitta, *Ricognizione coatta, comunicative evidence e diritto al silenzio*, *Giur. it.*, 1996, I, 118.

<sup>42</sup> Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 288; Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, cit., 22.

<sup>43</sup> Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, cit., 23.

<sup>44</sup> Di Chiara, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, Fiandaca-Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 305.

<sup>45</sup> Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111.

<sup>46</sup> Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, 190; Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 112.

<sup>47</sup> Di Chiara, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24*

## IL RICONOSCIMENTO VOCALE È MODALITÀ LEGGITTIMA DI INDIVIDUAZIONE

determinazione, quindi, viene considerata diritto inviolabile dell'individuo che trova tutela nell'art. 2 Cost. Si delinea pertanto una nozione ampia di libertà personale che riguarda non solo la coercizione fisica ma anche ogni forma di coazione psichica e morale e la dignità del soggetto. Il superamento dei limiti del significato tradizionale della disposizione costituzionale viene inquadrato nella prospettiva personalistica incardinata nell'art. 2 Cost.: il riferimento alla libertà personale non può che indicare la persona in una prospettiva dinamica (intesa come personalità)<sup>48</sup>.

La delimitazione dell'ambito di applicabilità dell'art. 188 c.p.p. presuppone una prima riflessione sulla sua estendibilità alla fase preprocessuale. La norma, esprimendo una regola di fondo a tutela della libertà morale nella formazione della prova, è ritenuta operativa anche rispetto agli strumenti conoscitivi impiegabili nelle indagini preliminari: pur trattandosi di una disposizione tradizionalmente riferita agli strumenti dichiarativi, va applicata non solo ai mezzi di prova e ai mezzi di ricerca della prova, ma anche a tutti gli atti aventi un contenuto dimostrativo tra i quali quelli compiuti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero<sup>49</sup>. Ed ecco la seconda riflessione: sembra opportuno calibrare la garanzia prevista dall'art. 188 c.p.p. in ragione del tipo di contributo probatorio richiesto all'indagato considerandone il possibile duplice ruolo quale "organo" e quale "oggetto" di prova: come anche recentemente è stato evidenziato, si tratta di verificare la sfera di operatività della tutela della libertà morale rispetto alla persona come fonte di prova dichiarativa ovvero come fonte di prova reale<sup>50</sup>.

In altri termini, occorre considerare che l'imputato può rivestire un ruolo attivo ed uno passivo ai quali si ricollega la titolarità di situazioni giuridiche soggettive diverse<sup>51</sup>. Per "organo" di prova si

intende l'imputato che svolge un'attività inerente al concetto di autodifesa e la cui esplicazione principale si rinviene nel contributo attivo consistente nel rendere dichiarazioni relative all'accertamento del fatto. Occorre far riferimento a istituti quali l'interrogatorio, l'esame dibattimentale, e a tutti gli atti che veicolano apporti conoscitivi volontari, provenienti dall'imputato e non coercibili<sup>52</sup>. "Oggetto" di prova è invece l'imputato quando non gli è richiesto di contribuire attivamente all'istruzione probatoria, ma di soggiacere alla stessa con la propria persona: le ipotesi normative di riferimento sono le ispezioni, le perquisizioni e le ricognizioni personali, la perizia ed in genere gli accertamenti svolti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria che si esplicano sul corpo dell'imputato<sup>53</sup>. Dunque il termine "oggetto"<sup>54</sup> racchiude in un concetto unitario, rispetto alla formazione della prova, le varie situazioni di soggezione dell'imputato, limitatamente coercibili<sup>55</sup>.

Sul piano dei principi costituzionali trovano fondamento alcuni nessi tra categorie concettuali. Un primo nesso opera tra la concezione dell'imputato "organo" di prova e la nozione di non collaborazione alla ricostruzione del fatto storico che trova specificazione nel diritto a tenere comportamenti

le terminologie adottate, le elaborazioni di Cavallari, *La capacità dell'imputato*, Milano, 1968, 180; Foschini, *L'imputato. Studi*, III, Milano, 1956, 53; Sabatini, *Situazioni dell'imputato dal punto di vista della sua personalità nel vigente codice di procedura penale italiano*, Scuola pos., 1948, 533; Sabatini, *Principi di diritto processuale penale*, I, Catania, 1948, 101 ss. Più di recente, sul ruolo ambivalente dell'imputato, inquadrato nella sistematica del processo penale, si veda Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 186 ss. La distinzione è ripresa da Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., 55 ss. Sul piano del diritto comparato si segnala Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosh ed., Barcelona, 1999.

<sup>52</sup> Sul tema, volendo, Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, 98 ss.

<sup>53</sup> Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, cit., 198; Felicioni, *Brevi note sul rapporto tra diritto al silenzio e accompagnamento coattivo dell'imputato per il confronto*, *Cass. pen.*, 1995, 3470; Macchia, *Imputato*, in *Ns. Dig. it., App.*, IV, Torino, 1983, 122, secondo il quale l'imputato-oggetto di prova è tale nei casi in cui è considerato realtà del mondo fenomenico, suscettibile di osservazione nelle sue manifestazioni fisiche come nel caso di ispezione e ricognizione personale; in termini analoghi, con riguardo alla ricognizione personale, cfr. Melchionda, *Ricognizione (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1989, 535.

<sup>54</sup> "Oggetto" è sostantivo derivante dal latino *objectus* che significa letteralmente "sottoposto ai sensi".

<sup>55</sup> Il termine "oggetto" spiega in modo soddisfacente la sottoposizione dell'imputato in quanto persona fisica alle prove che si risolvono in un'osservazione di essa; così, Florian, *Delle prove penali*, cit., I, 63 ss., che distingue la persona come individualità fisica e sociale come oggetto di ricognizione e la persona quanto alle sue qualità e condizioni fisiche, morali e psichiche (con riferimento ai segni esterni, morbosi e alle attitudini) oggetto di osservazione e ispezione.

Cost. e il "nuovo" catalogo di diritti dell'"accusato", Fiandaca - Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 271; Mazza, *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica ed efficacia probatoria*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 27.

<sup>48</sup> De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 190.

<sup>49</sup> In tali termini, Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2009, 328; Scafati, *Premesse sulla prova penale*, cit., 25.

<sup>50</sup> Conti, *La tutela della libertà morale: prove dichiarative e prove "reali"*, Tonini - Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 177 ss.

<sup>51</sup> La distinzione "organo" - "oggetto" riferita all'imputato e la relativa terminologia si devono all'elaborazione dottrinale sviluppatasi già nella vigenza del c.p.p. del 1913 e del 1930. Occorre fare riferimento particolarmente a Florian, *Delle prove penali*, I, Milano, 1924, 136 ss. e Id., *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, 240 ss. Si ricordano inoltre, anche se variano

non partecipativi rispetto al procedimento probatorio. Vengono in considerazione i diritti processuali dell'imputato quali il diritto di difendersi provando e il diritto di non collaborare (esercitando il diritto al silenzio), componenti, rispettivamente positiva e negativa, del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.<sup>56</sup>. Occorre avvertire, peraltro, che il diritto di non collaborare all'accertamento del fatto, sotto il profilo della libertà di autodeterminazione, viene ricondotto dalla dottrina anche all'art. 13 Cost. in quanto disposizione che tutela oltre alla libertà fisica anche quella morale e la dignità dell'uomo, entro una prospettiva personalistica incardinata nell'art. 2 della Carta fondamentale<sup>57</sup>.

Con riferimento alla situazione giuridica dell'imputato quale "oggetto" di prova, invece, si può parlare di soggezione quale condizione di colui che di fatto subisce le conseguenze di un legittimo atto coercitivo, fondata sull'art. 2 Cost. Quando la soggezione implica una restrizione della libertà personale, si applicano le garanzie previste dall'art. 13 Cost.: detenzione, ispezioni e perquisizioni personali e ogni altra restrizione della libertà personale devono avvenire nel rispetto della riserva di legge e per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Sotto tale profilo, la disciplina codicistica è rispettosa del dettato costituzionale. Occorre, tuttavia, delimitare la portata della "coercizione" legittima. Il diritto di non collaborare, inteso come diritto di non fornire prove contro se stesso, è situazione a contenuto negativo garantita all'imputato dall'art. 24, comma 2, Cost. Rientrano in tale situazione sia il diritto al silenzio, sia il diritto a non effettuare i movimenti corporei necessari alla prova nel processo penale: si pensi all'assunzione di una certa posizione ai fini della ricognizione personale o al rilascio di un saggio grafico o fonico per una perizia<sup>58</sup>. In altri termini il diritto di non collaborare è situazione giuridica soggettiva dell'imputato quale "organo" di prova e quale "oggetto" di prova;

<sup>56</sup> Scaparone, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999, 123; Id., sub art. 24 comma 2 Cost., Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 13-28*, Bologna, 1981, 72 ss. Il diritto di non collaborare è stato inoltre qualificato come corollario della presunzione di innocenza consacrata nell'art. 27, comma 2, Cost., intesa come regola di giudizio riferita all'onere della prova; così Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1984, 111 ss.

<sup>57</sup> De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, cit., 190.

<sup>58</sup> Scaparone, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, cit., 123. Cfr. anche Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, 208, secondo il quale la coercizione nei confronti del soggetto passivo della ricognizione non può consistere in un costringimento alla collaborazione attuosa.

nell'un caso il diritto in questione si concretizza nella facoltà di tacere avanti all'autorità giudiziaria per non auto incriminarsi; nell'altro caso, nella facoltà di non compiere alcun movimento fisico per consentire attività probatorie che abbiano ad oggetto il proprio corpo<sup>59</sup>. In conclusione, l'art. 24, comma 2, Cost. tutela l'imputato oggetto di prova dall'imposizione di obblighi o coercizioni tendenti a provocare una sua attivazione fisica; è legittima, viceversa, l'imposizione di costrizioni implicanti per il soggetto passivo un mero *patis* (ad esempio, rilievo fotografico, prelievo di impronte digitali, di materiali organici, prove reali sul corpo, ricognizione personale)<sup>60</sup>.

La prospettiva appena delineata trae conforto anche dalla giurisprudenza della Corte europea che si è espressa sui rapporti tra il principio del *nemo tenetur se detegere* e le indagini che si svolgono sul corpo dell'accusato. Innanzitutto il diritto di non rispondere e di non contribuire alla propria incriminazione vengono ricondotti alla nozione di giusto processo delineata dall'art. 6 Cedu e trovano la propria *ratio* nella tutela dell'accusato contro la coercizione abusiva da parte dell'autorità<sup>61</sup>: dunque la protezione dell'individuo appare calibrata sulla legittimità o meno della coazione esercitata per raccogliere elementi di prova. Tuttavia, a parere dei giudici europei, le operazioni che forniscono al processo tutti quei dati che esistono indipendentemente dalla volontà del sospettato e che sono ottenibili anche ricorrendo alla coercizione (es. prelievi di fiato, sangue, urina e tessuti corporali in vista di un'analisi del DNA) sono mezzi intrusivi estranei all'area protetta del diritto al silenzio e, quindi, in via di principio leciti<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Il corpo dell'accusato è a disposizione della giustizia nel caso di ispezione o ricognizione personale, ma non sono consentite intrusioni nella psiche tali da far affiorare ciò che il giudicante non intende palesare: cfr. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 175.

<sup>60</sup> Felicioni, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, *Ind. pen.*, 1999, 502; Scaparone, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, cit., 124.

<sup>61</sup> Emblematica Corte e.d.u., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68: in proposito v. Saccucci, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, Kosteris-Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 383.

<sup>62</sup> Sent. Saunders c. Regno Unito, cit., § 69; dec. 15 giugno 1999, ricorso n. 43486/1998, Tirado Ortiz e Lozano Martin c. Spagna; Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, cit., 129. Tuttavia secondo Saccucci, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, cit., 382, la raccolta coattiva di dati utilizzabili contro l'accusato, rischia di compromettere la protezione dall'abuso, alla quale il diritto al silenzio è funzionale, qualora l'interessato non possa conoscere la possibilità di impiego processuale degli elementi raccolti e non venga assisti-

## IL RICONOSCIMENTO VOCALE È MODALITÀ LEGITTIMA DI INDIVIDUAZIONE

Alla luce delle considerazioni svolte, dunque, sembra corretto ritenere che l'art. 188 c.p.p. sia applicabile limitatamente agli atti di indagine rispetto ai quali si stabilisce un rapporto dialogico tra una persona fonte di prova e l'autorità procedente come l'interrogatorio<sup>63</sup>. Viceversa, rispetto agli atti di indagine che abbiano ad oggetto la persona come entità fisica e non come soggetto dichiarante non sembra sostenibile l'operatività dell'art. 188 c.p.p., giacché non si richiedono all'imputato comportamenti attivi che potrebbero rientrare sotto il divieto di coercizione della volontà<sup>64</sup>. L'imputato oggetto di prova, in altri termini, è tutelato contro la sola imposizione di obblighi e coercizioni tendenti a provocare una sua "attivazione" fisica; può viceversa subire costrizioni implicanti un suo mero *pati*.

Nel caso concreto occorre notare che il contributo probatorio fornito dall'indagato (che, peraltro, presupponendo un *facere*, non è coercibile) è consistito in un'emissione verbale rilevante per la ricostruzione del fatto storico a prescindere dal suo contenuto dichiarativo: a rigore, dunque, non dovrebbe essere invocata l'esigenza di tutela della libertà morale.

Tuttavia, a fronte di un atto atipico di indagine, per stabilire l'effettivo rispetto della libertà morale dell'inquisito, occorre accertare in che cosa l'in-

vestigazione si è concretizzata nel caso specifico. Infatti, non sembrano sorgere problemi qualora l'atto atipico si svolga senza l'instaurazione di un contatto tra indagato e autorità giudiziaria, come nel caso di pedinamento<sup>65</sup> o di raccolta occulta di materiale biologico<sup>66</sup>. Viceversa, qualora tale contatto avvenga, oltretutto senza assistenza difensiva (non prevista trattandosi di atti atipici), e gli organi delle indagini richiedano al soggetto un atto di volizione o una sua attivazione fisica, riemerge l'esigenza di tutela dell'autodeterminazione della persona. In altri termini, la garanzia della libertà morale imporrebbe che la richiesta all'indagato di collaborare all'istruzione probatoria fosse non solo scevra da coazioni indebite, ma che avesse anche un contenuto informativo sulla futura utilizzazione procedimentale o processuale dell'atto di indagine che deve essere compiuto.

to da un difensore. Sul tema, sia consentito il rinvio a Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, 36.

<sup>63</sup> Conti, *La tutela della libertà morale: prove dichiarative e prove "reali"*, cit., 180; Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 193; inoltre, volendo, Felicioni, sub art. 188, cit., 1797.

<sup>64</sup> Viene proposta, tuttavia, una nozione ampia di autodeterminazione processuale quale libertà di scelta difensiva, incoercibile e ritenuta sostanzialmente equivalente con la libertà morale o psichica (Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 27). In tale prospettiva la libertà morale comprende il «diritto a non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno, neanche passivo od inerte (...)»; così Vassalli, *Il diritto alla libertà morale. (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in Id., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 45. A ben vedere, però, non sembra che venga in questione la sottoposizione a legittimi atti di coercizione rispetto ai quali nessun rilievo ha la libertà di collaborare o meno del soggetto passivo, sempre che la relativa disciplina sia congrua rispetto ai principi costituzionali di riferimento in materia.

<sup>65</sup> Le attività di osservazione, controllo e pedinamento non sono considerate intrusive della sfera privata poiché non limitano (a differenza delle ispezioni, perquisizioni e sequestri) la libertà morale del controllato e vanno inquadrate nel novero dei mezzi destinati all'acquisizione di prove non disciplinate dalla legge, consentite dall'art. 189 c.p.p. senza necessità di decreto autorizzativo dell'autorità giudiziaria: così Cass., sez. II 30 ottobre 2008, *Guida dir.* 2009, 90.

<sup>66</sup> Si afferma che, qualora oggetto di raccolta ed accertamento siano materiali biologici "staccati" dal corpo umano, non è più in questione la tutela della libertà personale: Cass., sez. I, 11 marzo 2003, *Dir. e giustizia*, 2003, 34, 98 (in termini analoghi, Cass., sez. I, 23 giugno 2005, *Guida dir.*, 2005, 38, 82; Cass., sez. I, 10 maggio 2005, *Guida dir.*, 2005, 35, 105). Nel caso concreto oggetto dell'accertamento ritenuto irripetibile era stato un campione di saliva dell'indagato raccolto da un bicchiere in cui questi aveva bevuto un caffè offerto dalla polizia giudiziaria. Non riveste alcuna importanza, a parere della Cassazione, la circostanza che la bevanda sia stata offerta al solo fine di acquisire reperti biologici «in quanto nessuna disposizione di legge subordina lo svolgimento delle indagini al consenso dell'indagato, quando appunto non si risolve in violazioni della libertà personale o di altri diritti costituzionalmente garantiti». Se non viene in considerazione la tutela della libertà personale, tuttavia assume rilievo la libertà morale dell'indagato perché la prassi di raccolta all'insaputa dell'interessato pare aggirare la necessità del consenso o, quantomeno, sembra oggi essere inutile stante la disciplina espressa del prelievo di materiale biologico con modalità coattive (art. 224-bis c.p.p.). È corretto allora ritenere legittima la raccolta di segni biologici lasciati dall'interessato al di fuori di un contesto investigativo e senza che vi sia stata alcuna sollecitazione da parte dell'autorità che investiga: in ipotesi del genere, infatti, non emerge la necessità di tutelare la libertà di autodeterminazione.

## Le intercettazioni del Presidente della Repubblica sono vietate dalla legge e devono essere immediatamente distrutte

**Corte costituzionale, sentenza 15 gennaio 2013, n. 1 – Pres. Quaranta; Rel. Silvestri e Frigo**

*Nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sorto a seguito dell'attività di intercettazione telefonica svolta nell'ambito di un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, effettuata su utenza di altra persona, nel corso della quale sono state captate conversazioni del Presidente della Repubblica, la Corte Costituzionale dichiara: che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo di valutare la rilevanza delle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, operate nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08; che non spettava alla stessa Procura della Repubblica di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271, comma 3, del codice di procedura penale, senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate.*

[Omissis]

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Presidente della Repubblica ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, «per violazione degli articoli 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione» – segnatamente, l'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219 (Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione), «anche con riferimento all'art. 271 del codice di procedura penale» – nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, in relazione all'attività di intercettazione telefonica, svolta riguardo alle utenze di persona diversa nell'ambito di un procedimento penale pendente a Palermo, nel corso della quale sono state captate conversazioni intrattenute dallo stesso Presidente della Repubblica.

[Omissis]

8.– Nel merito, il ricorso è fondato.

8.1.– Al fine di decidere il presente conflitto di attribuzione, non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie, ma è necessario far riferimento all'insieme dei principi costituzionali, da cui emergono la figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano.

È appena il caso di osservare, inoltre, che in tutte le

sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa. La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria – determinandone la illegittimità in caso di contrasto – ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme (sentenza n. 356 del 1996). Naturalmente allo stesso principio deve ispirarsi il giudice delle leggi.

La conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie,

**LE INTERCETTAZIONI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SONO VIETATE DALLA LEGGE**

rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela.

8.2.– Poste le premesse metodologiche di cui sopra, la ricostruzione del complesso delle attribuzioni del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano mette in rilievo che lo stesso è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche. Egli dispone pertanto di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio. Tale singolare caratteristica della posizione del Presidente si riflette sulla natura delle sue attribuzioni, che non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma danno allo stesso gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative decisioni di merito. La specificità della posizione del Capo dello Stato si fonda sulla descritta natura delle sue attribuzioni, che lo differenziano dagli altri organi costituzionali, senza incidere, tuttavia, sul principio di parità tra gli stessi.

Alla luce di quanto detto, il Presidente della Repubblica «rappresenta l'unità nazionale» (art. 87, primo comma, Cost.) non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica. Si tratta di organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia.

Tutti i poteri del Presidente della Repubblica hanno dunque lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali. Tali sono, ad esempio, il potere di sciogliere le Camere, per consentire al corpo elettorale di indicare la soluzione politica di uno stato di crisi, che non permette la formazione di un Governo o incide in modo grave sulla rappresentatività del Parlamento; la nomina del Presidente del Consiglio e, su proposta di questi, dei ministri, per consentire l'operatività del vertice del potere esecutivo; l'assunzione, nella sua qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, di iniziative volte a garantire le condizioni esterne per un indipendente e coerente esercizio della funzione giurisdizionale.

8.3.– Per svolgere efficacemente il proprio ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di "magistratura di influenza", il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono.

È indispensabile, in questo quadro, che il Presidente

affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell'emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti dalla Costituzione, un uso discreto di quello che è stato definito il "potere di persuasione", essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato. Le attività informali sono pertanto inestricabilmente connesse a quelle formali.

Le suddette attività informali, fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici, implicano necessariamente considerazioni e giudizi parziali e provvisori da parte del Presidente e dei suoi interlocutori. Le attività di raccordo e di influenza possono e devono essere valutate e giudicate, positivamente o negativamente, in base ai loro risultati, non già in modo frammentario ed episodico, a seguito di estrapolazioni parziali ed indebite. L'efficacia, e la stessa praticabilità, delle funzioni di raccordo e di persuasione, sarebbero inevitabilmente compromesse dalla indiscriminata e casuale pubblicizzazione dei contenuti dei singoli atti comunicativi. Non occorrono molte parole per dimostrare che un'attività informale di stimolo, moderazione e persuasione – che costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana – sarebbe destinata a sicuro fallimento, se si dovesse esercitare mediante dichiarazioni pubbliche. La discrezione, e quindi la riservatezza, delle comunicazioni del Presidente della Repubblica sono pertanto coesenziali al suo ruolo nell'ordinamento costituzionale. Non solo le stesse non si pongono in contrasto con la generale eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma costituiscono modalità imprescindibili di esercizio della funzione di equilibrio costituzionale – derivanti direttamente dalla Costituzione e non da altre fonti normative – dal cui mantenimento dipende la concreta possibilità di tutelare gli stessi diritti fondamentali, che in quell'equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare.

9.– Dalle considerazioni svolte consegue che il Presidente della Repubblica deve poter contare sulla riservatezza assoluta delle proprie comunicazioni, non in rapporto ad una specifica funzione, ma per l'efficace esercizio di tutte. Anche le funzioni che implicano decisioni molto incisive, che si concretizzano in solenni atti formali, come lo scioglimento anticipato delle assemblee legislative (art. 88 Cost.), presuppongono che il Presidente intrattenga, nel periodo che precede l'assunzione della decisione, intensi contatti con le forze politiche rappresentate in Parlamento e con altri soggetti, esponenti della società civile e delle istituzioni, allo scopo di valutare tutte le alternative costituzionalmente possibili, sia per consentire alla legislatura di giungere alla sua naturale scadenza, sia per troncane, con l'appello agli elettori, situazioni di stallo e di ingovernabilità. La propalazione del contenuto di tali colloqui, nel corso dei quali ciascuno degli interlocutori può esprimere apprezzamenti non definitivi e valutazioni di parte su persone e formazioni politiche, sarebbe estre-

mamente dannosa non solo per la figura e per le funzioni del Capo dello Stato, ma anche, e soprattutto, per il sistema costituzionale complessivo, che dovrebbe sopportare le conseguenze dell'acuirsi delle contrapposizioni e degli scontri.

Le stesse considerazioni è possibile fare a proposito dei contatti necessari per un efficace svolgimento del ruolo di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, che non si riduce ai discorsi ufficiali in occasione delle sedute solenni di quest'organo o alla firma dei provvedimenti dallo stesso deliberati, ma implica la conoscenza di specifiche situazioni e particolari problemi, che attengono all'esercizio della giurisdizione a tutti i livelli, senza ovviamente alcuna interferenza con il merito degli orientamenti, processuali e sostanziali, dei giudici nell'esercizio delle loro funzioni.

Ancora va ricordato come il Capo dello Stato presieda il Consiglio supremo di difesa ed abbia il comando delle Forze armate, e come sia chiamato ad intrattenere, anche nelle vesti indicate, rapporti e comunicazioni del cui carattere riservato non occorre dare particolare dimostrazione.

Dagli esempi testé prospettati si può dedurre in quale misura, nel campo delle prerogative costituzionali, vengano in rilievo le esigenze intrinseche del sistema, che non sempre sono enunciate dalla Costituzione in norme esplicite, e che risultano peraltro del tutto evidenti, se si adotta un punto di vista sensibile alla tenuta dell'equilibrio tra i poteri. Questa Corte ha reiteratamente affermato che le prerogative degli organi costituzionali – in quanto derogatorie del principio della parità di trattamento davanti alla giurisdizione, posto alle origini della formazione dello Stato di diritto (sentenza n. 24 del 2004) – trovano fondamento nel dettato costituzionale, al quale il legislatore ordinario può dare solo stretta attuazione (sentenza n. 262 del 2009), senza aggiungere alcuna nuova deroga al diritto comune. Tale esigenza, peraltro, è soddisfatta anche quando quel fondamento, pur nell'assenza di una enunciazione formale ed espressa, emerge in modo univoco dal sistema costituzionale (sentenza n. 148 del 1983).

È evidente altresì che tutti gli organi costituzionali hanno necessità di disporre di una garanzia di riservatezza particolarmente intensa, in relazione alle rispettive comunicazioni inerenti ad attività informali, sul presupposto che tale garanzia – principio generale valevole per tutti i cittadini, ai sensi dell'art. 15 Cost. – assume contorni e finalità specifiche, se vengono in rilievo ulteriori interessi costituzionalmente meritevoli di protezione, quale l'efficace e libero svolgimento, ad esempio, dell'attività parlamentare e di governo.

Si inquadra in questa prospettiva la disposizione di cui all'art. 68, terzo comma, Cost., riguardante i membri delle due Camere, la quale stabilisce che non si possa ricorrere, nei confronti di tali soggetti, ad intercettazioni telefoniche o ad altri mezzi invasivi di ricerca della prova, se non a seguito di autorizzazione concessa dalla Camera competente. Specifiche limitazioni all'esercizio di poteri di indagine mediante atti invasivi, quali le intercettazioni telefoniche, sono previste da norme di rango costituzio-

nale anche per i componenti del Governo (art. 10 della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1, recante « Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione»).

La posizione dei soggetti appena indicati e quella del Presidente della Repubblica divergono tuttavia per due distinti profili. In primo luogo, il Presidente possiede soltanto funzioni di raccordo e di equilibrio, che non implicano l'assunzione, nella sua quotidiana attività, di decisioni politiche – delle quali debba rispondere ai suoi elettori o a chi abbia accordato la fiducia – ma richiedono che ponga in collegamento tutti i titolari delle istituzioni di vertice, esercitando quei poteri di impulso, di persuasione e di moderazione, di cui si diceva prima, richiedenti necessariamente discrezione e riservatezza. Per altro verso, e non a caso, la Costituzione non prevede alcuno strumento per rimuovere la preclusione all'utilizzazione, nei confronti del Presidente, di mezzi di ricerca della prova invasivi, a differenza di quel che concerne i parlamentari ed i componenti del Governo, per i quali è possibile procedere a tali forme di controllo se la Camera competente, secondo le diverse discipline della materia, concede la prescritta autorizzazione.

Nel quadro normativo fa difetto, del resto, ogni riferimento ai soggetti istituzionali cui sarebbe possibile chiedere, da parte dell'autorità giudiziaria, una autorizzazione concernente il Presidente della Repubblica. L'assenza di una previsione non potrebbe essere superata in via interpretativa, neanche da parte di questa Corte, poiché manca in modo evidente una soluzione costituzionalmente obbligata. L'individuazione di un soggetto competente a rilasciare un'autorizzazione del genere potrebbe essere operata soltanto da una norma di rango costituzionale, non surrogabile da alcun altro tipo di fonte né, tanto meno, da una pronuncia del giudice costituzionale.

La mancata previsione di atti autorizzatori simili a quelli contemplati per i parlamentari ed i ministri, e la carenza inoltre di limitazioni esplicite per categorie di reati stabilite da norme costituzionali, non possono portare alla paradossale conseguenza che le comunicazioni del Presidente della Repubblica godano di una tutela inferiore a quella degli altri soggetti istituzionali menzionati, ma alla più coerente conclusione che il silenzio della Costituzione sul punto sia espressivo della inderogabilità – in linea di principio e con l'eccezione costituzionalmente necessaria di cui si dirà poco oltre – della riservatezza della sfera delle comunicazioni presidenziali.

Tale inderogabilità discende dalla posizione e dal ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e non può essere riferita ad una norma specifica ed esplicita, poiché non esiste una disposizione che individui un soggetto istituzionale competente ad autorizzare il superamento della prerogativa. Non si tratta quindi di una lacuna, ma, al contrario, della presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale, dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato.

**LE INTERCETTAZIONI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SONO VIETATE DALLA LEGGE**

Da quanto sinora detto si deduce l'improponibilità di qualunque analogia, nella disciplina della prerogativa di riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato, sia in funzione estensiva che restrittiva, con le norme contenute nella legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), da considerare attuative – specie dopo la sentenza di questa Corte n. 24 del 2004 – di una previsione costituzionale riguardante soltanto i membri del Parlamento. È proprio dallo stesso art. 68 Cost., e non dalle norme di legge ordinaria che vi hanno dato attuazione, che si può invece muovere, sulla base di una logica argomentazione *a fortiori*, per dare un significato, nella direzione indicata, al silenzio della Costituzione in tema di intercettazione delle comunicazioni del Presidente della Repubblica.

10.– Non sarebbe, in effetti, rispondente ad un corretto metodo interpretativo della Costituzione trarre conclusioni negative sull'esistenza di una tutela generale della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica dall'assenza di una esplicita disposizione costituzionale in proposito.

Nessuno, ad esempio, potrebbe dubitare della sussistenza delle immunità riconosciute alle sedi degli organi costituzionali, sol perché non è prevista in Costituzione e rimane affidata esclusivamente all'efficacia dei regolamenti di tali organi, ove invece è sancita in modo esplicito. Questa Corte ha già chiarito che alle disposizioni contenute nella Costituzione, volte a salvaguardare l'assoluta indipendenza del Parlamento, «si aggiungono poi, svolgendone ed applicandone i principi, quelle dei regolamenti parlamentari», da cui «si suole trarre la regola della così detta "immunità della sede" (valevole anche per gli altri supremi organi dello Stato) in forza della quale nessuna estranea autorità potrebbe far eseguire coattivamente propri provvedimenti rivolti al Parlamento ed ai suoi organi. Di guisa che, ove gli organi parlamentari non vi ottemperassero, sarebbe unicamente possibile provocare l'intervento di questa Corte, in sede di conflitto di attribuzione [...]» (sentenza n. 231 del 1975). In definitiva, e per giurisprudenza risalente, la legge e i regolamenti degli organi costituzionali non possono creare nuove prerogative, ma possono tuttavia esprimere prerogative implicite alla particolare struttura ed alle specifiche funzioni dei medesimi organi.

La immunità delle sedi è legata all'esistenza stessa dello Stato di diritto democratico, che verrebbe posta certamente in pericolo dall'esercizio non contrastabile dei poteri repressivi, anche nei luoghi ove si esercitano le massime funzioni di rappresentanza e di garanzia. La violazione delle sedi degli organi costituzionali potrebbe avvenire solo in uno Stato autoritario di polizia, che ovviamente costituisce l'opposto dello Stato costituzionale delineato dalla Carta del 1948.

L'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su

principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica. La natura derogatoria del principio di uguaglianza, propria delle norme che sanciscono le prerogative degli organi costituzionali, impone – come questa Corte ha costantemente affermato – una stretta interpretazione delle relative disposizioni. Sono pertanto escluse sia l'interpretazione estensiva che quella analogica, ma resta possibile ed anzi necessaria l'interpretazione sistematica, che consente una ricostruzione coerente dell'ordinamento costituzionale.

Non sarebbe ragionevole dire, d'altra parte, che l'immunità delle sedi costituisca un inaccettabile privilegio degli organi costituzionali, contrario all'art. 3 Cost., perché uguale immunità non è prevista per le abitazioni dei cittadini. Le norme regolamentari in discorso esplicitano una garanzia funzionale presente nella Costituzione, e per questa ragione sono con essa perfettamente compatibili.

Si consideri ancora che, una volta stabilita l'inviolabilità della sede degli organi costituzionali rispetto all'esercizio di poteri coercitivi dell'autorità giudiziaria o di polizia, sarebbe davvero irragionevole ammettere la possibilità di una intrusione sulle linee telefoniche in uso ai titolari degli organi stessi, per di più installate proprio nelle sedi protette da immunità. Se si rileva poi che, oltre alle intercettazioni telefoniche, sono possibili – in relazione a determinate fattispecie – anche intercettazioni ambientali, si dovrebbe assurdamente concludere che sia consentito collocare, previa autorizzazione del giudice, apparecchi trasmettenti nelle sedi delle Camere, del Governo, della Corte costituzionale, sol perché non esiste un esplicito divieto costituzionale di compiere tali atti investigativi.

Il paradosso legato ad una ricerca solo testuale delle prerogative potrebbe spingersi fino a conseguenze ancor più estreme. Norme di rango costituzionale pongono limiti espressi alla possibilità che i componenti delle Camere o del Governo siano assoggettati a provvedimenti coercitivi della libertà personale, oltre che a mezzi di indagine lesivi dell'inviolabilità delle comunicazioni e del domicilio (rispettivamente, art. 68 Cost. e art. 10 della legge cost. n. 1 del 1989). Nell'assenza di analoghe previsioni che lo riguardano, dovrebbe ritenersi, secondo il metodo qui disatteso, che il Presidente della Repubblica possa essere indiscriminatamente assoggettato a provvedimenti coercitivi – perfino eseguibili attraverso la restrizione in carcere – anche ad iniziativa della polizia giudiziaria. E ciò qualunque sia la natura del reato in ipotesi perseguito. L'inaccettabilità della conseguenza, com'è ovvio, invalida il metodo. Ed infatti non mancano, nell'ordinamento, norme sintomatiche dell'incoercibilità della libertà personale del Capo dello Stato. Si pensi ad esempio all'esclusione per quest'ultimo della possibilità di procedere nelle forme ordinarie (e dunque anche mediante l'eventuale accompagnamento coattivo) all'assunzione della testimonianza (art. 205, comma 3, cod. proc. pen., in relazione al comma 1 della stessa norma): lungi dal costituire una eccezione (in questo senso irragionevole) nell'ambito di una generalizzata possibilità di coercizione, la disposizio-

ne rappresenta piuttosto la regola applicativa, sul piano particolare, del più generale regime di tutela della funzione presidenziale.

11.– L'art. 90 Cost. prevede che il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o attentato alla Costituzione. È opinione pacifica che l'immunità di cui alla citata norma costituzionale sia onnicomprensiva, copra cioè i settori penale, civile, amministrativo e politico. Tuttavia la perseguibilità del Capo dello Stato per i delitti di alto tradimento e di attentato alla Costituzione rende necessario che, allo scopo di accertare così gravi illeciti penali, di rilevanza non solo personale, ma istituzionale, possano essere utilizzati anche mezzi di ricerca della prova particolarmente invasivi, come le intercettazioni telefoniche. Si tratta di una limitazione logica ed implicita alla statuizione costituzionale che assoggetta il Presidente della Repubblica alla giurisdizione penale – sia pure con forme e procedimenti peculiari – in vista dell'accertamento della sua responsabilità per il compimento di uno dei suddetti reati funzionali.

La ritenuta necessità di consentire l'esercizio di poteri investigativi particolarmente penetranti, come (per quanto qui interessa) le intercettazioni telefoniche, ha indotto il legislatore ordinario a dare stretta attuazione al disposto costituzionale, mediante l'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 219 del 1989. Tale disciplina attribuisce al Comitato parlamentare, di cui all'art. 12 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 (Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale), il potere di deliberare i provvedimenti che dispongono intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica, sempre dopo che la Corte costituzionale abbia sospeso lo stesso dalla carica: un'eccezione, stabilita con legge ordinaria, al generale divieto, desumibile dal sistema costituzionale, di intercettare le comunicazioni del Capo dello Stato. La norma eccezionale si contiene nei limiti strettamente necessari all'attuazione processuale dell'art. 90 Cost. – che costituisce, a sua volta, norma derogatoria – disponendo, per di più, che, finanche nell'ipotesi di indagini volte all'accertamento dei più gravi delitti contro le istituzioni della Repubblica previsti dall'ordinamento costituzionale, siano interdette agli investigatori intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente in carica.

Lo stesso argomento a fortiori, che consente di dare un significato coerente con il sistema al silenzio della Costituzione sulle garanzie di riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato, deve essere utilizzato per dedurre dalla rigorosa previsione dell'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 219 del 1989, la conclusione che la garanzia prevista perfino per le indagini concernenti i delitti più gravi sul piano istituzionale implica che, per tutte le altre fattispecie, non si possa ipotizzare un livello di tutela inferiore. Ciò, del resto, è esplicitamente riconosciuto anche da quella parte della dottrina che circoscrive nel modo più restrittivo le prerogative presidenziali. La stessa Procura della Repubblica di Palermo, odierna resistente, non contesta che sia inibita qualunque forma di intercettazione telefonica nei confronti del Presidente della Repubblica

ca ed ha piuttosto incentrato le sue difese – come si vedrà poco più avanti – sull'asserita impossibilità di riferire tale divieto alle intercettazioni «casuali».

12.– Sulla base delle considerazioni sinora esposte, si deve affermare altresì che, al fine di determinare l'ampiezza della tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, non assume alcuna rilevanza la distinzione tra reati funzionali ed extrafunzionali, giacché l'interesse costituzionalmente protetto non è la salvaguardia della persona del titolare della carica, ma l'efficace svolgimento delle funzioni di equilibrio e raccordo tipiche del ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, fondato sulla separazione e sull'integrazione dei poteri dello Stato.

Si deve inoltre sottolineare che tutta la discussione sulla distinzione tra i reati ascrivibili al Capo dello Stato, sviluppata anche nell'ambito del presente giudizio, risulta invece ad esso estranea, giacché nel procedimento penale da cui origina il conflitto non è mai emersa alcuna contestazione di natura penale nei confronti del Presidente.

[Omissis]

14.– Contrariamente a quanto sostiene la resistente, non assume neppure rilevanza – se non per il profilo che appresso si indicherà – la distinzione (tuttora oggetto di controversie nei casi concreti) tra intercettazioni dirette, indirette e casuali.

In via preliminare va ricordato come, secondo la giurisprudenza costituzionale formatasi a proposito delle indagini riguardanti parlamentari o membri del Governo, occorra distinguere tra controlli mirati all'ascolto delle comunicazioni del soggetto munito della prerogativa, e controlli casuali od occasionali, cioè intervenuti accidentalmente in forza dell'intercettazione disposta a carico di un soggetto non immune. Nella prima delle due categorie sono comprese anche le intercettazioni "indirette", cioè quelle indagini che, pur non riguardando (a differenza delle intercettazioni "dirette") le utenze in uso al soggetto immune, siano comunque mirate a captarne le comunicazioni, a causa del suo rapporto personale o professionale con la persona assoggettata al controllo (si vedano, in proposito, le sentenze n. 114 e n. 113 del 2010, n. 390 del 2007, nonché le ordinanze n. 171 del 2011 e n. 263 del 2010).

Nel caso in esame, l'occasionalità delle intercettazioni effettuate non è in contestazione fra le parti. Sia nell'atto introduttivo del giudizio che nella successiva memoria, lo stesso ricorrente muove, infatti, dall'esplicito presupposto che le captazioni dei colloqui presidenziali siano state operate accidentalmente, non prospettando, neppure in via di ipotesi, un intento surrettizio degli inquirenti di accedere alla sfera delle comunicazioni del Capo dello Stato tramite il monitoraggio delle utenze in uso all'indagato.

Tuttavia, anche aderendo alla concorde qualificazione operata dalle parti, ciò non comporta che le intercettazioni in questione debbano ritenersi consentite e suscettibili di utilizzazione processuale, sulla base dell'argomento che quanto è fortuito non può formare oggetto di divieto. Difatti, se il fondamento della tutela della riservatezza delle comunicazioni presidenziali non è l'espressione di una presunta – e inesistente – immunità del Presidente

**LE INTERCETTAZIONI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SONO VIETATE DALLA LEGGE**

per i reati extrafunzionali, ma consiste nell'essenziale protezione delle attività informali di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato, ossia tra soggetti che svolgono funzioni, politiche o di garanzia, costituzionalmente rilevanti, allora si deve riconoscere che il livello di tutela non si abbassa per effetto della circostanza, non prevista dagli inquirenti e non conosciuta ovviamente dallo stesso Presidente, che l'intercettazione non riguardi una utenza in uso al Capo dello Stato, ma quella di un terzo destinatario di indagini giudiziarie. Si verificherebbe, secondo l'opposta opinione, la singolare situazione di una tutela costituzionale che degrada in seguito a circostanze casuali, imprevedibili anche da parte degli stessi inquirenti.

Semmai la distinzione di cui sopra potrebbe assumere rilevanza per valutare la responsabilità di chi dispone le intercettazioni, giacché diversa è la posizione di chi deliberatamente interferisce in modo illegittimo nella sfera di riservatezza di un organo costituzionale e di chi si trovi occasionalmente di fronte ad una conversazione captata nel corso di una attività di controllo legittimamente mirata verso un altro soggetto.

Se l'intercettazione è stata casuale, cioè non prevedibile né evitabile, il problema non è quello di affermare il suo divieto preventivo, che, in via generale, esiste, ma non è applicabile nella fattispecie – anche per le modalità tecniche della relativa esecuzione – proprio per la casualità e l'imprevedibilità della captazione (considerazione che priva, tra l'altro, della sua necessaria premessa logica la richiesta del ricorrente di dichiarare che non spettava agli inquirenti non interrompere la registrazione delle conversazioni). La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all'intercettazione, in cui rileva la direzione impressa all'atto di indagine dall'autorità procedente, a quella posteriore, giacché si impone alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il vulnus alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni.

Si tratta di conclusioni perfettamente compatibili con la logica dei divieti probatori nel processo penale, cui si connette la sanzione dell'inutilizzabilità della prova (art. 191 cod. proc. pen.). Tale sanzione processuale opera a garanzia dell'interesse presidiato dal divieto, a prescindere dalla responsabilità dell'inquirente per la violazione di regole procedurali nell'attività di acquisizione. Il carattere casuale di una captazione non consentita (si pensi all'episodico contatto, da parte di una persona legittimamente sottoposta ad intercettazione, con un soggetto tenuto al segreto professionale) non incide sulla necessità di tutela della riservatezza del relativo colloquio.

È chiaro dunque come, specie ai livelli di protezione assoluta che si sono riscontrati riguardo alle comunicazioni del Presidente della Repubblica, già la semplice rivelazione ai mezzi di informazione dell'esistenza delle registrazioni costituisca un vulnus che deve essere evitato. Se poi si arrivasse ad intraprendere iniziative processuali suscettibili di sfociare nella divulgazione dei contenuti delle stesse comunicazioni, la tutela costituzionale, di cui

sinora si è trattato, sarebbe irrimediabilmente e totalmente compromessa. Dovere dei giudici – soggetti alla legge, e quindi, in primo luogo, alla Costituzione – è quello di evitare che ciò possa accadere e, quando ciò casualmente accada, di non portare ad ulteriori conseguenze la lesione involontariamente recata alla sfera di riservatezza costituzionalmente protetta.

15.– La soluzione del presente conflitto non può che fondarsi – in base a quanto detto sinora – sull'affermazione dell'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni casualmente effettuate di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, che nel caso di specie risultano essere quattro, peraltro intrattenute mediante linee telefoniche del Palazzo del Quirinale.

Lo strumento processuale per giungere a tale risultato, costituzionalmente imposto, non può essere quello previsto dagli artt. 268 e 269 cod. proc. pen., giacché tali norme richiedono la fissazione di un'udienza camerale, con la partecipazione di tutte le parti del giudizio, i cui difensori, secondo quanto prevede il comma 6 del citato art. 268, «hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni», previamente depositati a tale fine. Anche la procedura di distruzione regolata dai commi 2 e 3 del citato art. 269 è incentrata, come questa Corte ha ribadito a suo tempo con la sentenza n. 463 del 1994, sull'adozione del rito camerale e dei connessi strumenti di garanzia del contraddittorio.

Un duplice ordine di motivi conduce ad escludere la legittimità del ricorso agli istituti processuali in questione.

In primo luogo, la cosiddetta «udienza di stralcio», di cui al sesto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., è inconfidente rispetto al caso che ha dato origine al conflitto, essendo strutturalmente destinata alla selezione dei colloqui che le parti giudicano rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti per cui è processo. Nel caso di specie nessuna valutazione di rilevanza è possibile, alla luce del riscontrato divieto di divulgare, ed a maggior ragione di utilizzare in chiave probatoria, riguardo ai fatti oggetto di investigazione, colloqui casualmente intercettati del Presidente della Repubblica. Quanto alla procedura partecipata di distruzione, essa riguarda per definizione conversazioni prive di rilevanza ma astrattamente utilizzabili, come risulta dalla clausola di esclusione inserita, riguardo alle intercettazioni delle quali sia vietata l'utilizzazione, in apertura del secondo comma dell'art. 269 cod. proc. pen.

È evidente d'altra parte, nella dimensione propria e prevalente delle tutele costituzionali, che l'adozione delle procedure indicate vanificherebbe totalmente e irrimediabilmente la garanzia della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica.

Esiste piuttosto un'altra norma processuale – cioè l'art. 271, comma 3, cod. proc. pen., invocato dal ricorrente – che prevede che il giudice disponga la distruzione della documentazione delle intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione ai sensi dei precedenti commi dello stesso articolo, in particolare e anzitutto perché «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge», salvo che essa costituisca

corpo di reato. Per le ragioni fin qui illustrate, le intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica ricadono in tale ampia previsione, ancorché effettuate in modo occasionale.

Quanto alla procedura da seguire, nella citata disposizione non sono contenuti rinvii ad altre norme del codice di rito, e manca in particolare il richiamo all'art. 127, che invece è operato nella contigua previsione dell'art. 269 cod. proc. pen. Dunque, la norma processuale in questione non impone la fissazione di una udienza camerale "partecipata", e neppure la esclude.

La soluzione è coerente con l'eterogeneità delle fattispecie regolate dallo stesso art. 271 cod. proc. pen., consentendo di tener conto delle diverse ragioni che sono alla base delle singole ipotesi di inutilizzabilità. Questa può derivare, per un verso, dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate: tali, in particolare, le prescrizioni degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, specificamente richiamate dal comma 1 dell'art. 271 cod. proc. pen., in materia di presupposti e modalità di esecuzione delle operazioni. Ma l'inutilizzabilità può connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espresive di un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro). È questo il caso, specificamente previsto dal successivo comma 2, delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. (ministri di confessioni religiose, avvocati, investigatori privati, medici ed altro), allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione. Ma è questo ovviamente anche il caso dell'intercettazione, benché casuale, di colloqui del Capo dello Stato, riconducibile, come detto, all'ipotesi delle intercettazioni «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge», cui è preliminare e distinto riferimento (come univocamente emerge dall'impiego della particella disgiuntiva «o») nel comma 1 dell'art. 271: previsione che si presta a svolgere un ruolo "di chiusura" della disciplina dell'inutilizzabilità, abbracciando fattispecie preclusive diverse e ulteriori rispetto a quelle dianzi indicate, ricavabili anche, e in primo luogo, dalla Costituzione.

A proposito delle regole da seguire ai fini della distruzione del materiale inutilizzabile, il trattamento delle due categorie di intercettazioni deve essere diverso. Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una

protezione "assoluta" del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica rispetto alla ratio della tutela. L'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte dei terzi – o, peggio, alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro del culto, ovvero all'ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato tra l'imputato e il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all'art. 271, comma 3, cod. proc. pen. fosse avviata dopo l'esercizio dell'azione penale).

Nelle ipotesi ora indicate – e dunque anche, a maggior ragione (stante il rango degli interessi coinvolti), in quella dell'intercettazione di colloqui presidenziali – deve ritenersi che i principi tutelati dalla Costituzione non possano essere sacrificati in nome di una astratta simmetria processuale, peraltro non espressamente richiesta dall'art. 271, comma 3, cod. proc. pen. Né gioverebbe richiamare, in senso contrario, la sentenza di questa Corte n. 173 del 2009, che ha stabilito la necessità dell'udienza camerale, nel contraddittorio delle parti, per procedere alla distruzione dei documenti, supporti o atti recanti dati illegalmente acquisiti inerenti a comunicazioni telefoniche o telematiche, ovvero ad informazioni illegalmente raccolte. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, si discuteva, nel caso che ha dato origine alla questione decisa con la suddetta pronuncia, di documenti che costituivano essi stessi corpo di reato, esplicitamente esclusi dalla previsione di distruzione di cui al comma 3 dell'art. 271 cod. proc. pen., palesemente inapplicabile dunque a quelle fattispecie.

16.– Le intercettazioni oggetto dell'odierno conflitto devono essere distrutte, in ogni caso, sotto il controllo del giudice, non essendo ammissibile, né richiesto dallo stesso ricorrente, che alla distruzione proceda unilateralmente il pubblico ministero. Tale controllo è garanzia di legalità con riguardo anzitutto alla effettiva riferibilità delle conversazioni intercettate al Capo dello Stato, e quindi, più in generale, quanto alla loro inutilizzabilità, in forza delle norme costituzionali ed ordinarie fin qui citate.

Ferma restando la assoluta inutilizzabilità, nel procedimento da cui trae origine il conflitto, delle intercettazioni del Presidente della Repubblica, e, in ogni caso, l'esclusione della procedura camerale "partecipata", l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento.

[Omissis]

LUCIO CAMALDO\*

Ricercatore di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Milano

## La tutela “assoluta” della riservatezza del Capo dello Stato: inammissibilità e distruzione immediata delle intercettazioni di conversazioni

### *The protection of the confidentiality of Presidential communications: inadmissibility and immediate destruction of intercepted conversations*

L'Autore evidenzia come la Corte costituzionale correttamente rinviene nella tutela assoluta della riservatezza del Capo dello Stato, derivante essenzialmente dal suo profilo costituzionale, la *ratio* della inammissibilità di qualsivoglia operazione di intercettazione delle conversazioni presidenziali e la conseguente distruzione immediata dei colloqui casualmente intercettati, senza che si celebri alcuna udienza, così da evitare tanto la pubblicità interna che esterna al procedimento.

*The protection of the confidentiality is the reason of the inadmissibility of any wiretapping of Presidential conversations and of the consequent immediate destruction of intercepted conversations without any hearing, so as to avoid the internal and external publicity.*

#### L'OGGETTO DELLA DECISIONE E I PROFILI DI ANALISI

La pronuncia della Corte costituzionale in esame merita particolare attenzione poiché contiene inedite linee guida nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa riguardante le intercettazioni telefoniche, in cui sia comunque coinvolto il Capo dello Stato<sup>1</sup>.

Chiamata a pronunciarsi sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevato dal Presidente della

Repubblica nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, in relazione all'attività di intercettazione telefonica operata da quest'ultima nell'ambito delle indagini dirette ad accertare la presunta “trattativa tra Stato e mafia” negli anni tra il 1992 e il 1994, la Consulta ha dovuto affrontare due diversi – ma connessi – profili: da un lato, l'(in)ammissibilità di intercettazioni di colloqui telefonici del Capo dello Stato, dall'altro le modalità di distruzione delle conversazioni intercettate in violazione della legge<sup>2</sup>.

Tra le numerose telefonate intercettate (n. 9.295) sulle utenze in uso all'ex Sen. Nicola Mancino nel pe-

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

<sup>1</sup> Per alcuni commenti a prima lettura v. Viganò, *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2013; Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, *Diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2013; Salerno, *Conflitto tra poteri: una decisione corretta sulle intercettazioni al Capo dello Stato*, *Guida dir.*, 2013, 1, 9; Tira, *Il conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la procura di Palermo in materia di intercettazioni indirette o casuali*, *Riv. telem. giur. della Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 4, 1; Nori, *Il conflitto a proposito delle intercettazioni telefoniche: alcune osservazioni preliminari*, *www.federalismi.it*, 2012, 16, 6.

<sup>2</sup> Il conflitto di attribuzione (v. Ricorso per conflitto di attribuzione, *G.U.*, 1° Serie speciale – Corte costituzionale, n. 39 del 3 ottobre 2012) è stato sollevato per violazione degli artt. 90 e 3 Cost. e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione – segnatamente l'art. 7 l. 5 giugno 1989 n. 219 – anche con riferimento all'art. 271 c.p.p. A tal riguardo, v. Demmig, *La motivazione del ricorso presidenziale contro la Procura della Repubblica di Palermo: qualche osservazione critica*, *Riv. telem. giur. della Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 4, 1.

riodo tra novembre 2011 e maggio 2012, nell'ambito del procedimento volto ad accertare i reati di violenza o minaccia aggravata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, quattro di tali conversazioni hanno, infatti, avuto come casuale interlocutore il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano.

Sebbene la Procura di Palermo non abbia provveduto al deposito delle registrazioni e della documentazione inerente ai suddetti colloqui, che pertanto non sono stati resi conoscibili ai terzi, ha, tuttavia, conservato tali intercettazioni nel fascicolo di indagine, riservandosi di valutarne la rilevanza e di procedere alla eventuale distruzione tramite il normale *iter* procedimentale previsto dagli artt. 268 ss. c.p.p.

Venuto a conoscenza di tale situazione tramite le dichiarazioni rese ad alcuni organi di stampa dal sostituto Procuratore incaricato di quell'indagine<sup>3</sup> e ricevutane successivamente conferma anche da una nota dello stesso Procuratore di Palermo<sup>4</sup>, il Presidente della Repubblica, rappresentato dall'Avvocatura dello Stato, ha investito della questione la Corte costituzionale<sup>5</sup>, ritenendo, anzitutto, che le intercettazioni, anche indirette o casuali, di conversazioni del Capo dello Stato sono radicalmente vietate dalla legge e, di conseguenza, non potrebbero essere valutate, utilizzate o trascritte e, in secondo luogo, che la Procura dovrebbe chiedere al giudice l'immediata distruzione di tali registrazioni, ai sensi dell'art. 271 c.p.p. in quanto eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge», senza l'instaurazione di alcun contraddittorio tra le parti.

La Corte costituzionale ha accolto entrambe le pretese avanzate dal ricorrente (inammissibilità di qualsiasi tipo di intercettazione di conversazioni del Capo dello Stato; distruzione immediata delle eventuali registrazioni senza udienza "partecipata" delle parti interessate), rinvenendo il fondamento, in ambedue i casi, nell'esigenza di protezione "assoluta" della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, quale emerge dalla fisionomia e dalle funzioni attribuite a quest'ultimo dal sistema

costituzionale nel suo complesso, prima che da specifiche disposizioni (art. 90 Cost.; art. 7 l. 5 giugno 1989 n. 219).

Il percorso motivazionale seguito dalla Consulta per giungere alle predette conclusioni fa emergere una disciplina che è intrinseca alla *littera legis* e che non sempre è resa esplicita dal legislatore.

#### L'INAMMISSIBILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI DEL CAPO DELLO STATO

Sotto il profilo dell'inammissibilità di una attività intercettativa delle conversazioni del Capo dello Stato, la mancata espressa previsione di un procedimento simile a quello contemplato per i parlamentari e i ministri (art. 68 Cost.)<sup>6</sup> non può portare – secondo la Consulta – «alla paradossale conseguenza che le comunicazioni del Presidente della Repubblica godano di una tutela inferiore a quella degli altri soggetti istituzionali menzionati, ma alla più coerente conclusione che il silenzio della Costituzione sul punto sia espressivo della inderogabilità [...] della riservatezza della sfera delle comunicazioni presidenziali».

Tale inderogabilità «discende dalla posizione e dal ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e non può essere riferita ad una norma specifica ed esplicita, poiché non esiste una disposizione che individui un soggetto istituzionale competente ad autorizzare il superamento della prerogativa».

Non si tratta quindi di una lacuna, ma, al contrario, «della presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale, dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato»<sup>7</sup>.

L'interesse alla protezione "assoluta" della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, derivante essenzialmente dal suo profilo costituzionale, costituisce la *ratio* del divieto probatorio, cui si connette la sanzione dell'inutilizzabilità

<sup>3</sup> Si tratta di un'intervista rilasciata dal Sostituto Procuratore Antonino Di Matteo e pubblicata sul quotidiano *La Repubblica* in data 22 giugno 2012.

<sup>4</sup> Interpellato dall'Avvocatura generale dello Stato, su mandato del Presidente della Repubblica, il Procuratore di Palermo Francesco Messineo rispondeva con una nota del 6 luglio 2012, con la quale confermava che non prevedeva alcuna utilizzazione investigativa o processuale delle conversazioni intercettate in cui era coinvolto il Capo dello Stato, ma che si sarebbe proceduto alla distruzione delle stesse "con la formalità di legge".

<sup>5</sup> Come si è già detto, lo strumento utilizzato dalla Presidenza della Repubblica è il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sulla cui ammissibilità non è possibile dilungarsi in questa sede, dovendosi rinviare alla lettura dei §§ 4-7 della motivazione della sentenza, nonché C. cost., ord. 19 settembre 2012 n. 218.

<sup>6</sup> Per la disciplina concernente le intercettazioni dei Parlamentari e Ministri v. art. 6 l. 20 giugno 2003, n. 140 nell'ambito delle disposizioni dettate per l'attuazione dell'art. 68 Cost. La normativa prevede una distinzione tra intercettazioni dirette o indirette e, in questa seconda ipotesi, tra casuali e non casuali. A tal riguardo, cfr. C. cost., sent. 21 aprile 2005 n. 163; C. cost., sent. 23 novembre 2007 n. 390; C. cost., sent. 25 marzo 2010 n. 113.

<sup>7</sup> La Corte aggiunge sul punto che «non sarebbe, in effetti, rispondente ad un corretto metodo interpretativo della Costituzione trarre conclusioni negative sull'esistenza di una tutela generale della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica dall'assenza di una esplicita disposizione costituzionale in proposito».

## LE INTERCETTAZIONI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SONO VIETATE DALLA LEGGE

della prova (art. 191 c.p.p.)<sup>8</sup>, che trova espressione nei precisi limiti alla adozione di provvedimenti di natura coercitiva o restrittiva della libertà personale o delle comunicazioni del Capo dello Stato, previsti dall'art. 7 l. 5 giugno 1989 n. 219.

Tale norma, per quanto interessa al caso in esame, stabilisce che nei confronti del Presidente della Repubblica non possono essere adottati mezzi di ricerca della prova particolarmente invasivi, come le intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione, salvo che nell'ipotesi in cui il Presidente della Repubblica sia spogliato dell'immunità, ex art. 90 Cost., per i reati di alto tradimento o di attentato alla Costituzione, e soltanto «dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica».

La previsione derogatoria al divieto generale, implicito nel sistema costituzionale, è dettata *expressis verbis* dalla legge ordinaria, che ammette le intrusioni solo per i reati di cui all'art. 90 Cost. e non per altri, e non prima che l'articolato *iter* accertativo conduca alla sospensione cautelare del Presidente (artt. 5 ss. l. 5 giugno 1989 n. 219)<sup>9</sup>.

Da questa disciplina deriva che le intercettazioni di conversazioni in cui sia comunque coinvolto il Capo dello Stato, mentre è in carica, sono vietate dalla legge (senza che sia necessario distinguere tra dirette, indirette, casuali, non casuali).

## IL PROCEDIMENTO DI DISTRUZIONE DELLE INTERCETTAZIONI

L'aspetto che, tuttavia, più interessa in questa sede è quello relativo alla fisionomia delineata dalla Corte per il procedimento di distruzione delle conversazioni a cui abbia partecipato il Capo dello Stato.

Pur in assenza di una espressa previsione, la soluzione viene ricavata facendo emergere tra le righe della normativa del codice di rito la salvaguardia

<sup>8</sup> Così Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, cit., 2; più in generale, v. Nobili, *Divieti probatori e sanzioni*, *Giust. pen.*, 1991, III, 641; Galantini, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, I, Agg., Milano, 1998, 690; Ead., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 82 ss.; Dinacci, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; Scella, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, *Enc. dir.*, Anali, II, I, Milano, 2009, 479.

<sup>9</sup> In questi termini cfr. Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, cit., 4, la quale rileva che «una lettura di segno contrario dettata dal solo dato testuale, che relegasse il divieto ad una dimensione restrittiva e portasse ad ammettere le intercettazioni per reati diversi o in tempi diversi, snaturerebbe il senso stesso del divieto e i suoi obiettivi».

della segretezza e riservatezza delle comunicazioni presidenziali.

La tutela si trasferisce – come ha osservato correttamente la Corte – dalla fase *anteriore* all'intercettazione a quella *posteriore* e si impone pertanto «alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il *vulnus* alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni».

Se lo scopo è pertanto la distruzione delle registrazioni contenenti le conversazioni a cui ha preso parte il Presidente della Repubblica – e su questo concordano tanto il ricorrente Capo dello Stato, quanto la resistente Procura di Palermo – il percorso procedurale per giungere a tale risultato non può essere quello delineato dagli artt. 268 e 269 c.p.p. (come sostenuto dalla Procura di Palermo).

Secondo tali norme, come è noto, al deposito dei risultati delle intercettazioni e dei verbali nella segreteria del pubblico ministero (di regola entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni) segue l'avviso ai difensori delle parti che hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni (entro il termine fissato dal pubblico ministero ed eventualmente prorogato dal giudice).<sup>10</sup> In questo modo con la presa di conoscenza, mediante l'ascolto, delle registrazioni verrebbe meno la segretezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, sia a livello endoprocedimentale, che sotto il profilo extraprocedurale.

È opportuno soffermarsi su tale ultimo aspetto, che forse non è stato sufficientemente approfondito nella parte motiva della sentenza. Il deposito delle intercettazioni comporta il venir meno non soltanto del segreto *interno*, ma anche della segretezza *esterna* degli atti.<sup>11</sup> Secondo la disciplina prevista dagli artt. 114, comma 1 e 7, e 329, comma 1, c.p.p., con il deposito degli conversazioni intercettate e con l'avviso ai difensori di prendere conoscenza delle registrazioni cade, oltre al segreto investigativo, anche il divieto di pubblicazione del loro contenuto.<sup>12</sup> Permane sol-

<sup>10</sup> V. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 220 ss.; Filippi, *Le intercettazioni di comunicazioni*, Milano, 1997, 148.

<sup>11</sup> Rientrando nell'attività di indagine compiuta dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, le comunicazioni oggetto di intercettazione sono coperte dal segreto, ex art. 329 c.p.p., e dal divieto "assoluto" di pubblicazione previsto dall'art. 114, comma 1, c.p.p., che concerne sia l'atto che il suo contenuto, fino a che l'indagato non ne possa avere conoscenza.

<sup>12</sup> A tal riguardo, si è osservato che «poiché il deposito precede la fase selettiva del materiale rilevante per l'accertamento in corso, il sipario si alza su tutte le conoscenze acquisite, che

tanto il divieto di pubblicazione del testo integrale o anche parziale, fino alla chiusura delle indagini o al termine dell'udienza preliminare.

Si è osservato, in dottrina, che questa disciplina, in via generale, «risulta piuttosto carente sotto il profilo della tutela della riservatezza proprio circa i contenuti delle conversazioni intercettate, che dovrebbero invece essere coperti dal segreto, almeno finché non siano state individuate quelle irrilevanti o inutilizzabili e quelle rilevanti per il procedimento» e soltanto per queste ultime dovrebbe cessare la copertura del segreto<sup>13</sup>.

La funzione e il ruolo rivestito dal Presidente della Repubblica richiedono *a fortiori* una tutela sicuramente «assoluta» della riservatezza del Capo dello Stato.

Sarebbe allora chiaramente incoerente con tale finalità il deposito delle conversazioni, con il conseguente accesso delle parti, prodromico alla celebrazione dell'udienza stralcio, *ex art.* 268, comma 6, c.p.p., destinata alla selezione dei colloqui che le parti giudicano rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti e all'eliminazione delle conversazioni irrilevanti o vietate dalla legge nel contraddittorio delle parti stesse. Secondo la Corte «nel caso di specie nessuna valutazione di rilevanza è possibile, alla luce del riscontrato divieto di divulgare, ed a maggiore ragione di utilizzare in chiave probatoria, riguardo a fatti oggetto di investigazione, colloqui casualmente intercettati del Presidente della Repubblica».

Per la distruzione delle intercettazioni si dovrebbe attendere l'esito della procedura partecipata prevista dall'art. 269 c.p.p., secondo cui il procedimento dovrebbe transitare attraverso un'ulteriore udienza in camera di consiglio, nella quale gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione.

A giudizio della Corte, «tale procedura riguar-

da per definizione conversazioni prive di rilevanza ma astrattamente utilizzabili, come risulta dalla clausola di esclusione inserita, riguardo alle intercettazioni delle quali sia vietata l'utilizzazione, in apertura del secondo comma dell'art. 269 c.p.p.».

Diversa deve, invece, essere la strada da percorrere nel caso in cui le conversazioni siano *ab origine* vietate dalle legge e quindi inutilizzabili. La soluzione, proposta dal ricorrente ed accolta dalla Consulta, va rinvenuta nell'art. 271, comma 3, c.p.p.: il giudice, in ogni stato e grado del procedimento, dispone la distruzione delle intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione ai sensi dei precedenti commi dello stesso articolo, in particolare «perché seguite fuori dei casi consentiti dalla legge», salvo che costituiscano corpo di reato.

#### LA MANCANZA DELL'UDIENZA CAMERALE. LA TUTELA RESIDUALE DEI DIRITTI DELLA DIFESA

Si deve però sciogliere, nel silenzio della legge, un ulteriore nodo interpretativo: se questo percorso «alternativo» *ex art.* 271 c.p.p. possa consentire al giudice di provvedere sempre alla distruzione delle intercettazioni senza passare attraverso una udienza «partecipata» dalle parti interessate.

Sul punto, la Corte ha ritenuto necessario operare una opportuna distinzione, in considerazione dell'eterogeneità delle singole ipotesi di inutilizzabilità regolate dallo stesso art. 271 c.p.p.

Ove l'inutilizzabilità derivi da vizi di ordine procedurale che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate – ossia nel caso di violazione delle prescrizioni degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p., specificamente richiamate dall'art. 271, comma 1, c.p.p., riguardanti i presupposti e le modalità di esecuzione delle operazioni – la distruzione può seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Si tratta, infatti, di comunicazioni di per sé «non inconoscibili» e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta.

Nel caso, invece, si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione «assoluta» del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, «l'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare». L'udienza

divengono miniera aperta a qualunque cronista interessato con il rischio che il procedimento decada a mero fatto occasionale per il disvelamento di fatti privati della più varia natura». Così Cesari, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento*, *Dir. pen. proc.*, 1997, 9, 1282.

<sup>13</sup> Cfr. Grevi, *Prove, Conso-Grevi-Bargis, Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 381; Favino, *Pubblicazione di intercettazioni giudiziarie e violazione della dignità delle persone*, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 2, 129 ss.; Giostra, *Intercettazioni e informazione*, *Cass. pen.*, 2006, 9, 2752 ss. V. anche, volendo, Camaldo, *La pubblicazione degli atti processuali tra libertà di stampa e giusto processo*, Milano, 2012, 69 ss.

## LE INTERCETTAZIONI DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SONO VIETATE DALLA LEGGE

camerale deve, pertanto, essere necessariamente esclusa in questa seconda ipotesi, nella quale rientrano – ad avviso della Corte – oltre alle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, c.p.p. (ministri di confessioni religiose, avvocati, investigatori privati, medici ed altro), allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, anche le intercettazioni dei colloqui presidenziali, sebbene non siano espressamente menzionate dalla norma<sup>14</sup>.

La Consulta si è anche preoccupata di prevenire una eventuale obiezione al suddetto ragionamento che potrebbe far leva sulla sentenza della stessa Corte n. 173 del 2009, che ha stabilito la necessità dell'udienza camerale, nel contraddittorio delle parti, per procedere alla distruzione dei documenti, supporti o atti recanti dati illegalmente acquisiti inerenti a comunicazioni telefoniche o telematiche, ovvero ad informazioni illegalmente raccolte<sup>15</sup>. Secondo la Corte, a prescindere da ogni altro possibile rilievo, «nel caso che ha dato origine alla questione decisa con la suddetta pronuncia, si discuteva di documenti che costituivano essi stessi corpo di reato, esplicitamente esclusi dalla previsione di distruzione di cui al comma 3 dell'art. 271 c.p.p., palesemente inapplicabile dunque a quelle fattispecie».

Il sistema "granitico" delineato dalla Corte (la assoluta inutilizzabilità delle intercettazioni del Presidente della Repubblica e l'esclusione della procedura camerale "partecipata") lascia, infine, un certo margine di discrezionalità all'Autorità giudiziaria che «dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)». In tali estreme ipotesi

– secondo la Corte – «la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento»<sup>16</sup>.

I primi commentatori hanno rilevato che l'assunto pare riferirsi ad una valutazione del giudice se procedere o meno alla distruzione in casi che potrebbero individuarsi nella necessità di procedere nei confronti dello stesso Presidente per reati di cui all'art. 90 Cost. o nei confronti di concorrenti negli stessi reati (art. 9 l. 5 giugno 1989 n. 219) o, ancora, per non disperdere prove di contenuto favorevole all'indagato o imputato<sup>17</sup>.

Sembra che tale ultimo profilo, riconducibile alla garanzia dei diritti individuali e, in particolare, del diritto di difesa, dovrà essere attentamente valutato, soprattutto in ragione delle azioni già preannunciate e intentate dai difensori di uno degli imputati volte a impedire la distruzione delle registrazioni e ad avere diritto a prenderne conoscenza, mediante l'ascolto, per ricavarne eventuali "elementi difensivi" a favore del loro assistito<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> V. Viganò, *La sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo*, cit., 5, il quale osserva che si tratta di «un criptico passaggio conclusivo, sul quale è prevedibile che gli interpreti dovranno a lungo esercitarsi».

<sup>17</sup> Cfr. Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, cit., 7, la quale richiama il concetto di «inutilizzabilità in bonam partem» e osserva come la Corte costituzionale abbia usato «lo stesso metodo per proteggere, prima, la riservatezza del Presidente e del suo ruolo, e, poi, il diritto di difesa di qualsiasi imputato futuro»; a tal riguardo, v. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 630. In giurisprudenza v. Cass., sez. II, 26 maggio 2009, n. 25590, *CED Cass.*, 244153, che ritiene abnorme la distruzione di una prova decisiva a favore dell'accusa o della difesa.

<sup>18</sup> I difensori dell'imputato Massimo Ciancimino hanno presentato ricorso in Cassazione contro la negazione della loro richiesta di ascoltare le quattro telefonate in cui è coinvolto il Presidente della Repubblica, nelle quali ci potrebbero essere elementi difensivi rilevanti per il loro assistito. Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo ha deciso di attendere il pronunciamento della Suprema Corte prima di procedere alla distruzione delle intercettazioni.

<sup>14</sup> Sul tema v. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 44 ss.

<sup>15</sup> C. cost., sent. 22 aprile 2009 n. 173.

## Contestazioni suppletive “fisiologiche” e richiesta di giudizio abbreviato

**Corte costituzionale, sentenza 26 ottobre 2012, n. 237 – Pres. Quaranta; Rel. Frigo**

*È costituzionalmente illegittimo l'articolo 517 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.*

*L'imputato che subisce una contestazione suppletiva dibattimentale viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse chiamato a rispondere fin dall'inizio.*

*La contestazione del reato concorrente, operata ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., costituisce, in effetti, un atto equipollente agli atti tipici di esercizio dell'azione penale indicati dall'art. 405, comma 1, cod. proc. pen. È fonte, dunque, di ingiustificata disparità di trattamento e di compromissione delle facoltà difensive, in ragione dei tempi e dei modi di formulazione dell'imputazione, la circostanza che, a fronte di tutte le altre forme di esercizio dell'azione penale, l'imputato possa liberamente optare, senza condizioni, per il giudizio abbreviato, mentre analoga facoltà non gli sia riconosciuta nel caso di nuove contestazioni, se non nelle ipotesi – oggetto della sentenza n. 333 del 2009 – di modifiche tardive dell'addebito sulla base degli atti di indagine.*

[Omissis]

### RITENUTO IN FATTO

1.– Con ordinanza del 23 settembre 2011, la Corte d'appello di Torino ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che non risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

La Corte rimettente riferisce che, nel giudizio di primo grado, era stato contestato all'imputato, ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., un reato concorrente emerso a seguito delle dichiarazioni rese dalla persona offesa nel corso dell'istruzione dibattimentale. In relazione a detto reato, l'imputato aveva chiesto di essere giudicato con rito abbreviato, eccependo l'illegittimità costituzionale della norma censurata, nella parte in cui non consente di proporre tale richiesta.

L'eccezione, disattesa in *prime cure*, era stata riproposta nei motivi di appello.

Al riguardo, il giudice *a quo* osserva come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 333 del 2009, abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc.

pen., nella parte in cui non prevede che l'imputato possa richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Ad avviso della Corte torinese, la medesima *ratio* che sorregge la declaratoria di illegittimità costituzionale ora ricordata varrebbe anche in relazione all'ipotesi in cui il reato concorrente, oggetto della contestazione suppletiva, sia emerso – come nel giudizio *a quo* – solo nel corso e a seguito dell'istruzione dibattimentale. Se è vero, infatti, che, quando la nuova contestazione riguarda un fatto non risultante dagli atti di indagine, non può essere mosso alcun rimprovero al pubblico ministero per non averla formulata tempestivamente in precedenza, d'altra parte, neppure l'imputato potrebbe essere censurato per non aver «previsto» la contestazione stessa. Non essendo addebitabile all'imputato alcuna colpevole inerzia, né potendogli essere addossate le conseguenze negative di un prevedibile sviluppo dibattimentale, il cui rischio sia stato deliberatamente assunto, la preclusione dell'accesso al giudizio abbreviato si tradurrebbe in una irragionevole discriminazione, lesiva del diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.).

Sarebbe violato anche l'art. 3 Cost., posto che, a fronte

## CONTESTAZIONI SUPPLETIVE "FISIOLOGICHE" E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

della contestazione suppletiva in questione, l'imputato potrebbe recuperare – secondo la Corte rimettente – i vantaggi connessi ad altri riti speciali, quali l'applicazione della pena su richiesta e l'oblazione, sulla base della normativa risultante dalle sentenze n. 265 del 1994 e n. 530 del 1995 della Corte costituzionale, mentre si vedrebbe irrazionalmente inibito l'accesso al giudizio abbreviato.

Il giudice *a quo* si dichiara, per altro verso, consapevole del consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, in forza del quale non è ammessa la richiesta di giudizio abbreviato «parziale», limitata, cioè, ad una parte soltanto delle imputazioni cumulativamente formulate contro la stessa persona. Tale orientamento, elaborato con riguardo a richieste tempestivamente proposte, potrebbe, tuttavia, non valere per la fattispecie di cui si discute, nella quale la nuova contestazione è diretta ad adeguare l'imputazione alle risultanze dibattimentali, senza che venga garantita all'imputato la possibilità di formulare una tempestiva richiesta di giudizio abbreviato.

La questione sarebbe, di conseguenza, rilevante nel giudizio *a quo*, giacché, nell'ipotesi di suo accoglimento, l'imputato – una volta ammesso al rito alternativo – potrebbe beneficiare, nel caso di conferma della sentenza di condanna, della riduzione di un terzo della pena ritenuta equa.

2.– È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata non fondata.

L'interveniente rileva che la Corte costituzionale si è già reiteratamente espressa sulla tematica evocata dall'ordinanza di rimessione, evidenziando come l'impossibilità di beneficiare dei vantaggi connessi ai riti alternativi, nel caso di modifica dell'imputazione correlata agli esiti dell'istruzione dibattimentale, rientri nelle «regole del gioco» note alle parti processuali: con la conseguenza che l'imputato, il quale non abbia optato nei termini per detti riti, «non ha che da addebitare a sé medesimo le conseguenze della propria scelta». Ciò, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di contestazione dibattimentale relativa ad un fatto che già emergeva dagli atti di indagine: situazione nella quale le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito speciale risultano sviate da una condotta «anomala» del pubblico ministero.

Nessuna lesione del diritto di difesa sarebbe, dunque, ravvisabile nella fattispecie oggetto dell'odierno scrutinio, posto che l'imputato, rimanendo inerte, si è privato della possibilità di accedere al rito abbreviato, con riferimento al reato oggetto di contestazione suppletiva, non per una condotta anomala dell'organo dell'accusa, ma per propria libera determinazione, implicante l'assunzione del «rischio» della possibile modifica dell'imputazione nel corso dell'istruzione dibattimentale.

Ciò, senza considerare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 265 del 1994, ha ravvisato nel giudizio abbreviato una procedura inconciliabile con quella dibattimentale, ritenendo, in pari tempo, non costituzionalmente obbligata la soluzione di prevedere, nell'ipotesi in esame, un meccanismo di trasformazione del rito.

Neppure, infine, sarebbe configurabile una lesione del principio di eguaglianza, «non sussistendo la denunciata disparità di trattamento tra imputati per i quali sia stato aperto il dibattimento e imputati per i quali non lo sia stato trattandosi di situazioni assolutamente non omogenee e raffrontabili».

### CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– La Corte d'appello di Torino dubita della legittimità costituzionale dell'articolo 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che l'imputato possa chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che non risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale (ossia, in pratica, quando si tratti di fatto emerso solo nel corso dell'istruzione dibattimentale).

Ad avviso della Corte rimettente, la preclusione dell'accesso al rito abbreviato si tradurrebbe in una irragionevole compressione del diritto di difesa (art. 24, secondo comma, della Costituzione), non essendo addebitabile all'imputato, nel caso considerato, alcuna colpevole inerzia, con correlata impossibilità di addossargli le conseguenze negative di un prevedibile sviluppo dibattimentale, il cui «rischio» sia stato deliberatamente assunto.

Sarebbe violato, altresì, l'art. 3 Cost., posto che, a fronte della contestazione suppletiva in questione, l'imputato potrebbe, secondo il giudice *a quo*, recuperare i vantaggi connessi ad altri riti speciali – in particolare, il patteggiamento e l'oblazione, per effetto delle sentenze n. 265 del 1994 e n. 530 del 1995 della Corte costituzionale – mentre si vedrebbe ingiustificatamente inibito l'accesso al giudizio abbreviato.

2.– In via preliminare, va rilevato come non costituisca motivo di inammissibilità della questione il fatto che, alla stregua di un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, non sarebbe consentita la richiesta di giudizio abbreviato «parziale», limitata, cioè, a una parte soltanto delle imputazioni cumulativamente formulate nei confronti della stessa persona (nel caso di specie, secondo quanto si riferisce nell'ordinanza di rimessione, l'imputato ha chiesto, per converso, di essere giudicato con rito abbreviato unicamente per il reato concorrente oggetto di contestazione suppletiva e, parallelamente, solo in relazione a detto reato la Corte rimettente chiede il ripristino della facoltà di accesso al rito alternativo).

Con la sentenza n. 333 del 2009, questa Corte ha già ritenuto «non implausibile», avuto riguardo alle contestazioni dibattimentali cosiddette «tardive» o «patologiche» (basate, cioè, su elementi che già risultavano dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale), l'assunto oggi riproposto dal rimettente con riferimento alle contestazioni suppletive cosiddette «fisiologiche» (correlate, cioè, alle nuove risultanze dell'istruzione dibattimentale): vale a dire, che l'orientamento giurisprudenziale dianzi ricordato, in tema di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato «parziale», si riferisce all'ipotesi in cui l'azione penale per le plurime imputazioni sia esercitata nei modi ordinari, e non è automati-

camente estensibile alla fattispecie oggetto del quesito di costituzionalità.

Anche nell'odierno frangente, in effetti, l'esigenza che viene in rilievo è quella di restituire all'imputato la facoltà di accesso al rito alternativo relativamente al nuovo addebito, in ordine al quale non avrebbe potuto formulare una richiesta tempestiva a causa dell'avvenuto esercizio dell'azione penale con modalità, se non propriamente "anomale" (come è per le contestazioni suppletive tardive), comunque derogatorie rispetto alle ordinarie cadenze procedurali (tali sono quelle insite nell'istituto delle contestazioni suppletive). Sarebbe, per converso, illogico – e, comunque, non costituzionalmente necessario – che, a fronte della contestazione suppletiva di un reato concorrente (magari di rilievo marginale rispetto al complesso dei temi d'accusa), l'imputato possa recuperare, a dibattimento inoltrato, gli effetti premiali del rito alternativo anche in rapporto all'intera platea delle imputazioni originarie, rispetto alle quali ha consapevolmente lasciato spirare il termine utile per la richiesta.

3.– Nel merito, la questione è fondata, nei termini di seguito specificati.

Come già rilevato da questa Corte (sentenza n. 333 del 2009), la disciplina delle nuove contestazioni dibattimentali – tanto del fatto diverso (art. 516 cod. proc. pen.), che del reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen. o delle circostanze aggravanti (art. 517 cod. proc. pen.: non rileva, ai presenti fini, la contestazione del fatto nuovo, di cui all'art. 518, che presuppone il consenso dell'imputato) – si presenta coerente, in linea di principio, con l'impostazione accusatoria del vigente codice di rito. In un sistema nel quale la prova si forma ordinariamente in dibattimento, detta disciplina mira, infatti, a conferire un ragionevole grado di flessibilità all'imputazione, consentendone l'adattamento agli esiti dell'istruzione dibattimentale. L'istituto risponde, per questo verso, a ragioni di economia processuale, con le quali contrasterebbe un regime di generalizzata retrocessione del procedimento a fasi o stadi precedenti.

La tutela di siffatte ragioni non può, tuttavia, non tener conto delle contrapposte esigenze di salvaguardia del diritto di difesa, del resto esplicitamente richiamate dalla pertinente direttiva della legge delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2, numero 78, della legge 16 febbraio 1987, n. 81, recante «Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale»). Rispetto al nuovo tema d'accusa contestato in dibattimento, l'imputato rischia, infatti, di vedersi privato – ove non intervengano apposite previsioni di ripristino – del complesso delle facoltà difensive che avrebbe potuto e dovuto esercitare nel segmento procedimentale antecedente la variazione dell'imputazione.

In questa prospettiva, il nuovo codice di rito aveva specificamente previsto che, di fronte alla nuova contestazione dibattimentale, l'imputato – salvo si trattasse della contestazione suppletiva della recidiva – avesse diritto ad un termine a difesa non inferiore al termine a comparire indicato dall'art. 429 cod. proc. pen. e potesse, in ogni caso, chiedere l'ammissione di nuove prove (art.

519 cod. proc. pen.). Tale ultima facoltà risultava, peraltro, soggetta ad una condizione – quella dell'«assoluta necessità», insita nell'originario richiamo all'art. 507 cod. proc. pen. – che venne ritenuta da questa Corte irragionevole e lesiva del diritto di difesa, nella misura in cui, ponendo «limiti diversi e più penetranti di quelli vigenti in via generale per i "nova"», non consentiva un recupero integrale dell'ordinario «diritto alla prova» (sentenza n. 241 del 1992).

4.– La disciplina codicistica non prendeva, per converso, affatto in considerazione l'ulteriore profilo problematico che qui particolarmente interessa: quello, cioè, delle ricadute, di segno preclusivo, delle nuove contestazioni dibattimentali sui riti alternativi a contenuto premiale, in particolare, il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti, l'opzione per i quali – come reiteratamente affermato da questa Corte – costituisce anch'essa una modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993). L'effetto preclusivo deriva, in questo caso, dal fatto che la nuova contestazione dibattimentale interviene allorché l'ordinario termine procedimentale perentorio per la proposizione della richiesta di rito alternativo è ormai spirato (tale termine coincide infatti, attualmente, con la formulazione delle conclusioni nell'udienza preliminare, ovvero, nei procedimenti a citazione diretta e nel giudizio direttissimo, con la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: artt. 438, comma 2, 446, comma 1, e 555, comma 2, cod. proc. pen.).

Chiamata a verificare la compatibilità di tale preclusione con gli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., questa Corte, con una serie di pronunce emesse negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice di rito e richiamate dall'Avvocatura dello Stato nelle sue difese, escluse la sussistenza del denunciato *vulnus* costituzionale.

La Corte fece leva, in proposito, anzitutto sulla indissolubilità del binomio "prezialità-deflazione". Esaminando la questione con riferimento ora al giudizio abbreviato, ora al "patteggiamento", la Corte rilevò – sulla falsariga di quanto già affermato in rapporto alla norma transitoria dell'art. 247 disp. att. cod. proc. pen. (sentenza n. 277 del 1990; ordinanze n. 477 e n. 361 del 1990) – che l'interesse dell'imputato ai riti alternativi trova tutela solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale che, evitando il dibattimento, permetta di raggiungere l'obiettivo di una rapida definizione del processo. Di conseguenza, se, per l'inerzia dell'imputato (che abbia o meno di chiedere il rito alternativo nei termini con riguardo all'originaria imputazione), tale scopo non può più essere raggiunto – essendosi ormai pervenuti al dibattimento – sarebbe irrazionale che si addivenga egualmente al rito speciale in base alle contingenti valutazioni dell'imputato stesso sull'andamento del processo (sentenze n. 129 del 1993, n. 316 del 1992 e n. 593 del 1990; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992).

La Corte osservò, in secondo luogo, che la modifica dell'imputazione e la contestazione suppletiva costitui-

## CONTESTAZIONI SUPPLETIVE "FISIOLOGICHE" E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

scono eventualità non infrequenti, in un sistema imperniato sulla formazione della prova in dibattimento, e non imprevedibili, anche quando si tratti di contestazione suppletiva di un reato concorrente, dato lo stretto rapporto intercorrente tra imputazione originaria e reato connesso; laddove, per contro – in base alla disciplina dell'epoca – la variazione del tema d'accusa rimaneva preclusa nel caso di accesso ai riti alternativi, ivi compreso il giudizio abbreviato: in ciò propriamente consistendo uno dei vantaggi del rito, a fianco della riduzione di pena. Se ne doveva dedurre che il «rischio» della nuova contestazione dibattimentale «rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiedere o meno tale rito, onde egli non ha che da addebitare a sé medesimo le conseguenze della propria scelta» (sentenze n. 129 del 1993 e n. 316 del 1992; in prospettiva analoga, sentenza n. 593 del 1990; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992).

5.– A diversa conclusione la Corte pervenne, peraltro, con la successiva sentenza n. 265 del 1994, in rapporto alle contestazioni dibattimentali "tardive", basate su elementi già acquisiti nel corso delle indagini, e dunque finalizzate, non già ad adeguare l'imputazione alle nuove risultanze dibattimentali, ma a porre rimedio ad errori o incompletezze nella formulazione dell'imputazione originaria: contestazioni che la giurisprudenza di legittimità, con orientamento interpretativo allo stato consolidato, considera ammissibili, reputando, per un complesso di ragioni, non ostativa a ciò la formulazione letterale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. (che fa riferimento ad elementi emersi «nel corso dell'istruzione dibattimentale»).

La Corte rilevò che, nell'ipotesi in questione, non poteva parlarsi «di una libera assunzione del rischio del dibattimento» da parte dell'imputato, le cui determinazioni in ordine ai riti speciali risultavano sviate «da aspetti di "anomalia" caratterizzanti la condotta processuale del pubblico ministero». Le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito alternativo vengono infatti a dipendere, anzitutto, dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero: sicché, «quando, in presenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il pubblico ministero, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali». Ne risultava violato, altresì, il principio di eguaglianza, venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, sul piano della fruizione dei riti alternativi, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero al momento della chiusura delle indagini stesse.

Sulla base di tali rilievi, la Corte dichiarò, quindi, costituzionalmente illegittimi, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., gli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentono all'imputato di richiedere il "patteggiamento" relativamente al fatto diverso e al reato concorrente contestato in dibattimento, allorché la nuova contestazione concerna un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

La medesima sentenza n. 265 del 1994 dichiarò, per contro, inammissibile l'omologa questione di legittimità costituzionale relativa al giudizio abbreviato, reputando che, rispetto a tale rito, la scelta tra le varie alternative ipotizzabili per porre rimedio al *vulnus* costituzionale – pure riscontrabile – spettasse in via esclusiva al legislatore.

Avendo di mira la disciplina dell'epoca, la Corte osservò che, a differenza del "patteggiamento" – il quale consiste in un semplice accordo sulla pena, con effetti di immediata definizione del processo, così che nulla osta ad una sua collocazione in sede dibattimentale – il rito abbreviato «si realizza attraverso una vera e propria "procedura", inconciliabile con quella dibattimentale». In simile prospettiva, l'adozione di un meccanismo di trasformazione del rito non poteva ritenersi «scelta costituzionalmente obbligata», ponendosi «in termini alternativi rispetto ad altre possibili opzioni, rientranti nella discrezionalità legislativa» (quali, ad esempio, l'applicabilità della riduzione di pena di un terzo da parte del giudice all'esito del dibattimento, ovvero la preclusione, nei casi considerati, della nuova contestazione, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero relativamente ad essa).

6.– Alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del mancato ripristino della facoltà di accesso al giudizio abbreviato, in presenza di contestazioni dibattimentali "patologiche", questa Corte è, peraltro, pervenuta con la più recente sentenza n. 333 del 2009.

Si è rilevato, infatti, che la ragione, dianzi ricordata, che aveva indotto ad accogliere la questione limitatamente al "patteggiamento", dichiarandola invece inammissibile quanto al giudizio abbreviato, doveva considerarsi superata dai successivi sviluppi della legislazione e, segnatamente, dalle radicali modifiche apportate alla disciplina di tale secondo rito alternativo dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense). La novella del 1999, infatti, per un verso, aveva svincolato il giudizio abbreviato dai presupposti della possibilità di definire il processo allo stato degli atti e del consenso del pubblico ministero; per altro verso, aveva introdotto quel meccanismo di integrazione probatoria la cui mancanza aveva indotto la Corte – con la sentenza n. 129 del 1993, sulla cui scia si era posta la sentenza n. 265 del 1994 – a ritenere necessario, allo scopo di restituire la facoltà di accesso al rito abbreviato nel caso di perdita "incolpevole" della stessa, un intervento legislativo volto a comporre le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale. A fronte del nuovo assetto dell'istituto, il giudizio abbreviato non poteva più considerarsi incompatibile con l'innesto nella fase del dibattimento (come, del resto, già affermato dalla sentenza n. 169 del 2003).

Si doveva, dunque, concludere che era venuto meno l'ostacolo, precedentemente ravvisato dalla sentenza n.

265 del 1994, all'intervento additivo invocato nella circostanza dal giudice rimettente. Tale intervento si imponeva, d'altro canto, oltre che per rimuovere i profili di contrasto con gli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost. già rilevati da detta sentenza, «anche per eliminare la differenza di regime, in punto di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi di fronte ad una contestazione suppletiva "tardiva", a seconda che si discuta di "patteggiamento" o di giudizio abbreviato»: differenza che, nel mutato panorama normativo, «si rivela[va] essa stessa fonte d'una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.».

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

7.- Prendendo spunto dalle affermazioni ora ricordate, la Corte d'appello di Torino torna oggi a prospettare il problema dei rapporti tra variazione dibattimentale dell'accusa e giudizio abbreviato con riferimento alla fattispecie non attinta dalla sentenza n. 333 del 2009, e sulla quale questa Corte si era ripetutamente pronunciata in senso negativo all'indomani del varo del nuovo codice: vale a dire, quella della nuova contestazione "fisiologica". Il giudice *a quo* sottopone, in particolare, a nuovo scrutinio di legittimità costituzionale la preclusione considerata limitatamente all'ipotesi della contestazione suppletiva "fisiologica" del reato concorrente, operata ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen.

In relazione a tale fattispecie, gli argomenti posti a base delle ricordate decisioni di rigetto debbono essere, in effetti, necessariamente rivisti, alla luce tanto delle modifiche legislative sopravvenute che delle successive pronunce di questa stessa Corte.

Quanto, infatti, all'argomento legato all'indissolubilità del binomio "premiabilità-deflazione", esso risulta, di fatto, già superato dalle sentenze n. 265 del 1994 e n. 333 del 2009. Con tali decisioni, questa Corte ha, invero, ammesso l'imputato a fruire, rispettivamente, del "patteggiamento" e del giudizio abbreviato in situazioni nelle quali una "deflazione piena" non può più realizzarsi, essendosi già pervenuti al dibattimento: ciò, sul presupposto che la logica dello "scambio" fra sconto di pena e risparmio di energie processuali debba comunque cedere di fronte all'esigenza di ripristinare la pienezza delle garanzie difensive e l'osservanza del principio di eguaglianza.

La sentenza n. 333 del 2009 ha, d'altra parte, evidenziato come l'accesso al giudizio abbreviato per il reato concorrente contestato in dibattimento risulti comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale, sia pure "attenuato", consentendo – quantomeno – al giudice di decidere sulla nuova imputazione senza il possibile supplemento di istruzione previsto dall'art. 519 cod. proc. pen. (anche nel caso di richiesta di giudi-

zio abbreviato condizionato, i parametri di cui all'art. 438, comma 5, cod. proc. pen. risulterebbero, in effetti, più stringenti rispetto a quelli insiti nella previsione dell'art. 519, comma 2, cod. proc. pen., come risultante a seguito della sentenza n. 241 del 1992).

In relazione, poi, al secondo argomento – quello della libera assunzione del «rischio» del dibattimento – è stato osservato come il criterio della «prevedibilità» della variazione dibattimentale dell'imputazione, in quanto fenomeno "connaturale" a un sistema di tipo accusatorio, presenti intrinseci margini di opinabilità, specie in rapporto alla contestazione "fisiologica" di un reato concorrente, oggetto dell'odierno quesito. Non si potrebbe, infatti, pretendere che l'imputato valuti la convenienza di un rito speciale tenendo conto – non soltanto della possibilità che, a seguito del dibattimento, l'accusa originaria venga diversamente descritta o aggravata – ma anche dell'eventualità che alla prima accusa ne venga aggiunta una nuova, sia pure connessa. Ciò, tanto più ove si consideri che, a seguito delle modifiche apportate all'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen. dall'art. 1 del decreto-legge 20 novembre 1991, n. 367 (Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 20 gennaio 1992, n. 8, la connessione rilevante ai fini della contestazione suppletiva può fondarsi anche sul vincolo della continuazione, rendendo così possibile – anche a fronte della lata applicazione giurisprudenziale di tale istituto – l'aggiunta al tema d'accusa di episodi completamente slegati, sul piano spazio-temporale, da quelli originariamente contestati.

Ma, a prescindere da tali considerazioni, il criterio della «prevedibilità» non appare comunque idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento delle nuove contestazioni "fisiologiche", rispetto a quello riservato – per effetto delle decisioni di questa Corte più volte citate (sentenze n. 265 del 1994 e n. 333 del 2009) – alle nuove contestazioni "patologiche". Nella misura in cui risulta acclarata, nella corrente lettura giurisprudenziale, la possibilità di procedere a nuove contestazioni dibattimentali anche sulla base del materiale di indagine, si potrebbe bene sostenere, infatti, che di tale evenienza l'imputato debba farsi carico quando rinuncia a chiedere la definizione anticipata del procedimento, allo stesso modo di come su di lui grava l'alea di una modifica "fisiologica" dell'imputazione.

A ben guardare, anzi, il diritto di difesa rischia di essere posto in crisi più dalle modifiche dell'imputazione conseguenti a novità probatorie emerse *ex abrupto* nel corso dell'istruzione dibattimentale, che non da quelle basate su elementi già acquisiti al termine delle indagini preliminari: elementi che l'imputato, grazie al deposito degli atti che precede l'esercizio dell'azione penale (art. 415-bis cod. proc. pen.), «ha già avuto modo di conoscere e valutare [...] anche sotto il profilo della loro idoneità a propiziare "incrementi" dell'imputazione», così come osservato da questa Corte in rapporto al parallelo tema della modifica dell'imputazione nell'udienza preliminare (sentenza n. 384 del 2006).

**CONTESTAZIONI SUPPLETIVE "FISIOLOGICHE" E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO**

Normativamente superato risulta, poi – quanto al giudizio abbreviato – il concorrente rilievo che valeva a fondare la tesi della libera assunzione del "rischio" del dibattimento, legato al fatto che la variazione del tema d'accusa rimanga preclusa nell'ambito dei riti alternativi.

In parallelo all'originaria configurazione del giudizio abbreviato come rito «allo stato degli atti», senza alcuna possibilità di integrazioni probatorie, l'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. – nell'operare un generale rinvio, nei limiti della compatibilità, alla disciplina dell'udienza preliminare – escludeva, in effetti, in assoluto, l'applicabilità dell'istituto della modificazione dell'imputazione, quale regolato dall'art. 423 cod. proc. pen.

Su questo versante, la situazione è, tuttavia, sensibilmente mutata a seguito della riforma del rito alternativo operata dalla legge n. 479 del 1999. Introdotta la possibilità di arricchimenti della piattaforma probatoria – tanto per iniziativa dell'imputato (richiesta di giudizio abbreviato condizionato: nuovo art. 438, comma 5, cod. proc. pen.), che del giudice (nel caso di impossibilità di decidere allo stato degli atti: nuovo art. 441, comma 5, cod. proc. pen.) – è emersa, infatti, l'esigenza di prevedere, anche nel rito speciale, meccanismi di adeguamento dell'imputazione alle nuove acquisizioni. In via di deroga rispetto alla regola enunciata dal citato art. 441, comma 1, cod. proc. pen., si è quindi consentito al pubblico ministero di procedere a nuove contestazioni nei casi di modificazione della base cognitiva, conseguente all'attivazione dei predetti meccanismi di integrazione probatoria.

Parallelamente, si è inteso, peraltro, anche evitare che il "rischio" della modifica dell'imputazione resti totalmente a carico dell'imputato. Nel caso, infatti, in cui il pubblico ministero proceda alle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen. (fatto diverso, reato connesso o circostanza aggravante), viene riconosciuta all'imputato la facoltà di chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie (art. 441-bis cod. proc. pen., aggiunto dall'art. 7-bis del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82, recante «Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato», convertito, con modificazioni, nella legge 5 giugno 2000, n. 144; nel caso di contestazione di un fatto nuovo, a norma dell'art. 423, comma 2, cod. proc. pen., l'imputato resta tutelato dalla circostanza che tale contestazione presuppone il suo consenso).

Se, da un lato, dunque, è venuta meno quella "immunizzazione" dal rischio della modifica del tema d'accusa nel giudizio abbreviato sulla quale questa Corte aveva basato la propria precedente impostazione; dall'altro lato, la nuova disposizione dell'art. 441-bis cod. proc. pen. – pur nel suo collegamento alla regola costituzionale enunciata dall'art. 111, quinto comma, Cost., che richiede il consenso dell'imputato ai fini della rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio (con conseguente impossibilità di estendere il giudizio abbreviato a nuovi addebiti contro la volontà di chi lo ha richiesto) – assurde ad indice di sistema, riguardo al

fatto che, quando muta *in itinere* il tema d'accusa, l'imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire.

8.– Alla luce dell'odierno panorama ordinamentale, prende, quindi, pieno vigore la notazione per cui l'imputato che subisce una contestazione suppletiva dibattimentale viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse chiamato a rispondere fin dall'inizio.

La contestazione del reato concorrente, operata ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., costituisce, in effetti, un atto equipollente agli atti tipici di esercizio dell'azione penale indicati dall'art. 405, comma 1, cod. proc. pen. È fonte, dunque, di ingiustificata disparità di trattamento e di compromissione delle facoltà difensive, in ragione dei tempi e dei modi di formulazione dell'imputazione, la circostanza che, a fronte di tutte le altre forme di esercizio dell'azione penale, l'imputato possa liberamente optare, senza condizioni, per il giudizio abbreviato, mentre analoga facoltà non gli sia riconosciuta nel caso di nuove contestazioni, se non nelle ipotesi – oggetto della sentenza n. 333 del 2009 – di modifiche tardive dell'addebito sulla base degli atti di indagine.

Come già in precedenza rilevato, d'altra parte, se pure è indubbio, in una prospettiva puramente "economica", che più si posticipa il termine utile per la rinuncia al dibattimento e meno il sistema ne "guadagna", resta comunque assorbente la considerazione che l'esigenza della "corrispettività" fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa, dichiarato inviolabile dall'art. 24, secondo comma, Cost.

Condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti. La scelta di valersi del giudizio abbreviato è certamente una delle più delicate, fra quelle tramite le quali si esplicano le facoltà defensionali: di conseguenza, se all'accusa originaria ne viene aggiunta un'altra, sia pure connessa (peraltro, nella lata nozione desumibile dal vigente art. 12, comma 1, lettera b, cod. proc. pen.), non possono non essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni.

Sotto un profilo più generale e sistematico va notato che la richiesta di giudizio abbreviato presuppone necessariamente che, in relazione al fatto-reato, sia stata esercitata l'azione penale. Con riguardo al fatto suscettibile di contestazione suppletiva dibattimentale, ciò avviene solo quando il pubblico ministero procede formalmente alla contestazione stessa, sia o non sia fondata su emergenze dibattimentali ovvero su elementi acquisiti in precedenza. Una richiesta di giudizio abbreviato in un momento anteriore, senza una previa formale imputazione, sarebbe inammissibile o quantomeno eccentrica o intempestiva, a prescindere da qualsiasi prognosi al riguardo.

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

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

Per diffusa convinzione, d'altra parte, nell'ipotesi in cui emerga in dibattimento un reato connesso – suscettibile, di per sé, di formare oggetto di un procedimento autonomo – il ricorso allo strumento della contestazione suppletiva costituisce, per il pubblico ministero, non un obbligo, ma una semplice facoltà, alternativa rispetto all'esercizio separato dell'azione penale (anche a voler diversamente opinare, d'altra parte, il giudice resterebbe privo di poteri di sindacato sulle scelte del titolare dell'azione penale, che gli permettano di imporre il *simultaneus processus*). In tale prospettiva, la possibilità, per l'imputato, di fruire del giudizio abbreviato in ordine al reato connesso emerso dal dibattimento finisce, dunque, per dipendere da una scelta discrezionale e insindacabile del suo contraddittore processuale: quale, appunto, quella relativa allo svolgimento cumulativo o separato del procedimento relativo al predetto reato.

Tale considerazione dimostra, con maggiore evidenza, come non si possa pretendere che l'imputato opti per il giudizio abbreviato in rapporto ad una determinata imputazione – relativamente alla quale non ritenga il rito alternativo, di per sé, conveniente – solo in previsione della possibilità che, a seguito delle risultanze dell'istruttoria dibattimentale, l'oggetto dell'accusa si arricchisca di un addebito aggiuntivo (allo stato, peraltro, imprecisato): evenienza che potrebbe non verificarsi

si affatto e che, ove pure si verificasse, non impedirebbe al pubblico ministero di instaurare un processo autonomo per il nuovo reato, vanificando il senso di quella opzione.

10.– Quanto, infine, alla disparità di trattamento tra giudizio abbreviato e altri riti alternativi (o, *amplius*, meccanismi di definizione anticipata del procedimento), denunciata dal giudice *a quo* come lesiva dell'art. 3 Cost., non sussiste, in realtà, quella relativa al "patteggiamento". Come già ricordato, infatti, la sentenza n. 265 del 1994, evocata al riguardo dalla Corte rimettente, ha assicurato all'imputato la possibilità di chiedere l'applicazione della pena solo nel caso di nuove contestazioni dibattimentali "tardive". L'assetto è, pertanto, pienamente simmetrico a quello attualmente valevole per il giudizio abbreviato, dopo la sentenza n. 333 del 2009.

Il discorso è, peraltro, diverso quanto all'oblazione. Con la sentenza n. 530 del 1995, questa Corte ha, infatti, dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione relativamente al fatto diverso e al reato concorrente contestati in dibattimento: ciò, indipendentemente dal carattere "patologico" o "fisiologico" della nuova contestazione.

Al di là dei tratti differenziali tra l'istituto dell'oblazione, da un lato, e quello del giudizio abbreviato, dall'altro, occorre osservare come la citata pronuncia – la quale è stata oggetto di successivo recepimento legislativo (comma 4-bis dell'art. 141 disp. att. cod. proc. pen., aggiunto dall'art. 53 della legge n. 479 del 1999) – si fondi essenzialmente sul rilievo che l'avvenuto superamento del limite temporale previsto per la domanda di oblazione (l'apertura del dibattimento) non è, nel caso di contestazioni suppletive, «riconducibile a libera scelta dell'imputato, e cioè ad inerzia al medesimo addebitabile, sol che si consideri che la facoltà in discussione non può che sorgere nel momento in cui il reato stesso è oggetto di contestazione». Notazione, questa, altresì riferibile (come si è detto dianzi) alla richiesta di giudizio abbreviato, così da rendere effettivamente ingiustificata, anche sotto tale ulteriore e conclusivo profilo, la previsione di una disciplina diversa e meno favorevole, in parte qua, per detto rito alternativo.

11.– L'art. 517 cod. proc. pen. va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

[Omissis]

MARCO D'AGNOLO\*

*Avvocato – Dottore di ricerca in Teoria generale e comparazione processuale*

## Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale

### *New charges and "summary trial": a determined step ahead of the Constitutional Court*

La Corte costituzionale consolida, in una prospettiva inedita, il diritto di difesa in caso di nuove contestazioni, censurando la normativa vigente nella parte in cui non consente il giudizio abbreviato per il reato concorrente emerso nel corso del dibattimento.

*The Constitutional Court reinforces, from a new point of view, the right of defence in case of new charges, and finds unconstitutional the rules in force, which do not allow the "summary trial" over the concurrent crime disclosed during the trial.*

#### PREMESSA

Ci sono voluti tempo, alcune modifiche normative e varie incostituzionalità pian piano venute alla luce, e alla fine un mondo si è capovolto; la Corte costituzionale lo ha certificato con la sentenza 22-26 ottobre 2012, n. 237<sup>1</sup>, la quale – al di là di alcuni aspetti della materia che restano irrisolti e fanno presagire scenari futuri dai contorni un po' sfumati – mette nero su bianco una concezione alta del diritto di difesa sul terreno delle nuove contestazioni dibattimentali, dichiarando illegittimo l'art. 517 c.p.p. «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione» probatoria.

La pronuncia dice due cose di estrema importanza.

La prima, è che l'art. 441 *bis*, comma 1, c.p.p. è una chiave di volta: tiene insieme nuove contestazioni e giudizio abbreviato, definendo il sistema dei loro rapporti secondo il principio per cui «quando muta *in itinere* il tema d'accusa, l'imputato deve po-

ter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire»; diversamente da quanto si è sempre pensato discutendo dell'argomento, che al variare degli addebiti possa variare quella scelta difensiva è dunque la regola e non l'eccezione<sup>2</sup>.

La seconda cosa assai rilevante che la decisione in esame afferma, è che in passato lo stesso Giudice delle leggi aveva negato o limitato l'accesso alle procedure alternative, nelle ipotesi contemplate dagli artt. 516 e 517 c.p.p., sulla base di un ragionamento costruito a partire da premesse non proprio impeccabili (e in parte superate sul piano del dettato normativo).

Lo si può sintetizzare così: certi possibili sviluppi del *thema decidendum* nel corso del dibattimento sono prevedibili, ed è possibile evitarli scegliendo tempestivamente un meccanismo diverso da quello ordinario per definire l'imputazione iniziale; perciò, chi è chiamato a giudizio, *imputet sibi se*, non avendo optato al momento debito per un procedimento speciale, deve poi affrontare un'accusa rivista dal pubblico ministero, trovandosi ormai sbarrata la strada degli epiloghi premiali: l'impossibilità di mu-

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

<sup>1</sup> Sulla quale si vedano: Bricchetti, *La Corte costituzionale pone un altro tassello al ripristino della pienezza del diritto di difesa*, *Guida dir.*, 2012, 49-50, 52; Di Chiara, *Nuova contestazione "fisiologica" a dibattimento e accesso al giudizio abbreviato*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 1427; Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>2</sup> In proposito, Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 8, afferma che «prorompe qui il punto di vista innovativo della Corte costituzionale: il diritto di accesso al rito alternativo anche quando l'evoluzione dell'imputazione sia fisiologica è – per la prima volta – ricondotto all'interno della sfera del costituzionalmente doveroso».

tare forma al percorso giudiziario soddisfa, in tali casi, esigenze di economia.

Tali assunti, e il loro concatenarsi logico, si devono a un vecchio approccio alla questione, saldamente ancorato all'idea che la disciplina delle nuove contestazioni sia omogenea e coerente con le logiche del sistema accusatorio; e che lo sia altrettanto la decisione del legislatore di non prevedere, sul piano testuale, la possibilità di definire in forma alternativa la verifica innescata dall'aggiornamento dibattimentale dell'accusa.

Vera la prima affermazione, non lo è, però, anche la seconda; sicché, liberato dalle "incrostazioni" di un tempo, l'attuale discorso della Consulta si snoda in modo tanto puntuale e lineare quanto innovativo, toccando pochi punti qualificanti, per raggiungere un risultato fino a pochi anni fa concettualmente assai lontano e, soprattutto, per offrire una prospettiva inedita, e potenzialmente foriera di rilevanti sviluppi, da cui osservare la materia.

Disarticolando l'ordine espositivo seguito dalla Corte, i passaggi *clou* riemergono in questa plausibile sequenza: «la contestazione del reato concorrente, operata ai sensi dell'art. 517 c.p.p., costituisce (...) un atto equipollente agli atti tipici di esercizio dell'azione penale indicati dall'art. 405, comma 1, c.p.p.»; l'opzione per i riti alternativi a contenuto premiale «costituisce (...) una modalità, tra le più qualificanti (...) di esercizio del diritto di difesa» che, tuttavia, si deve misurare con l'effetto preclusivo derivante «dal fatto che la nuova contestazione (...) interviene allorché [il] termine (...) perentorio per la proposizione della richiesta di rito alternativo è ormai spirato»; «l'imputato che subisce una contestazione suppletiva dibattimentale viene [perciò] a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti [differenziati] e alla fruizione della correlativa diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse chiamato a rispondere fin dall'inizio»; il grado di ragionevolezza di tale diseguale consistenza delle facoltà difensive nelle due distinte situazioni non si può misurare avvalendosi del «criterio della "prevedibilità" della variazione dibattimentale dell'[addebito], in quanto fenomeno "connaturale" a un sistema di tipo accusatorio, [poiché esso] present[a] intrinseci margini di opinabilità» e, per di più, con la riforma introdotta dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, «è [pure] venuta meno quella "immunizzazione" dal rischio della modifica del tema d'accusa nel giudizio abbreviato» su cui si basava la precedente giurisprudenza costituzionale; se così è, allora, «è fonte (...) di ingiustificata disparità di trattamento (...), in ragione dei tempi e dei modi di formulazione dell'imputazione, la circostanza che, a fronte di tutte le altre forme di esercizio dell'azione penale, l'imputato possa libera-

mente optare, senza condizioni, per il giudizio abbreviato, mentre analoga facoltà non gli sia riconosciuta nel caso di nuove contestazioni»<sup>3</sup>.

Un'analisi di come si è arrivati infine a questa esegesi, aiuta ad approfondire e comprendere meglio i temi sin qui sommariamente esposti.

#### IL MOSAICO DEI PROGRESSIVI *DICTA* DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL RAPPORTO TRA NUOVE CONTESTAZIONI E POSSIBILITÀ DI ACCESSO AI PROCEDIMENTI SPECIALI

È noto che nell'impianto originario del codice di procedura penale un'imputazione corretta, completata o ampliata nel corso del dibattimento non restituiva all'imputato *chances* di chiudere la vicenda giudiziaria in forma alternativa.

Le norme non lo prevedevano e la giurisprudenza non era affatto propensa ad aperture del genere. L'adeguamento degli addebiti alle risultanze probatorie (nuove contestazioni *cd. fisiologiche*) o la loro ricalibratura, *re melius perpensa*, in rapporto agli elementi acquisiti durante le indagini preliminari (nuove contestazioni *cd. patologiche, o tardive*)<sup>4</sup>, *illo tempore* arricchivano l'arsenale difensivo di un mero diritto a un termine (art. 519, comma 1, c.p.p.) e all'ammissione di nuove prove, purché il giudice le avesse ritenute assolutamente necessarie (art. 519, comma 2, c.p.p.)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> C. cost., sent. n. 237 del 2012, cit., *passim*.

<sup>4</sup> Per tutte, Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, *CED Cass.*, 212757 (al riguardo, Di Bitonto, *La modifica dell'imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, *Giur. it.*, 1999, 2136; Varraso, *Le nuove contestazioni "tardive" nel dibattimento: Le Sezioni Unite legittimano l'"arbitrio" del Pubblico Ministero*, *Giust. pen.*, 1999, III, 700). Nello stesso senso, in seguito, *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 29 ottobre 2009, *CED Cass.*, 245006; Cass., sez. II, 7 febbraio 2006, *Cass. pen.*, 2007, 2943; Cass., sez. V, 22 dicembre 2004, *CED Cass.*, 231271; Cass., sez. II, 6 luglio 2004, *CED Cass.*, 229729 (anche in ordine a fatti per i quali sia stata disposta l'archiviazione da parte di una diversa autorità giudiziaria, poiché l'effetto preclusivo derivante dall'art. 414 c.p.p. non opera quando procedono altri uffici); Cass., sez. II, 20 aprile 2004, *CED Cass.*, 229028; Cass., sez. IV, 19 febbraio 2004, *CED Cass.*, 228357; Cass., sez. VI, 28 gennaio 2004, *CED Cass.*, 229807 (secondo la quale sono valorizzabili pure i materiali cognitivi acquisiti nell'udienza preliminare); Cass., sez. VI, 7 marzo 2003, *CED Cass.*, 228400. *Contra*, l'indirizzo minoritario secondo cui la nuova contestazione è ammessa solo qualora si fondi su elementi emersi per la prima volta nel corso dell'istruttoria dibattimentale: Cass., sez. VI, 22 febbraio 2005, *CED Cass.*, 231225; Cass., sez. II, 16 dicembre 2003, *CED Cass.*, 228554; Cass., sez. VI, 10 dicembre 2001, *CED Cass.*, 223844.

<sup>5</sup> C. cost., sent. 3 giugno 1992, n. 241, *Giur. cost.*, 1992, 1857 (con nota di Scaparone, *Nuove contestazioni e principio di ragionevolezza*, 1865; in argomento, v. pure Giarda, *Nuove contestazioni e diritto alla prova: l'oralità in pericolo*, *Corriere giur.*, 1992, 1109; Marini, sub art. 519, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II Agg., Torino, 1993, 281-285; Rafaraci, *Nuove contestazioni e diritto alla prova dinanzi alla Corte costituzionale*, *Foro it.*, 1993, I, 1777) e C. cost., sent. 20 febbraio 1995, n.

## CONTESTAZIONI SUPPLETIVE "FISIOLOGICHE" E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

Chiamata a più riprese<sup>6</sup> a valutare la compatibilità di quel regime normativo con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., all'inizio la Consulta lo ha ripetutamente giudicato legittimo, sulla base di due idee di fondo: da un lato, che l'interesse dell'imputato a usufruire di un rito speciale sia tutelabile solo qualora produca un effettivo vantaggio in ottica di economia processuale, evitando che si celebri il dibattito e contraendo gli spazi del giudizio d'appello; dall'altro lato, che la modifica dell'accusa sia un'eventualità tutt'altro che infrequente e imprevedibile in un sistema imperniato sulla formazione dibattimentale della prova e, dunque, che sia per la difesa un aspetto da valutare al fine di decidere se attivare o no un procedimento alternativo.

Così stando le cose, sarebbe stato irrazionale consentire l'accesso a un rito speciale dopo una nuova contestazione, quando l'imputato aveva ommesso di chiederlo per tempo con riguardo all'accusa iniziale, così vanificando lo scopo deflativo ad esso correlato e accettando il rischio<sup>7</sup> di doversi difendere da addebiti diversi o più ampi<sup>8</sup> (un rischio escluso

non solo – ovviamente – nell'ipotesi di richiesta di applicazione di una pena concordata ex artt. 444 e ss. c.p.p., ma anche in quella di giudizio abbreviato, che, fondato all'epoca sul duplice presupposto del consenso del pubblico ministero e della decidibilità allo stato degli atti, non consentiva al magistrato requirente interventi sull'imputazione, ancorché si fossero percepiti, *in itinere*, diversità del fatto, reati connessi o circostanze aggravanti). In situazioni così connotate, chi è stato chiamato a giudizio non può sfuggire all'integrale dispiegarsi delle dinamiche del processo, ed eventuali strategie difensive di segno contrario cedono il passo al cospetto di esigenze di non regressione dell'*iter*<sup>9</sup>.

Poi, però, qualcosa è cambiato: la Corte costituzionale, pur mantenendosi fedele alle sue idee di fondo, ha in parte mutato approccio al problema e ha preso a rivedere le precedenti posizioni di radicale chiusura rispetto alla possibilità che il processo si definisca in forme alternative in caso di sopravvenute modifiche degli addebiti.

Il primo passo compiuto dai Giudici della Consulta in questa nuova direzione, li ha portati a sancire l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., nella parte in cui non consentivano all'imputato il patteggiamento per il fatto diverso e per il reato concorrente contestati in dibattimento<sup>10</sup>, quando la nuova

50, *Giur. cost.*, 1995, 451 (con nota di Scaparone, *Nuove contestazioni e nuove prove in dibattimento*, 451), rispettivamente quanto alle fattispecie previste dall'art. 516 e dall'art. 517 c.p.p., hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 519, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non consentiva al pubblico ministero e alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove; C. cost., sent. n. 241 del 1992, cit., ha inoltre dichiarato l'illegittimità dell'art. 519, comma 2, c.p.p. nella parte in cui stabiliva che l'ammissione delle nuove prove dovesse essere chiesta «a norma dell'art. 507».

<sup>6</sup> «L'esclusione di meccanismi di recupero dei riti speciali dal novero dei diritti attribuiti alle parti dall'art. 519 c.p.p. ha introdotto un tema di discussione dimostratosi ben presto idoneo a supportare (...) richieste di interventi correttivi da parte della Corte costituzionale, finalizzati a rimediare ad una evidente distonia del sistema con i principi costituzionali di eguaglianza e inviolabilità del diritto di difesa». Così, Suraci, *Nuove contestazioni*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, Torino, 2009, 441, 478.

<sup>7</sup> In chiave fortemente critica, Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., 479: «la soluzione costituzionale ha posto in capo all'imputato un onere di valutazione evidentemente aleatorio, arricchendo il tema di un profilo di trattazione inedito in relazione a quello che può essere considerato un aspetto degenerativo della disciplina delle nuove contestazioni».

<sup>8</sup> In materia di patteggiamento, si vedano C. cost., sent. 1 aprile 1993, n. 129, *Giur. cost.*, 1993, 1043, con riguardo alla nuova contestazione del reato connesso, ai sensi dell'art. 517 c.p.p. (su cui, in dottrina, Cremonesi, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*, *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 228), e C. cost., sent. 11 maggio 1992, n. 213, *Giur. cost.*, 1992, 1743, con riguardo alla nuova contestazione del fatto diverso, ai sensi dell'art. 516 c.p.p. In tema di giudizio abbreviato, cfr., ancora, C. cost., sent. n. 129 del 1993, cit., nonché C. cost., sent. 8 luglio 1992, n. 316, *Giur. cost.*, 1992, 2623; C. cost., sent. 28 dicembre 1990, n. 593, *Giur. cost.*, 1990, 3309 (su cui, in dottrina, Conti, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, *Giur. cost.*, 1992, 2626); C. cost., ord. 19 marzo 1993, n. 107, *Giur. cost.*, 1993, 870.

<sup>9</sup> Si vedano, in argomento, le riflessioni di Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, *Cass. pen.*, 2010, 2527-2529: «Il tema degli intrecci tra modifica dibattimentale dell'imputazione e diritto dell'imputato di accedere, in tali frangenti, ai riti premiali svela un'articolazione complessa di interessi, su cui si innestano ideali, principi, opzioni di politica processuale di non secondaria importanza: sullo sfondo, esigenze antitetiche, il cui bilanciamento comporta scelte tutt'altro che neutre e dense di ricadute sull'intero congegno processuale. Considerare rigidi e invalicabili i limiti temporali per la richiesta dei procedimenti deflativi (...) equivale a valorizzare, al massimo grado, quel bisogno di economia processuale coesistente ai riti in parola (...). Per converso, modulare quei termini in modo da consentire la possibilità di un recupero dei giudizi speciali in ipotesi di modifica dell'imputazione, significa considerare almeno in parte cedevole al diritto di difesa (...) quell'esigenza di speditezza (...)».

<sup>10</sup> C. cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, *Giur. cost.*, 1994, 2153, con nota di Retico, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il "patteggiamento"*, 2166; si vedano altresì i rilievi di Cremonesi, *Riflessioni sulla applicazione di pena dell'art. 444 c.p.p. dopo l'apertura del dibattimento*, *Giust. pen.*, 1995, I, 9, e Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 201. Pur trattandosi di una vicenda che non tocca in modo diretto gli aspetti del rapporto tra nuove contestazioni e facoltà di accesso ai procedimenti speciali qui primariamente in esame, per completezza del quadro degli interventi della Corte costituzionale in materia occorre ricordare che dopo aver aperto la strada con la sentenza n. 265 del 1994, su un piano attiguo il Giudice delle leggi ha dichiarato illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p. pure nella parte in cui non riconoscevano all'imputato la facoltà di chiedere l'oblazione per il fatto diverso o per il reato connesso emersi in dibattimento con una pronuncia

accusa è fondata su dati cognitivi già acquisiti al fascicolo del pubblico ministero al momento dell'esercizio dell'azione penale, ovvero quando l'imputato ha formulato nei tempi dovuti una richiesta di pena per il primo addebito, ma questa è stata ingiustamente respinta dal giudice o non condivisa dall'organo requirente<sup>11</sup>.

Nell'occasione, la Corte ha rilevato, in particolare, che la contestazione dibattimentale concernente un fatto che emerge dagli atti di indagine – e, dunque, "tardiva" – non è finalizzata ad adeguare i contenuti dell'accusa agli esiti dell'istruzione, ma a porre rimedio all'erroneità (art. 516 c.p.p.) o all'incompletezza (art. 517 c.p.p.) del primo atto imputativo concepito dal pubblico ministero<sup>12</sup>.

Simili «aspetti di "anomalia" caratterizzanti la condotta processuale»<sup>13</sup> del titolare dell'azione, si riflettono inevitabilmente sulle scelte difensive in ordine al rito, le quali dipendono senza dubbio anzitutto dalla fisionomia che il magistrato requirente dà in concreto alla vicenda giudiziaria. In casi del genere, quindi, non si può sostenere che vi sia stata da parte dell'imputato una libera assunzione dei rischi connessi agli sviluppi del dibattimento<sup>14</sup>: l'imputazione subisce una modifica sostanziale per via di «una evenienza patologica (...) derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il pubblico ministero»<sup>15</sup>.

Se così è, precludere l'accesso al procedimento speciale *de quo* costituisce una violazione sia del diritto di difesa dell'imputato, sia del principio di uguaglianza, poiché egli viene discriminato irragionevolmente da una inesatta o incompleta ponderazione dei risultati investigativi da parte dell'organo

inquirente nel momento in cui decide di esercitare l'azione penale<sup>16</sup>.

#### (SEGUE) NUOVE CONTESTAZIONI E GIUDIZIO ABBREVIATO

Con la stessa sentenza con cui ha riconosciuto all'imputato, su date premesse, la facoltà di chiedere l'applicazione di una pena concordata per il fatto diverso o per il reato concorrente contestati in dibattimento, la Consulta ha, all'opposto, dichiarato inammissibile l'omologa *quaestio* sollevata in relazione all'impossibilità di optare per il giudizio abbreviato dopo la modifica o l'ampliamento dell'accusa<sup>17</sup>.

Il Giudice delle leggi, pur osservando che anche tale preclusione comprimeva il diritto di difesa, almeno nei casi in cui il nuovo addebito risultava desumibile dagli elementi raccolti nelle indagini, ha sottolineato che mentre il patteggiamento può facilmente innestarsi sulla fase dibattimentale, il rito *ex artt.* 438 e ss. c.p.p. si realizza (*id est*, si realizzava, stando alla disciplina allora vigente, poi profondamente trasformata dalla l. n. 479 del 1999) tramite una procedura inconciliabile con le cadenze ordinarie del giudizio. Per questo motivo, sancire la possibilità di trasformazione dell'*iter* non era soluzione costituzionalmente obbligata rispetto ad altre alternative, ugualmente idonee a salvaguardare il diritto di difesa (come ad esempio, l'applicazione della correlativa diminuzione di pena in caso di condanna all'esito del giudizio ordinario, oppure il divieto di nuova contestazione e la previsione dell'obbligo di esercitare un'autonoma azione penale per il distinto illecito); insomma, accogliere la questione sollevata dal giudice *a quo* avrebbe implicato l'esercizio di una scelta attinente alla sfera della discrezionalità legislativa.

(C. cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530, *Dir. pen. proc.*, 1996, 164) che non ha più un concreto spazio operativo in quanto il legislatore ne ha recepito il *dictum* con l'art. 53, comma 1, lett. c), l. n. 479 del 1999, introducendo l'art. 141, comma 4 *bis*, disp. att. e coord. c.p.p., ai sensi del quale in caso di modifica dell'addebito originario in altro per il quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato è rimesso in termini per chiederla.

<sup>11</sup> In proposito, la Corte costituzionale ha sottolineato che l'avvenuta modifica dell'imputazione non consente al giudice del dibattimento di applicare l'art. 448, comma 1, c.p.p., posto che la prima pena proposta risulterebbe incongrua rispetto all'addebito mutato e, pertanto, consentire di riformulare l'istanza di patteggiamento è necessario affinché si possa emettere la sentenza *ex art.* 444 c.p.p.

<sup>12</sup> In proposito, Illuminati, *Giudizio*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, III ed., Padova, 1999, 723.

<sup>13</sup> In questi termini, C. cost., sent. n. 265 del 1994, cit.

<sup>14</sup> Analogamente, qualora la richiesta di patteggiamento per l'accusa originaria non abbia dato il risultato sperato per ragioni dipendenti dalla volontà contraria del pubblico ministero o da una decisione negativa del giudice, la perdita dello strumento deflativo non è addebitabile alla condotta difensiva.

<sup>15</sup> Ancora, C. cost., sent. n. 265 del 1994, cit.

<sup>16</sup> A proposito delle soluzioni adottate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 265 del 1994, cit., in dottrina si è rilevato che la pronuncia non risolve i casi in cui la modifica dell'accusa per diversità del fatto ne determina anche un distinto inquadramento giuridico, compatibile – dal punto di vista dei limiti edittali della sanzione – con il patteggiamento, laddove, invece, il primo addebito eventualmente non permetta di accedervi; in questa evenienza, si è detto, negare il rito alternativo in ordine all'ipotesi accusatoria corretta, solo perché l'imputato non lo ha chiesto rispetto a quella originariamente contestata, appare incongruo, non potendosi rimproverare alla difesa di non aver formulato, nei tempi canonici, un'istanza che sarebbe stata certamente respinta (Cremonesi, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*, cit., 229; nonché, Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 208, e Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. II, Padova, 2012, 509).

<sup>17</sup> C. cost., sent. n. 265 del 1994, cit.

## CONTESTAZIONI SUPPLETIVE "FISIOLOGICHE" E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

A diverse conclusioni la Corte costituzionale è giunta solo molti anni dopo<sup>18</sup>, compiendo un'approfondita e lucida analisi dell'istituto, nella sua concreta dimensione operativa, sviluppata a partire dal rilievo che la disciplina delle nuove contestazioni del fatto diverso, del reato concorrente e delle circostanze aggravanti<sup>19</sup> è «coerente, in linea di principio, con l'impostazione accusatoria del vigente codice di rito [dato che in] un sistema nel quale la prova si forma ordinariamente in dibattimento (...) mira (...) a conferire un ragionevole grado di flessibilità all'imputazione, consentendone l'adattamento agli sviluppi e agli esiti dell'istruzione dibattimentale». Sul versante testuale – ha ancora evidenziato la Corte, nella circostanza – gli artt. 516 e 517 c.p.p., prevedendo che gli aggiornamenti dell'accusa si innestino su fatti emersi «nel corso» del dibattimento, riflettono «tale finalità dell'istituto, evocando, *primo visu*, i soli mutamenti dell'imputazione imposti dall'evoluzione istruttoria e [consentono] di qualificarlo come speciale e derogatorio con riguardo alle ordinarie cadenze processuali relative all'esercizio dell'azione penale e al suo controllo giudiziale»<sup>20</sup>.

Se questi sono la ragion d'essere e il profilo positivo della disciplina, a detta del Giudice delle leggi ne costituisce oggettivamente una lettura estensiva l'orientamento della dominante giurisprudenza di legittimità secondo la quale le nuove contestazioni ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p. possono trarre origine anche da elementi già acquisiti dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, e da lui non presi in considerazione quando ha esercitato l'azione penale<sup>21</sup>: «a prescindere da ogni giudizio sugli argomenti che (...) sorreggono» tale soluzione<sup>22</sup>,

<sup>18</sup> C. cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, *Dir. pen. proc.*, 2010, 280, con rilievi di Di Chiara, *Contestazione suppletiva "tardiva" e giudizio abbreviato*; *Guida dir.*, 2010, 5, 74, con nota di Bricchetti, *Il divieto cade se la nuova contestazione riguarda un episodio inserito negli atti di indagine*, 82; *Cass. pen.*, 2010, 2521, con nota di Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, cit.

<sup>19</sup> La Corte – nella stessa sentenza n. 333 del 2009 – ha sottolineato l'estraneità al tema della tutela del diritto di difesa, dal punto di vista della facoltà di accesso ai procedimenti speciali in caso di mutamenti dell'accusa, della fattispecie di contestazione del fatto nuovo contemplata dall'art. 518 c.p.p., posto che per essa la possibilità di procedere seduta stante anche per l'autonomo, ulteriore reato, è subordinata al consenso dell'imputato.

<sup>20</sup> Ancora, C. cost. n. 333 del 2009, cit.

<sup>21</sup> Orientamento avallato da Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, cit.; cfr., *supra*, nota n. 4.

<sup>22</sup> Sia consentito richiamare un'opinione critica, fugacemente espressa in D'Agnoles, sub art. 517, Giarda – Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III ed., Milano, 2007, 4869, 4871. Analogamente, Bricchetti, *Il divieto cade se la nuova contestazione riguarda un episodio inserito negli atti di indagine*, cit., 83, secondo il quale è «di tutta evidenza (...) che il problema non si

non sfugge, infatti, che così inteso «l'istituto (...) viene a proporsi, non più soltanto come uno strumento – come detto, speciale e derogatorio – di risposta ad una evenienza pur "fisiologica" al processo accusatorio (...) ma anche come possibile corrispettivo ad una evenienza "patologica" [legata a] incompletezze od errori commessi dall'organo dell'accusa nella formulazione dell'imputazione»<sup>23</sup>. E quando il magistrato requirente attiva il meccanismo contestativo in situazioni simili, non sono affatto sufficienti le difese consentite dall'art. 519 c.p.p. (*spatium deliberandi* e nuove prove), perché il "fronte debole" sul piano delle tutele dell'imputato si apre in rapporto alla perdita delle facoltà di accesso ai procedimenti speciali, dovuta alla cadenza inevitabilmente e irrimediabilmente asincrona della nuova contestazione rispetto al momento processuale ultimo stabilito dal codice per proporre richieste di riti alternativi.

In questa cornice, la Consulta ha ritenuto che la rinnovata fisionomia del rito dovuta alla l. n. 479 del 1999 imponesse di considerare superate le ragioni che in precedenza l'avevano indotta, diversamente che per il patteggiamento, a pronunciarsi in termini negativi circa la possibilità di accedere al giudizio abbreviato in dette ipotesi. Preso atto che il "nuovo" iter contratto, oltre a non dipendere più dal consenso del pubblico ministero, non richiedeva più neppure che la *res judicanda* sia definibile allo stato degli atti (contemplando, anzi, persino un meccanismo di integrazione probatoria), la Corte costituzionale ha asserito che non lo si poteva continuare a considerare ancora incompatibile con l'innesto nella fase del dibattimento; sicché, era necessario rimuovere dal sistema «la differenza di regime, in punto di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi di fronte ad una contestazione dibattimentale "tardiva", a seconda che si discuta di "patteggiamento" o di giudizio abbreviato»<sup>24</sup>; e ha pertanto dichiarato l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. anche laddove non prevedevano che l'imputato potesse formulare una richiesta ai sensi degli artt. 438 e ss. c.p.p. per il fatto diverso o per il reato concorrente contestati in dibattimento, quando la nuova contestazione avviene su premesse storiche già risultanti dal fascicolo investigativo.

porrebbe se le (...) "tardive" contestazioni fossero inammissibili (se non accettate dall'imputato)»

<sup>23</sup> C. cost., sent. n. 333 del 2009, cit. Di «casi di uso improprio dei poteri contestativi» e di «effetto pregiudicante di situazioni di anomala gestione delle indagini preliminari da parte del P.M.», parla Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., (rispettivamente) 480 e 481.

<sup>24</sup> Ancora, C. cost., sent. n. 333 del 2009, cit.

LUCI...

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 237 del 2012 si pone in una linea di continuità con la precedente n. 333 del 2009 appena ricordata, ma solo nel senso che ne metabolizza alcune premesse fondamentali e dai suoi epiloghi muove i propri passi. Per il resto, come si è accennato all'inizio, non vive di luce riflessa: a un certo punto si affranca dai precedenti giurisprudenziali e le conclusioni alle quali perviene sono il frutto non di logiche già collaudate, portate con coerenza interna a ulteriori conseguenze, bensì di canoni interpretativi inediti, elaborati per la prima volta e sperimentati sul campo per l'occasione<sup>25</sup>. Invero, la nuova decisione si inserisce in un "work in progress" di lungo corso e, attribuendo all'imputato la facoltà di chiedere il giudizio abbreviato non solo in caso di nuove contestazioni "tardive" del reato concorrente, ma anche rispetto a quelle "fisiologiche", dirette – secondo la *littera* e la (più consentanea) *ratio legis* – ad adeguare i contorni dell'accusa a dati fattuali emersi dalle prove assunte in dibattimento<sup>26</sup>, aggiunge un tassello di indubbio spessore al catalogo (peraltro, ancora incompleto) delle prerogative della difesa in ipotesi di "aggiornamento" *in itinere* dell'imputazione<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Lo si potrebbe persino dire un paradosso: il Giudice delle leggi arriva oggi a un certo risultato perché non erano del tutto validi – e lo afferma espressamente – gli assunti che gli avevano consentito di censurare gli artt. 516 e 517 c.p.p. per i profili investiti dalle sue passate decisioni; non di meno – e il paradosso continua – le incostituzionalità già accertate non sembrano affatto perdere di fondamento o di consistenza: semmai, ricevono altra linfa vitale dalle logiche innovative adottate ora.

<sup>26</sup> Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 8-9, pur comprendendo la scelta compiuta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 237 del 2012, in una logica di *self-restraint*, di mantenere intatta la distinzione tra nuove contestazioni patologiche e fisiologiche, salvo elidere le implicazioni più negative per l'imputato, sottolinea come, in un'ottica orientata verso una soluzione più radicale, «si sarebbe potuto riconoscere che la crisi del sistema derivava, in realtà, dall'ampia legittimazione, tributata dalla giurisprudenza di legittimità, alla prassi volta ad ammettere la nuova contestazione dibattimentale anche sulla scorta della mera riconsiderazione degli atti d'indagine. [La] Consulta avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 comma 1 e 517 comma 1 c.p.p., nella parte in cui, così come interpretati dal diritto vivente, ammettevano la nuova contestazione in assenza di nuovi elementi di prova acquisiti nel contraddittorio dibattimentale. [In tal modo] si sarebbe [non solo superata la poco convincente distinzione tra ipotesi patologiche e ipotesi fisiologiche di intervento *in itinere* sull'accusa, ma] si sarebbe [anche] ripristinata la distinzione funzionale fra udienza preliminare e dibattimento quanto all'innesto dei riti alternativi».

<sup>27</sup> Cfr., Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, cit., 2537, il quale, nel commentare C. cost., sent. n. 333 del 2009, concludeva rilevando: «la necessità di riconoscere la scelta dei riti premiali quale elemento connotativo e insopprimibile del diritto di difesa e l'esigenza di assicurare il trattamento

L'importanza della pronuncia, però, discende non tanto (e solo) dall'impatto formale sulla norma censurata, quanto (e più) dal fatto che, "copernicamente", pone una regola radicalmente nuova a presiedere e connotare il rapporto tra i poteri di iniziativa del pubblico ministero e i poteri di reazione dell'imputato<sup>28</sup>.

È vero – afferma la Corte, ripercorrendo l'analisi già articolata nella sentenza n. 333 del 2009 – che la disciplina dettata dagli artt. 516 e 517 c.p.p., permettendo di adattare l'imputazione agli sviluppi dibattimentali «risponde, per questo verso, a ragioni di economia processuale con la quale contrasterebbe un regime di generalizzata retrocessione del procedimento a fasi o stadi precedenti»<sup>29</sup>. Nel tutelare tali ragioni, tuttavia, non si può «non tenere conto delle contrapposte esigenze di salvaguardia del diritto di difesa [in rapporto al profilo problematico, che il legislatore non ha considerato,] delle ricadute, di segno preclusivo, delle nuove contestazioni dibattimentali sui riti alternativi a contenuto premiale»<sup>30</sup>; né si può trascurare che le precedenti aperture sugli aggiornamenti "tardivi" dell'accusa dimostrano come i limiti di accesso ai procedimenti speciali non siano più definibili avendo come criterio orientativo la necessità di assicurare una saldatura indissolubile tra premialità e deflazione: oggi l'imputato è già «ammesso [infatti,] a fruire (...) del patteggiamento e del giudizio abbreviato in situazioni nella quali una "deflazione piena" non può più realizzarsi, essendosi già pervenuti al dibattimento [e] ciò [avviene] sul presupposto che la logica dello "scambio" tra sconto di pena e risparmio di energie processuali debba comunque cedere di fronte all'esigenza di ripristinare la pienezza delle garanzie difensive e [il rispetto] del principio di uguaglianza»<sup>31</sup>.

equanime di ogni imputato quale che sia la modalità di esercizio dell'azione penale», e auspicando «un intervento normativo (...) proclive a ripensare (...) i rapporti tra nuove contestazioni (...) e riti premiali, consentendo[ne] l'esperimento (...) in ogni ipotesi di modifica dell'addebito (...) sia che si tratti di contestazioni fisiologiche sia che si tratti di contestazioni patologiche».

<sup>28</sup> Cfr., ancora Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 4, il quale parla di «dimensione squisitamente "reattiva" [del diritto di difesa] rispetto alle determinazioni del pubblico ministero circa la modifica dell'imputazione».

<sup>29</sup> C. cost., sent. n. 237 del 2012.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> C. cost., sent. n. 237 del 2012. La Corte aggiunge come non si possa trascurare, specularmente, che «la sentenza n. 333 del 2009 ha (...) evidenziato come l'accesso al giudizio abbreviato per il reato concorrente contestato in dibattimento risulti comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale, sia pure "attenuato", consentendo – quantomeno – al giudice di decidere sulla nuova imputazione senza il possibile supplemento di istruttoria previsto dall'art. 519 c.p.p. (anche nel caso di richiesta di giudizio abbreviato condizionato)».

## CONTESTAZIONI SUPPLETIVE "FISIOLOGICHE" E RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

Insomma: un approccio al problema che, nella ricerca della soluzione, muova dal riconoscimento di attitudini deflative non solo (com'è ovvio) ai riti alternativi, ma anche alla disciplina delle nuove contestazioni, genera, se non un cortocircuito concettuale e una *impasse*, equilibri instabili e compromessi dai quali conviene sgombrare l'orizzonte in vista di più appaganti riflessioni sui contenuti intrinseci del diritto di difesa e del principio di non discriminazione.

In questa prospettiva, rivela tutta la sua nebulosità l'opinione che l'ampliamento delle facoltà difensive di fronte a una nuova contestazione sia dovuto (soltanto) nei casi di modifiche "tardive" dell'imputazione, per via di una presunta imprevedibilità della condotta processuale del pubblico ministero, laddove, viceversa, un mutamento fisiologico dell'ipotesi accusatoria non è che la concretizzazione di un rischio che l'imputato ha deciso liberamente di correre optando per il dibattimento.

È un postulato che non regge, perché è altrettanto sostenibile l'esatto contrario: che il vaglio degli atti delle indagini preliminari permetta di prevedere (e "giocare d'anticipo" sul) l'eventualità di un intervento "correttivo" *ex post* del pubblico ministero su un'imputazione nata lacunosa o imprecisa rispetto a profili del fatto emergenti dal *dossier* investigativo, e che, all'opposto, il diritto di difesa debba essere maggiormente protetto da compromissioni dinanzi alle modifiche degli addebiti originate da *nova* emersi solo in dibattimento.

Dunque, il criterio della "prevedibilità" dell'aggiornamento dibattimentale dell'accusa è opinabile e non «idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento delle nuove contestazioni "fisiologiche", rispetto a quello riservato [alle] "patologiche"»<sup>32</sup>.

Ciò che è necessario ad un consapevole esercizio della difesa, in particolare, nella prospettiva della de-

licata scelta del rito abbreviato, è – conclude la Corte – che siano chiari all'imputato i termini dell'accusa che gli viene mossa. Ergo, qualora si ampli l'imputazione iniziale, con l'innesto di una figura di reato connessa, indipendentemente dai fondamenti della nuova contestazione non possono non essergli restituiti termini e condizioni per rimeditare la sua strategia e, se lo ritiene, uscire dal tracciato ordinario del giudizio: il principio, sistematico, è espresso, sia pure come canone inverso, dall'art. 441 *bis*, comma 1, c.p.p.

## (SEGUE) ...E OMBRE

Secondo la Corte costituzionale, sarebbe «illogico – e, comunque, non costituzionalmente necessario – che, a fronte della contestazione suppletiva di un reato concorrente (magari di rilievo marginale (...)), l'imputato possa recuperare [il] rito alternativo anche [per le] imputazioni originarie, rispetto alle quali ha consapevolmente lasciato spirare il termine utile per la richiesta»<sup>33</sup>.

L'assunto – già formulato dal Giudice delle leggi in riferimento alle nuove contestazioni "patologiche", in ordine alla possibilità sia di chiedere l'applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 per il fatto diverso o il reato concorrente, sia di chiedere il giudizio abbreviato per il reato concorrente<sup>34</sup> –, inibendo una visione unitaria delle *res iudicandae* sul terreno degli artt. 438 e ss. c.p.p., comporta la separazione dei procedimenti in caso di opzione per il rito alternativo.

Al di là di ogni possibile rilievo circa l'opportunità della cesura, in termini di impegno di energie processuali, nonché circa eventuali difficoltà di ordine esegetico derivanti dall'*obiter dictum* della Consulta<sup>35</sup>, non sfugge che il "divieto" di definire tutte le

<sup>32</sup> Così, C. cost., sent. n. 237 del 2012, cit., sottolineando altresì, come «L'impossibilità di definire con giudizio abbreviato gli addebiti oggetto delle nuove contestazioni "fisiologiche" risult[i] fonte di ingiustificate disparità di trattamento anche (...) in ragione del fatto che, in taluni casi, l'imputato potrebbe recuperare detta facoltà per circostanze puramente occasionali che determinano la regressione del procedimento [per es., *ex art.* 517, comma 1 *bis*, c.p.p.] ovvero come conseguenza della decisione del pubblico ministero di esercitare separatamente l'azione penale per il reato connesso. [Ciò] dimostra (...) come non si possa pretendere che l'imputato opti per il giudizio abbreviato in rapporto a una determinata imputazione – relativamente alla quale non [lo] ritenga (...) di per sé conveniente – solo in previsione della possibilità che, a seguito (...) dell'istruttoria (...) l'oggetto dell'accusa si arricchisca [...] evenienza che potrebbe non verificarsi affatto [e che comunque] non impedirebbe al pubblico ministero di instaurare un processo autonomo, vanificando il senso di quella opzione».

<sup>33</sup> C. cost., sent. n. 237 del 2012, cit.

<sup>34</sup> C. cost., sent. 265 del 1994, cit., e C. cost., sent. n. 333 del 2009, cit. Al proposito, nella seconda occasione, la Consulta aveva asserito – e lo ripete oggi – che l'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità, contrario all'ammissibilità di un giudizio abbreviato "parziale", si riferisca all'eventualità che l'azione penale sia esercitata *ab origine* per più capi d'imputazione, e non sia automaticamente estensibile alle fattispecie disciplinate dagli artt. 516 e ss. c.p.p. Critico verso l'esegesi privilegiata dalla Corte di cassazione, è Bricchetti, *Il divieto cade se la nuova contestazione riguarda un episodio inserito negli atti di indagine*, cit., 87.

<sup>35</sup> Su tali aspetti si vedano le riflessioni sviluppate da Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 11, con particolare attenzione al duplice problema della selezione dei materiali probatori utilizzabili ai fini della decisione da assumere nel giudizio abbreviato e della assenza di una causa di incompatibilità del giudice «investito della prosecuzione del dibattimento per l'accusa originaria e del giudizio abbreviato sul reato concorrente oggetto di nuova contestazione».

accuse mediante il giudizio abbreviato è destinato ad avere un impatto non certo trascurabile sul piano pratico.

In proposito, si può verosimilmente immaginare che la decisione dell'imputato di avvalersi o meno della facoltà di "virare" verso il rito contratto per una parte soltanto degli addebiti di cui è chiamato a rispondere, finisca per dipendere anche da una prognosi comparativa dei risultati *quoad poenam* che deriverebbero, nell'eventualità di una condanna "su tutti i fronti", applicando la disciplina del concorso formale o del reato continuato in fase di cognizione (art. 81 c.p.) o, invece, *in executivis* (art. 671 c.p.p.)<sup>36</sup>. E, in questa prospettiva, appare ragionevole attendersi che la celebrazione del giudizio abbreviato per i fatti contestati *ex abrupto* ai sensi dell'art. 517 c.p.p. sia in concreto un'evenienza non troppo frequente, destinata a concretizzarsi soprattutto nei casi in cui l'addebito aggiuntivo integri una fattispecie delittuosa molto più grave di quella cristallizzata nella prima imputazione.

Piuttosto, viene da pensare che l'opzione alternativa possa risultare "appetibile" sul versante delle strategie difensive nell'ottica della convenienza a cristallizzare allo stato degli atti l'accertamento del fatto storico oggetto di contestazione suppletiva, posti i parametri decisori sanciti dall'art. 530, comma 2, c.p.p.

Si tratta intuitivamente di un profilo delicato del tema, che evoca almeno due questioni.

La prima attiene, per così dire, al *quantum probatorio* da raggiungere in dibattito prima di poter considerare corretta un'iniziativa del pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p., dato che la possibilità per l'imputato di formulare una richiesta *ex art. 438 c.p.p.* per il reato connesso oggetto della nuova contestazione, amplifica il rischio che un aggiornamento "premature" degli addebiti si risolva in una forma di esercizio apparente dell'azione penale, in violazione del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. Per evitarlo, occorre che l'organo requirente si orienti in base a un criterio di sostenibilità della (nuova) accusa in un ipotetico giudizio abbreviato non condizionato<sup>37</sup>.

La seconda questione (che consegue alla precedente), riguarda il compendio degli atti che devono confluire nel fascicolo dell'eventuale giudizio abbreviato "parziale" al fine di approntare un'adeguata piattaforma probatoria e, su un piano parallelo, l'esercizio da parte del giudice dei poteri di integrazione *ex art. 441, comma 5, c.p.p.*, laddove il quadro cognitivo dovesse rivelarsi monco o inadeguato.

Un ultimo brevissimo appunto si può dedicare alle aree ancora "scoperte", pur dopo gli interventi correttivi della Corte costituzionale, nel quadro complessivo dei rapporti tra le discipline delle nuove contestazioni e dei riti alternativi.

Al riguardo, mettendo a confronto i procedimenti speciali si nota come la sentenza n. 237 del 2012 crei essa stessa una disparità di regime tra giudizio abbreviato e patteggiamento, poiché quest'ultimo non risulta fruibile dall'imputato in caso di nuova contestazione fisiologica di un reato concorrente.

Sul versante delle fattispecie di mutamento dell'accusa, le situazioni di potenziale attrito con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost. riguardano, da un lato, l'art. 516 c.p.p., nella parte in cui non consente l'accesso al giudizio abbreviato in caso di nuova contestazione fisiologica del fatto diverso, e, dall'altro lato, l'ambito "intonso" delle nuove contestazioni di circostanze aggravanti ai sensi dell'art. 517 c.p.p., finora rimasto immune da qualsiasi ortopedia costituzionale.

Non è questa la sede per un'analisi articolata delle varie prospettive; è sufficiente dire che l'ultima impronta data alla materia dal Giudice delle leggi, intesa a valorizzare al massimo grado possibile il diritto di difesa e il canone di non discriminazione, lascia ragionevolmente presagire ulteriori prossimi cambiamenti degli scenari<sup>38</sup>.

Sarà interessante vedere quali sviluppi riserva il futuro.

<sup>36</sup> Nel caso in cui l'imputato opti per il giudizio abbreviato per la nuova accusa, il presupposto che ha legittimato l'iniziativa del pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p., vale a dire l'esistenza di un rapporto di continuazione o di concorso formale tra i diversi fatti storici contestati, è destinato a uscire dall'orizzonte decisionale in sede di cognizione, a meno che la (eventuale) sentenza (di condanna) emessa per il reato più grave non diventi irrevocabile prima che si concluda il giudizio che ha per oggetto la violazione meno grave.

<sup>37</sup> Per questi profili, *amplius*, Cassibba, *Vacilla il criterio*

*della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 12-13.

<sup>38</sup> Ad esempio, Bricchetti, *La Corte costituzionale pone un altro tassello al ripristino della pienezza del diritto di difesa*, cit., 53, sottolinea che «a breve (...), l'apertura [operata da C. cost., sent. n. 237 del 2012] dovrebbe riguardare anche l'evenienza "diversità del fatto" di cui all'art. 516 del codice di procedura penale».

## Più difficile disporre la custodia in carcere nei confronti delle madri

**Corte di cassazione, Sezione I, sentenza 3 ottobre 2012, n. 47861 – Pres. Chieffi; Est. Rocchi**

*In tema di misure cautelari, l'eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari richiesta dall'art. 275, comma 4, c.p.p. per disporre o mantenere, nei confronti di madre di bambino di tenera età con lei convivente, la misura della custodia cautelare in carcere, nell'ipotesi in cui la misura sia stata applicata ai sensi dell'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p., sussiste se il pericolo di commissione di gravi delitti, o di delitti della stessa specie di quelli per cui si procede, sia elevatissimo, così da permettere una prognosi di sostanziale certezza in ordine al fatto che l'indagata, se sottoposta a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, continuerebbe a commettere i predetti delitti.*

[Omissis]

### RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 26/3/2012, il Tribunale di Bologna, provvedendo sull'appello proposto ai sensi dell'art. 310 cod. proc. pen. dal P.M. presso il Tribunale di Parma avverso l'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari aveva applicato nei confronti di *Omissis* la misura degli arresti domiciliari, anziché quella richiesta della custodia cautelare in carcere, sostituiva la prima con la seconda.

La *Omissis* è indagata di tentato omicidio aggravato in concorso ai danni di *Omissis*: ella avrebbe chiesto a *Omissis* di cooperare nell'azione illecita, si sarebbe procurata una mazza di ferro, etere etilico, passamontagna, una parrucca, nastro isolante, oggetti utili al prelievo forzoso, narcosi e trasporto della vittima, avrebbe scavato una buca dove nascondere il cadavere e si sarebbe diretta in ora notturna nel luogo dove la vittima doveva essere rapita, venendo fermata solo dall'intervento dei carabinieri, avvisati dal cittadino moldavo *Omissis*, che avrebbe dovuto partecipare all'azione. I carabinieri avevano effettuato un lungo pedinamento, avevano poi fermato in piena notte due autovetture con a bordo i tre indagati e avevano sequestrato gli oggetti sopra menzionati; avevano rinvenuto il piccone utilizzato per scavare la fossa e avevano individuata la stessa, di dimensioni idonee e con all'interno già riposte due pale. Arrestati il *Omissis* e la *Omissis*, il primo aveva ammesso i fatti, pur sostenendo di non avere avuto intenzione di uccidere effettivamente la vittima designata (l'avrebbe stordita, portata nella buca e coperta con un pò di terra per spaventarla), mentre la *Omissis* si era avvalsa della facoltà di non rispondere. Il Giudice per le indagini preliminari aveva ap-

plicato la misura massima nei confronti del *Omissis* e, ai sensi dell'art. 275 c.p.p., comma 4, gli arresti domiciliari nei confronti della *Omissis*, rammentando che era madre di un bambino di 14 mesi ed osservando che le esigenze cautelari, ritenute sicuramente sussistenti, potessero essere soddisfatte con la misura meno grave, tenuto conto che il mantenimento in carcere di un complice e la desistenza e collaborazione con gli inquirenti dell'altro consentivano di ritenere che ella, in assenza di contatti diversi dal convivente, non avesse la possibilità di organizzarsi per il compimento di altri reati.

Il P.M. appellante aveva sostenuto che le esigenze cautelari ravvisabili erano di eccezionale rilevanza, sia per la gravità del reato che per l'elevatissima capacità criminale ravvisabile in capo ad entrambi i complici, osservando, ancora, che l'esistenza del figlio minore non aveva esercitato sulla donna alcun effetto dissuasivo e che l'arresto era avvenuto in piena notte, dimostrando che la *Omissis* non prestava cura particolare al bambino.

Il Tribunale condivideva la valutazione del P.M., ritenendo le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza: l'indagata aveva maturato, per motivi assolutamente illogici, propositi di vendetta nei confronti di un'altra donna, colpevole - così aveva riferito il *Omissis* - di "avere sparso in giro voci su di lei" e aveva progettato un folle, ma articolato piano omicida, nel quale aveva coinvolto l'uomo, dimostrando un'elevata capacità di condizionamento e di suggestione criminale. La progettazione del piano criminale era durata due mesi; l'indagata aveva coinvolto anche il *Omissis*; si era procurata il materiale necessario e aveva partecipato alla marcia di avvicinamento al luogo del rapimento, proseguendo nonostante il *Omissis* l'aves-

se avvertita (con una radio trasmittente) di essere seguito dai Carabinieri.

Il Tribunale riteneva elevatissimo - e quindi eccezionale - il pericolo per la società costituito dall'indagata, tenuto conto che le situazioni che avevano dato luogo al progetto criminale si presentano frequentemente nella vita di ciascuno e ben potendo, pertanto, ripetersi una situazione analoga. La *Omissis*, secondo l'ordinanza impugnata, in ragione della sua capacità di coinvolgere altre persone, potrebbe agire tramite terzi; potrebbe, fra l'altro, provare un serio rancore nei confronti del cittadino moldavo che aveva avvertito i carabinieri. La sua capacità di autocontrollo è, evidentemente, labile, mentre straordinaria è la sua spregiudicatezza.

Il Tribunale concludeva che solo la misura carceraria è in grado di prevenire la recidiva specifica, a prescindere da capacità di autodisciplina e di spontanea osservanza agli obblighi, non accreditabili all'indagata.

2. Ricorre per cassazione *Omissis*, deducendo la violazione dell'art. 275 c.p.p., comma 4, e la mancanza di un supporto motivazionale adeguato per giustificare la custodia cautelare in carcere, dovendosi indicare concreti, specifici ed attuali elementi che dimostrino l'eccezionale pericolosità del soggetto.

Il tempo trascorso dall'applicazione degli arresti domiciliari avrebbe, poi, imposto al Tribunale una motivazione adeguata sull'insufficienza della misura domiciliare. Non vi era stato un corretto esame ed apprezzamento rispetto ai parametri dell'art. 133 cod. pen., che avrebbero evidenziato la personalità positiva dell'indagata, cui non è riconducibile alcun comportamento illecito o addebito pregresso, e che non aveva manifestato una personalità violenta, instabile o mancante di sufficiente autocontrollo.

Si deduce, inoltre, l'assenza, insufficiente ed erroneità della motivazione e la violazione dell'art. 292, comma 2, cod. proc. pen.:

in effetti l'inculpazione provvisoria, contrariamente alle emergenze di indagine, erroneamente contestava che la *Omissis* avesse proposto allo S. di partecipare all'omicidio nonché di avere partecipato allo scavo della buca e di avere effettuato precedenti sopralluoghi: il provvedimento era, quindi, lacunoso e carente di attendibilità logico-valutativa.

Il ricorso conclude per l'annullamento del provvedimento impugnato.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e comporta l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata.

L'art. 275 c.p.p., comma 4, nella parte che qui rileva, stabilisce che "quando imputata sia madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, non può essere disposta, né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza".

La norma non attribuisce alcuna discrezionalità all'interprete, chiamato a valutare esclusivamente la "eccezionale rilevanza" delle esigenze cautelari: erano, quindi, del tutto fuori luogo le considerazioni del P.M. appellante

- non a caso non recepite nella motivazione dell'ordinanza impugnata - che pretendevano di valutare se e in quale misura l'indagata si occupasse del figlio minore; così come non rilevano le notizie, sottolineate dalla difesa, della grave malattia cui il bambino è affetto e della necessità di accudimento continuo: altri sono i luoghi, anche giudiziaria in cui tali circostanze possono essere valutate, mentre la norma di cui si argomenta l'applicazione richiede semplicemente che il figlio minore sia "convivente" con la madre; non rileva nemmeno la circostanza che la madre sia o meno convivente con qualcun altro e se questi sia in grado di occuparsi del figlio minore della donna o lo faccia realmente.

2. Ciò premesso, la "eccezionale rilevanza" delle esigenze cautelari deve essere valutata con riferimento a quelle riconosciute sussistenti e poste a base dell'ordinanza cautelare: nel caso di specie le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. c).

La norma dell'art. 275 c.p.p., comma 4, presuppone la possibilità di riconoscere un grado diverso dello stesso "pericolo" menzionato in tutte e tre le ipotesi contemplate dall'art. 274 cod. proc. pen., nel senso che il pericolo, oltre a dover essere "concreto", può essere più o meno elevato.

Poiché il Giudice che, nell'applicare una misura cautelare, ritiene sussistente un pericolo, esprime un giudizio prognostico riguardante la probabilità, più o meno elevata, che l'evento che si vuole evitare (la perdita o l'inquinamento della prova, oppure la fuga dell'indagato, o ancora la commissione da parte dell'indagato di gravi delitti o di delitti della stessa specie di quelli per cui si procede) accada, l'art. 275 c.p.p., comma 4 impone al giudice, che voglia superare il divieto posto dalla legge, di esprimere una prognosi con una probabilità di accadimento dell'evento più elevata, anzi, elevatissima ("eccezionale").

Questa interpretazione della norma è stata più volte adottata da questa Corte che, con riferimento alle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. c), ha affermato che l'art. 275 c.p.p., comma 4, si limita a richiedere una pericolosità che superi la semplice concretezza richiesta dall'art. 274 cod. proc. pen., connotandosi come sostanziale certezza che l'indagato, se sottoposto a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, continuerà a commettere delitti tra quelli indicati nel suddetto art. 274, lett. c) (Sez. 2, n. 32472 del 08/06/2010 - dep. 30/08/2010, Bozidarevic, Rv. 248352; Sez. 5, n. 599 del 04/02/1999 - dep. 08/03/1999, Nikolic, Rv. 213344). La recidiva reiterata e specifica è, in questa ottica, un dato assolutamente rilevante, se non decisivo (Sez. 5, n. 2240 del 05/12/2005 - dep. 19/01/2006, P.M. in proc. Bacalanovic, Rv. 233026).

Il Tribunale del Riesame, nell'ordinanza impugnata, non ha applicato il criterio indicato dalla norma, sottolineando piuttosto la "eccezionale gravità" del reato e la personalità dell'indagata, ma, sostanzialmente, ritenendo "possibile" il ripresentarsi di situazioni simili a quelle che hanno scatenato la condotta della *Omissis* ("numerose sono le occasioni di lite o di contrasto con i terzi, in famiglia, sul lavoro o tra estranei, determinate dai più svariati motivi e concretamente in grado di innescare nell'indaga-

## PIÙ DIFFICILE DISPORRE LA CUSTODIA IN CARCERE NEI CONFRONTI DELLE MADRI

ta analogo e sproporzionato movente alla recidiva specifica e alla commissione di gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di strumenti personali"); non esprimendo quindi il giudizio di "sostanziale certezza" circa la ripetizione di una condotta del genere da parte della donna.

Il dato concreto dell'impossibilità di coinvolgere nuovamente il *Omissis* (detenuto e reo confesso) e il *Omissis* (dissociatosi prima dell'arresto, con la denuncia alla polizia giudiziaria) in atti delittuosi viene, non a caso, superato con la "specificità della *Omissis* di coinvolgere terzi nei propri programmi criminali": ma i "terzi" che verrebbero coinvolti nelle nuove condotte illecite non sono identificati, cosicché il Tribunale ritiene, ancora una volta, "possibile" (e niente affatto certo) che altre persone potrebbero essere contattate dall'indagata.

3. L'ordinanza impugnata deve, quindi, essere annullata, con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Bologna che si atterrà al seguente principio di diritto:

to: "la eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari richiesta dall'art. 275 c.p.p., comma 4 per disporre o mantenere, nei confronti di madre di bambino in tenera età con lei convivente, la misura della custodia cautelare in carcere, nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia stata applicata ai sensi dell'art. 274 c.p.p., comma 1, lett. c), sussiste se il concreto pericolo di commissione di gravi delitti o di delitti della stessa specie di quelli per cui si procede sia elevatissimo, così da permettere una prognosi di sostanziale certezza in ordine al fatto che l'indagata, se sottoposta a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, continuerebbe a commettere i predetti delitti".

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Bologna.

Così deciso in Roma, il 3 ottobre 2012.

Depositato in Cancelleria il 10 dicembre 2012

EVA MARIUCCI\*

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università di Roma "Tor Vergata"

## Le "illusioni applicative" sulla tutela della maternità nella fase cautelare

### *Precautionary measures and maternity protection: "operative illusions"*

Con un recente intervento riformatore, il legislatore ha apportato talune modifiche alla materia cautelare: la legge 21 aprile 2011, n. 62 ha novellato l'art. 275, comma 4, c.p.p., estendendo il principio di inadeguatezza della custodia cautelare per le madri con figli conviventi, attraverso l'innalzamento del limite di età dei minori da tre a sei anni. Il provvedimento legislativo ha poi introdotto una nuova disposizione, l'art. 285-bis c.p.p., concernente l'istituzione di strutture per la custodia cautelare delle madri (I.C.A.M.), che, nelle intenzioni, dovrebbero garantire il rapporto genitoriale e la tutela dei minori in un ambiente migliore del carcere. Ma gli interventi legislativi, pur apprezzabili, non sono comunque sufficienti a scongiurare qualche perplessità dietro l'apparente accrescimento di garanzia.

*In order to protect maternity, L.62/2011 has recently modified precautionary measures' matter, by raising, from three to six years, children's age limit to order pre-trial custody toward mothers who live together with their kids (Art. 275.4 c.p.p.). This legislative act has also inserted a new Art. 285-bis c.p.p., about the so-called I.C.A.M., buildings different from jails, where mothers with children can be lead in pre-trial custody. Although the purpose of law is to protect childhood, there are still some problematic aspects to assess.*

#### LA QUESTIONE

La Suprema Corte interviene fissando il parametro interpretativo per l'applicazione della custodia cau-

telare in carcere, qualora destinataria della misura sia madre con prole. Come noto, l'art. 275, comma 4, c.p.p. prevede che la misura carceraria non può essere presuntivamente disposta nei confronti del-

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

le madri con figli conviventi. In ogni caso, però, riscontrate le eccezionali esigenze cautelari (pericolo di fuga o di inquinamento delle prove, ovvero di commissione di gravi reati o di delitti della stessa specie di quelli per i quali si procede), il giudice può disporre l'applicazione della cautela detentiva in luogo degli arresti domiciliari.

Nel caso in esame, il giudice per le indagini preliminari aveva applicato la misura degli arresti in casa e il pubblico ministero aveva proposto appello dinanzi al tribunale della libertà che, accogliendo il ricorso, aveva disposto l'applicazione della custodia in carcere, riscontrata l'eccezionale rilevanza del pericolo di reiterazione.

Con la sentenza in commento, la Cassazione ha annullato la decisione del giudice del gravame, precisando che, ai fini della valutazione della recidiva specifica, non può farsi riferimento né «alla capacità di autodisciplina» né alla «spontanea osservanza agli obblighi imposti» all'indagata. L'eccezionale rilevanza del *periculum* di reiterazione deve infatti risultare unicamente dalla prognosi di *sostanziale certezza* che l'indagata, se sottoposta alla misura più blanda degli arresti domiciliari, continuerebbe a delinquere. Il Supremo Collegio stabilisce, infine, che la qualità di madre comporta *ex se* l'applicazione del meccanismo presuntivo dell'art. 275, comma 4, c.p.p., a prescindere da qualsiasi valutazione concernente gli obblighi materni e l'effettiva cura della prole. Di conseguenza, l'unica condizione richiesta per beneficiare della presunzione di incompatibilità carceraria è l'essere madre di prole *inferiore ai sei anni* di età con lei *convivente*.

L'art. 275, comma 4, c.p.p. contiene una presunzione relativa di inadeguatezza della custodia cautelare in carcere quando i destinatari della misura personale coercitiva appartengono ad una delle categorie tipizzate nella disposizione. Intento del legislatore è stato evidentemente quello di preservare soggetti particolarmente vulnerabili in un momento delicato della propria esistenza, destinata ad essere ulteriormente compromessa dall'imminente applicazione della cautela detentiva. La disposizione contiene un elenco tassativo delle situazioni soggettive di "incompatibilità carceraria"; l'adozione della misura detentiva anticipata non può essere per presunzione di legge applicata nei confronti di donna incinta, di madre di prole non superiore ai sei anni<sup>1</sup>, ovvero del padre qualora la prima è deceduta

<sup>1</sup> La legge 21 aprile 2011, n. 62 ha esteso tale limite, che in precedenza era di tre anni, tra l'altro disponendo che sino al 1° gennaio 2014 dovrebbe valere il vecchio regime. Proprio con riferimento alla possibilità di un'applicazione anticipata della nuova disciplina, si cfr.oltre.

o assolutamente impossibilitata a dare assistenza ai figli<sup>2</sup>, nonché delle persone che hanno superato l'età di settanta anni.

La tipizzazione funge da argine alla valutazione giudiziaria, inibendo il giudice dall'applicare la custodia cautelare anche qualora ne sussistano i presupposti applicativi ordinari (*fumus boni iuris, periculum in mora*). Essa non costituisce tuttavia limite valutativo negativo, posto che il giudice può argomentare l'infondatezza della presunzione di attenuato pericolo, motivando in ordine a quelle che il legislatore definisce «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» (art. 275, comma 4, c.p.p.). In tal caso, spetterà al giudicante valutare che l'eccezionale rilevanza, connessa ai *pericula* di cui all'art. 274 c.p.p., è tale da connotarli di «un non comune, spiccatissimo ed allarmante rilievo»<sup>3</sup>, a fronte di una concreta possibilità di elusione delle finalità processuali perseguite dalla tutela cautelare<sup>4</sup>.

Così strutturata, la norma è *lex specialis*, perché derogatoria alla regola secondo cui è il giudice che, ai sensi dell'art. 275 c.p.p., sceglie, tra le diverse misure contemplate dal legislatore, quella più adeguata a fronteggiare le attuali e concrete esigenze cautelari. Gli automatismi non devono però appartenere alle dinamiche processuali: ragioni culturali, morali ed etiche possono limitare *ex ante* il potere cautelare, ma non lo esauriscono, perché esso torna ad affermarsi al ricorrere delle eccezionali e *spiccate* esigenze previste dall'art. 275, comma 4, c.p.p.

(SEGUE:) IL CRITERIO DELLA SOSTANZIALE CERTEZZA

Con la sentenza annotata la Suprema Corte fissa il parametro "quantitativo" cui l'interprete deve ancorarsi per la valutazione dell'eccezionale rilevanza del pericolo di reiterazione, ai fini dell'adozione o del mantenimento della custodia cautelare in carcere per la madre di prole minorenni.

La Corte aveva già puntualizzato, anche con pronunce di recente emanazione, che il rischio di recidiva «deve oltrepassare l'estremo della "semplice" concretezza richiesto dall'art. 274, per assumere in

<sup>2</sup> Sull'estensione alla figura paterna della garanzie previste per la madre si vedano anzitutto C. Cost., ord. 27 luglio 2011, n. 250, *Giur. cost.*, 2011, 4, 3218. Per la giurisprudenza di legittimità tra le più significative Cass., sez. VI, 8 luglio 2009, n. 31772, *CED Cass.*, 245196; Cass., sez. V, 28 maggio 2009, n. 27000, *CED Cass.*, 244485; Cass., sez. I, 3 marzo 2009, n. 12459, *CED Cass.*, 243559; Cass., sez. III, 10 dicembre 2008, n. 634, *Cass. pen.*, 2010, 3, 1073; Cass., sez. I, 4 marzo 2008, n. 14651, *Cass. pen.*, 2009, 11, 4370.

<sup>3</sup> Cass., sez. II, 15 giugno 2004, *Guida dir.*, 2004, 47, 88; Cass., sez. III, 17 marzo 2003, n. 12355, *CED Cass.*, 223936; Cass., sez. IV, 2 luglio 1996, n. 1699, *Cass. pen.*, 1997, 3082.

<sup>4</sup> Cass., sez. I, 12 settembre 1992, *Cass. pen.*, 1994, 1290.

## PIÙ DIFFICILE DISPORRE LA CUSTODIA IN CARCERE NEI CONFRONTI DELLE MADRI

pratica quello della *sostanziale certezza* che l'indagato, se sottoposto a misura diversa dalla custodia in carcere, continuerà a commettere i delitti previsti dalla lett. c) dell'art. 274»<sup>5</sup>. Pertanto, nell'applicazione del regime custodiale per le madri, le qualificate esigenze richieste dall'art. 275, comma 4, c.p.p. «si distinguono dalle "normali" esigenze cautelari per il grado del pericolo (di reiterazione)»<sup>6</sup>. La "concretezza" di tale pericolo comporta, infatti, una valutazione che, per quanto attinente al futuro, ha ad oggetto esclusivamente «le specifiche modalità e le circostanze del fatto, dalle quali desumere l'inclinazione del soggetto a commettere reati della stessa specie, la personalità dell'indagato, da valutare alla stregua dei suoi precedenti penali e giudiziari, l'ambiente in cui il delitto è maturato, nonché la vita anteatta dell'indagato stesso, come pure di ogni altro elemento compreso fra quelli enunciati nell'art. 133 c.p.»<sup>7</sup>. Si tratta di una valutazione prognostica presuntiva, che mira ad ottenere una previsione di mera probabilità di reiterazione, sulla base di elementi concreti e non meramente congetturali, dai quali desumere unicamente che il «soggetto inquisito possa facilmente, verificandosene l'occasione, commettere reati rientranti fra quelli contemplati nell'art. 274 lett. c) c.p.p.»<sup>8</sup>.

Tali parametri interpretativi, individuati dalla giurisprudenza per le "normali" esigenze cautelari, sono vevoli anche per l'accertamento concernente l'eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p. Pertanto, nel disporre la custodia cautelare ai sensi del predetto articolo, il giudice deve comunque accertare l'eccezionale pericolo di reiterazione sulla base delle modalità e circostanze del fatto, nonché della personalità dell'indagato desunta da inclinazioni comportamentali o dai suoi precedenti penali, ma la sua valutazione complessiva dovrà condurlo ad un giudizio di effettiva certezza.

Va precisato che il criterio della sostanziale certezza non è del tutto nuovo negli scenari interpretativi offerti dalla Corte di legittimità. In particolare, i giudici del supremo collegio avevano già evidenziato che, circa il giudizio di eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari, l'art. 275, comma 4, c.p.p.

richiede una pericolosità tale da superare la semplice concretezza richiesta dall'art. 274 c.p.p., «connotandosi come sostanziale certezza che l'indagato, se sottoposto a misure diverse dalla custodia in carcere, continuerà a commettere delitti tra quelli indicati nel suddetto art. 274 lett. c)»<sup>9</sup>.

Non va trascurato come l'innalzamento del limite esegetico alla soglia della certezza si traduce in un *favor*. In precedenza, la valutazione sull'eccezionale rilevanza della reiterazione era condotta attraverso una prognosi di probabilità e, sebbene secondo costante giurisprudenza<sup>10</sup> il pericolo di recidiva dovesse appuntarsi sulla spiccata, non comune ed allarmante possibilità di delinquere ancora, molto spesso una tale prognosi conduceva ad esiti negativi. Rispetto all'ipotesi qui in oggetto, poi, non va dimenticato come, nella maggioranza dei casi, le madri detenute appartengono a fasce sociali poste ai margini, per miseria, problemi di tossicodipendenza, o per la provenienza da contesti adusi alla microcriminalità, che, gravandole persino in tenera età da numerose condanne e precedenti di polizia, ne rendono il quadro giudiziario inidoneo a valutazioni favorevoli<sup>11</sup>.

## LA NUOVA DISCIPLINA SULLE DETENUTE MADRI

La pronuncia annotata deve essere considerata alla luce del contesto di maggiore sensibilizzazione sul ruolo delle madri, in particolare di quelle detenute. Il criterio della sostanziale certezza, letto in un'ottica generale di salvaguardia della posizione peculiare del genitore *in vinculis*, rappresenta una delle tessere che lo stesso legislatore tenta ancora oggi di definire in un quadro organico, anche a fronte di una recente novella del 2011.

Confermando nella sostanza il precedente intervento riformatore della «legge Finocchiaro» (l. 8

<sup>5</sup> Così Cass., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38763, *CED Cass.*, 253372 (secondo tale pronuncia non basta il riferimento alla "gravità dei fatti" e alla "disinvoltura con cui sono stati commessi i reati"); più risalente è Cass., sez. V, 5 dicembre 2005, n. 2240, *CED Cass.*, 233026. In dottrina cfr. Aprile, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2006, 219.

<sup>6</sup> Cass., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 38763, cit.

<sup>7</sup> Cass., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25214, *CED Cass.*, 244829; Cass., sez. I, 20 gennaio 2004, n. 10347, *CED Cass.*, 227227; Cass., sez. III, 26 marzo 2004, n. 26833, *CED Cass.*, 229911.

<sup>8</sup> Così, Cass., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25214, cit.

<sup>9</sup> Cass., sez. II, 8 giugno 2010, n. 32472, *CED Cass.*, 248352. La pronuncia merita un qualche approfondimento legato alla peculiare personalità e condizione sociale dell'indagata, una nomade incinta presso la cui abitazione era stata trovata un'ingente quantità di monili ed oggetti preziosi. Al di là del dato oggettivo (i proventi di precedenti delitti contro il patrimonio) e soggettivo (legato allo *status* sociale), la Corte con questa pronuncia ha superato almeno due pregiudizi: da un lato, quello secondo cui la detenzione di oggetti frutto di reati commessi precedentemente comporti un giudizio sicuro sulla reiterazione, dall'altro che l'eccezionale rilevanza del pericolo dipenda dalla condizione di vita del prevenuto. Per la cittadina straniera si cfr. invece Cass., sez. V, 10 ottobre 2003, *Cass. pen.*, 2005, 135.

<sup>10</sup> Cass., sez. II, 15 giugno 2004, cit., 88; Cass., sez. III, 17 marzo 2003, n. 12355, cit.; Cass., sez. IV, 2 luglio 1996, n. 1699, cit., 3082.

<sup>11</sup> Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, *Giur. di Merito*, 2011, 11, 2618.

marzo 2001, n. 40), la legge 21 aprile 2011, n. 62 ha dettato una nuova normativa, complessivamente registrata con favore<sup>12</sup>, volta al rafforzamento della tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori, nella prospettiva del sano sviluppo psico-emotivo della prole, attraverso l'allungamento del periodo di incompatibilità nelle strutture carcerarie per le madri. Scopo dell'intervento è la volontà di valorizzare il ruolo materno<sup>13</sup>, facendo «prevalere le esigenze genitoriali e di educazione su quelle cautelari»<sup>14</sup>.

L'intervento riformatore<sup>15</sup> non ha infatti modificato i presupposti applicativi delle misure cautelari, ma ha inciso solo su quegli «elementi di bilanciamento delle esigenze di prevenzione speciale e della tutela del rapporto tra madre in istituto e figlio piccolo»<sup>16</sup>. Ai sensi del nuovo art. 275, comma 4, c.p.p., la custodia cautelare in carcere non può essere disposta né mantenuta qualora l'imputata è madre di prole di età non superiore ai sei anni con lei convivente. Il precedente limite era fissato in tre anni; il suo innalzamento è stato determinato dalla necessità di tutelare i rapporti familiari, evitando che le madri vengano prematuramente separate dai propri figli. Il nuovo riferimento risponde altresì ad una esigenza pratica, perché «coincide normalmente con l'assunzione, da parte dei minori, dei primi obblighi di scolarizzazione»<sup>17</sup>.

Non sono tuttavia mancate osservazioni critiche, da parte di chi ha evidenziato come è orientamento pedagogico consolidato quello di ritenere che il minore, anche dopo il compimento del sesto anno, necessita dell'assistenza dei genitori per un percorso di crescita adeguato. Ad ogni modo, l'innalzamento dai tre ai sei anni rimane comunque apprezzabile, perché riduce la possibilità d'ingresso dei genitori in carcere, rafforzandone il senso di responsabilità nella cura dei figli<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, cit., 2616 ss.

<sup>13</sup> La disciplina di favore si estende fino a ricomprendere la figura paterna; difatti nelle ipotesi in cui la madre sia deceduta o impossibilitata a prestare assistenza alla prole la normativa si applica anche al padre.

<sup>14</sup> Balsamo, *Relazione 23 maggio 2011 dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>15</sup> Per completezza va precisato che la legge in commento ha avuto ad oggetto, oltre alle modifiche in materia cautelare, l'istituto delle visite del genitore detenuto al minore infermo e della detenzione domiciliare.

<sup>16</sup> Fiorentin, *La misura dell'affidamento presso le case famiglia pienamente operativa solo dopo il 31 dicembre 2013*, *Guida dir.*, 23, 48.

<sup>17</sup> Così Marcolini, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) (inserimento del 5 maggio 2011).

<sup>18</sup> Mastropasqua, *La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, *Dir. famiglia*, 2011, 4, 1853.

... E LA NUOVA MISURA DEGLI ISTITUTI A CUSTODIA ATTENUATA PER LE MADRI DETENUTE (I.C.A.M.)

A completare il quadro strutturale della riforma, è stato introdotto un nuovo art. 285-bis c.p.p.<sup>19</sup>, rubricato «Custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri», secondo cui «nelle ipotesi di cui all'art. 275, comma 4, se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età inferiore ai sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentono».

Ad esito della novella, viene data una terza possibilità al giudice: nella scelta alternativa tra gli arresti domiciliari (misura *de libertate* per legge considerata in via presuntiva più adeguata *ex art 275*, comma 4) e la custodia cautelare in carcere (ove sussistano le esigenze di eccezionale rilevanza), la madre di prole inferiore ai sei anni può essere ristretta nella libertà personale, ma detenuta presso un istituto a custodia attenuata. Si tratta di strutture che, costruite sul modello delle case famiglia e delle comunità per tossicodipendenti (c.d. I.C.A.T.), sono dotate di sistemi di sicurezza non percettibili dai bambini, in quanto prive delle tradizionali caratteristiche proprie degli edifici penitenziari e sorvegliate da agenti non in divisa. La previsione di questi istituti ha dato vita ad una forma detentiva "di compromesso" tra le esigenze di protezione del rapporto genitoriale e di prevenzione generale. Nelle intenzioni, la creazione degli I.C.A.M. deve assicurare la gestione della relazione genitoriale in modo «quanto più vicino possibile alla normalità»<sup>20</sup>.

Inoltre, l'introduzione di queste strutture, consentendo al giudice di diversificare il trattamento a seconda delle vicende soggettive, garantendo altresì una più profonda attenzione alle esigenze del caso singolo, costituisce attuazione del fondamentale principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), che impone di trattare in modo diverso situazioni che presentano aspetti di peculiarità<sup>21</sup>. Sebbene ad esito della riforma il quadro possa apparire meno omogeneo, perché all'alternativa "secca" tra arresti domiciliari e custodia in carcere si è aggiunto il soggiorno

<sup>19</sup> Si cfr. Aprile, sub art. 285-bis c.p.p., Canzio - Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2012, 2434-2435.

<sup>20</sup> Marcolini, *Legge 21 aprile 2011, n. 62*, cit.

<sup>21</sup> Sul principio di uguaglianza si veda Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, *passim*.

## PIÙ DIFFICILE DISPORRE LA CUSTODIA IN CARCERE NEI CONFRONTI DELLE MADRI

presso gli I.C.A.M., non può tuttavia negarsi come il risultato finale – ampliando il modello della «pluralità graduata»<sup>22</sup> – sostanza quei principi egualitari e di giustizia costituzionalmente consacrati.

Dietro l'apparente accrescimento di garanzia, possono tuttavia celarsi dei rischi, poiché tra gli arresti domiciliari e la custodia cautelare viene ad inserirsi una zona di penombra, all'interno della quale dovrebbero vivere e moltiplicarsi gli I.C.A.M. Si crea una "zona grigia", un *tertium genus*, né carcere né casa, una forma di "detenzione attenuata" che può essere disposta solo all'esito di una scelta discrezionale del giudice, riscontrata la sostanziale certezza della reiterazione. Prima del nuovo art. 285-bis, invece, l'unica scelta cautelare consentita dinanzi ad un quadro indiziario connotato dalla gravità e dalla eccezionale rilevanza del *periculum* di reiterazione era quella della custodia in istituto penitenziario.

Il quadro cautelare così arricchito è stato oggetto di critiche; si è evidenziato come «la creazione di istituti a custodia attenuata, incrementando il "ventaglio" di possibilità a disposizione del giudice, condurrà presumibilmente a prognosi sfavorevoli in ordine alla concessione degli arresti in casa, con inevitabile pregiudizio per il bambino, suo malgrado, detenuto»<sup>23</sup>. La scelta di disporre la custodia cautelare presso un I.C.A.M. potrebbe di fatto rivelarsi deleteria; nel dubbio tra arresti domiciliari e custodia in carcere, il giudice potrebbe con maggiore disinvoltura optare per tale forma detentiva attenuata, in grado di soddisfare istanze general-preventive e di tutela della relazione familiare.

Ad ogni modo, la nuova disciplina non può essere immune dalle regole dettate dal legislatore per contenere il potere decisionale del giudice cautelare. I «criteri guida della discrezionalità»<sup>24</sup> devono necessariamente trovare applicazione anche con riferimento alla nuova forma di detenzione attenuata, trattandosi di una misura che determina una compressione della libertà personale della madre; d'altro canto, l'art. 285-bis c.p.p. non fissa alcun criterio tassativo per orientare l'interprete, limitandosi a richiamare l'accertamento in ordine alla straordinaria rilevanza delle esigenze cautelari.

La scelta di disporre la custodia presso un

I.C.A.M. va quindi compiuta dal giudice tenuto conto dei principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità, ai sensi dell'art. 275 c.p.p. e, di conseguenza, il giudicante sarà tenuto ad esporre nella motivazione le ragioni per le quali – in deroga al principio di gradualità – dovesse risultare più idonea la vecchia cautela detentiva.

## IL REGIME TRANSITORIO DELLE NUOVE DISPOSIZIONI

L'art. 285-bis c.p.p. non è ancora formalmente entrato in vigore. L'art. 1, comma 4, legge n. 62 del 2011 stabilisce al riguardo che «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano a far data dalla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque a decorrere dal 1° gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata».

Il regime transitorio ha dato vita ad un acceso dibattito, data l'aleatorietà del primo termine, previsto in alternativa a quello finale del 1° gennaio 2014, e alla ambiguità della locuzione usata in chiusura della norma<sup>25</sup>. Per quanto concerne la completa attuazione del piano straordinario penitenziario, questa risulta ancora incerta «non solo nel *quando* ma anche nell'*an*»<sup>26</sup>, nonostante l'urgenza e l'indifferibilità della stessa<sup>27</sup>. Resta altresì incerto il significato da attribuire all'inciso finale, che consente, a legislazione vigente, di utilizzare posti già disponibili prima dell'entrata in vigore della riforma. Ad avviso dei più, tale disposizione anticiperebbe esclusivamente la possibilità di ospitare le detenute madri presso una di queste strutture, qualora venissero rese operative in anticipo<sup>28</sup>. Di conseguenza, verrebbe vice-

<sup>25</sup> In termini critici, Marcolini, *Legge 21 aprile 2011, n. 62*, cit.; Balsamo, *Relazione 23 maggio 2011 dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione*, cit.; Scomparin, *Una "piccola riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, Scomparin-Mantovani-Deg'Innocenti-Faldi (a cura di), *Commento alla L. 21.4.2011 n. 62 – Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, *Legislazione pen.*, 2011, 3-4, 600.

<sup>26</sup> Balsamo, *Relazione 23 maggio 2011 dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione*, cit., 3.

<sup>27</sup> Si tengano presenti sul punto le pronunce della Corte e.d.u. che hanno condannato l'Italia per la gravissima situazione di sovraffollamento carcerario: Corte e.d.u., 16 luglio 2009, n. 22635, Sulejmanovic c. Italia, *Cass. pen.*, 2009, 12, 4927; da ultimo, Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, *Proc. pen. giust.*, 2013, 2, 16 ss. con commento di Trapella. Sul problema carcerario, si v. un recente intervento di Illuminati, *Carcere e custodia cautelare*, *Cass. pen.*, 2012, 7-8, 2370 ss.

<sup>28</sup> Balsamo, *Relazione 23 maggio 2011 dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione*, cit., 4. Come rilevato da Cass., sez. IV, 26 aprile 2012, n. 22338, fin quando non verrà adottata alcuna fonte di rango normativo, regolamentare o di altro genere che ne definisca in modo organico i compiti e le attribuzioni sul piano strutturale

<sup>22</sup> L'espressione è di Di Cesare, sub art. 275 c.p.p., Canzio – Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 2358.

<sup>23</sup> Fiorio, *Madri detenute e figli minori*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 8, 935.

<sup>24</sup> De Caro, *Misure cautelari personali. Presupposti e criteri applicativi*, Scalfati (a cura di), *Misure cautelari*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo II, Torino, 2009, 79.

versa ribadita la non operatività del nuovo art. 275, comma 4, c.p.p., fino alla realizzazione di almeno una delle suddette condizioni<sup>29</sup>. Ad oggi, dunque, soltanto la madre di prole infratreenne sembrerebbe poter beneficiare della custodia presso un I.C.A.M. già operativo<sup>30</sup>, mentre occorrerà attendere l'entrata in vigore della riforma per estendere la nuova disciplina della "detenzione attenuata" alle donne con figli infraseienni<sup>31</sup>.

Va tuttavia rilevato come, al di là del senso letterale della norma, sarebbe ragionevole che l'innalzamento fino a sei anni del limite d'età entrasse in vigore immediatamente, in quanto norma processuale più favorevole<sup>32</sup>. Ferme restando le difficoltà strutturali e finanziarie connesse alla completa realizzazione dell'intervento, sarebbe stato auspicabile attendersi per lo meno un solerte adeguamento del vigente quadro normativo, considerato che, tra i valori sottesi alla riforma, spicca proprio quello, oggi socialmente più sentito, di protezione dei minori.

La giurisprudenza di legittimità ha condiviso questo orientamento più garantista. Alla luce dell'«assoluta insufficienza del dato meramente letterale a dare un verosimile senso compiuto alla previsione recata dall'art. 1, comma 4», la Corte ha optato per un'interpretazione teleologica e costituzionalmente orientata della disposizione, valorizzando «la finalità del legislatore di apprestare una più ampia tutela al minore, evitandone, per quanto maggiormente possibile, la frequentazione del contesto carcerario». In presenza di una norma processuale favorevole, sarebbe difatti irragionevole precludere ai beneficiari di godere degli effetti *in melius* apportati dalla nuova disciplina: «pertanto, a partire dal 20 maggio 2011, data di entrata in vigore della l. n. 62 del 2011, quando si tratta di applicare la custodia cautelare in carcere al genitore di un minore degli anni sei, non affidabile ad altri, non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che non ricorrano esigenze di eccezionale rilevanza». Differire nel tempo l'applicabilità della nuova disciplina in favore dei minori di età compresa tra i

tre ed i sei anni significherebbe di fatto introdurre un meccanismo di ingiustificata disparità di trattamento tra questi ultimi ed i bambini che hanno età inferiore ai tre anni, in palese contrasto con l'art. 3 della Carta fondamentale.

Accedendo dunque a questa interpretazione costituzionalmente orientata, il significato ultimo delle disposizioni transitorie «non può che essere quello dell'immediata applicabilità del solo art. 1, comma 1», restando invece differita nel tempo (procrastinata alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario e comunque al 1° gennaio 2014) esclusivamente l'applicazione del nuovo regime carcerario, al quale soltanto fa riferimento la clausola di salvezza di utilizzazione dei «posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata». Pertanto, l'art. 285-bis presuppone proprio l'applicabilità del nuovo art. 275, comma 4 c.p.p.<sup>33</sup>.

#### CONCLUSIONI

La tutela dei "soggetti deboli" nella Costituzione rappresenta a tutti gli effetti la concretizzazione di quel principio solidaristico fissato dall'art. 2, che condiziona le libertà individuali e persino le scelte del potere pubblico, in modo da renderle conformi alle necessità del singolo individuo, specie se posto in una condizione di minorità e considerato nella propria concretezza ed unicità<sup>34</sup>. Tra le categorie che meritano una forma rafforzata di protezione, la Carta fondamentale ricomprende i lavoratori (artt. 36-37), i soggetti bisognosi di cure (art. 32) ed i disabili<sup>35</sup>, i detenuti<sup>36</sup>, gli stranieri<sup>37</sup>, le madri ed i minori (art. 31, comma 2).

In particolare, l'art. 31 attribuisce alla Repubblica il compito di proteggere la maternità, l'infanzia e la gio-

ed ordina mentale, gli I.C.A.M. opereranno quali articolazioni sperimentali di strutture dell'amministrazione penitenziaria.

<sup>29</sup> Marcolini, *Legge 21 aprile 2011, n. 62*, cit., 3.

<sup>30</sup> Attualmente è operativo sul territorio nazionale un solo I.C.A.M., quello di Milano. L'art. 5 del suo Regolamento interno prevede che vengano condotte nello stesso solo «le donne con figli minori di tre anni».

<sup>31</sup> Mantovani, *Tempi (incomprendibilmente) dilatati per garantire ai bambini fino ai sei anni la continuità del rapporto con la madre al di fuori degli istituti di custodia*, *Cass. pen.*, 2012, 10, 3451 ss.

<sup>32</sup> Dosi, *Migliorano le condizioni delle mamme detenute ma la partita si gioca sulle strutture alternative*, *Guida dir.*, 2011, 17, 10, parla di «disciplina "irragionevole"». Sulla immediata applicabilità delle nuove disposizioni, si cfr. anche Russo, *Novità legislative interne*, *Proc. pen. giust.*, 2011, 5, 3.

<sup>33</sup> La pronuncia richiamata è Cass., sez. IV, 26 aprile 2012, n. 22338, cit. Un commento di questa pronuncia è offerto da Capitani, *Rimane in carcere la madre indagata per reati gravi con figli sopra i tre anni, ma solo fino al 2014*, *Dir. e giustizia*, 2012, 3, 270; ad avviso dell'Autore, la Corte avrebbe fatto prevalere la norma che protegge «il valore costituzionale più pregnante fra le norme poste in competizione» (tutela della maternità), facendo «scombinare la disposizione [...] che riposa su esigenze diffuse di tutela dell'ordine pubblico nel caso della commissione di reati gravi, poco affini all'eco costituzionalista di un diritto penale moderno ed umanamente orientato».

<sup>34</sup> Tondi Della Mura, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, *www.assoiacionedeicostituzionalisti.it*, 2010, 1.

<sup>35</sup> C. cost., sent. 29 ottobre 1992, n. 406, *Giur. it.*, 1994, I, 196.

<sup>36</sup> Cfr. C. cost., sent. 28 luglio 1993 n. 349, *Giur. it.*, 1994, I, 245, secondo cui lo stato di detenzione non annulla la titolarità e la protezione giuridica dei diritti fondamentali.

<sup>37</sup> Ad esempio, in materia di riconoscimento del diritto alle prestazioni sanitarie anche in favore degli extracomunitari, indipendentemente dalla loro posizione rispetto alle leggi che regolano il soggiorno e la permanenza nel territorio dello Stato, si cfr. C. cost., sent. 2 dicembre 2005 n. 432, *Dir. e giustizia*, 2006, 4, 92.

## PIÙ DIFFICILE DISPORRE LA CUSTODIA IN CARCERE NEI CONFRONTI DELLE MADRI

ventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo ed eliminando tutti gli ostacoli che si frappongono alla formazione della famiglia ed all'adempimento dei compiti relativi<sup>38</sup>. Lo stato di detenzione rappresenta senza dubbio un "ostacolo" alla corretta esplicazione del rapporto genitoriale, per cui l'ordinamento deve predisporre strumenti che assicurino il giusto bilanciamento tra istanze general-preventive e protezione dei soggetti deboli. A tal proposito, la Consulta ha da tempo elaborato il principio secondo il quale i diritti costituzionalmente sanciti trovano nello stato di detenzione un limite, connesso alle finalità proprie della restrizione, ma non possono essere annullati, in quanto l'ordinamento costituzionale è basato sul primato della persona umana. Lo stato di detenzione non importa infatti una *capitis deminutio* e lo stesso principio di umanizzazione della pena (art. 27 Cost.) si traduce non solo in norme e direttive rivolte all'azione delle istituzioni penitenziarie, ma anche nel riconoscimento di diritti per quanti sono ristretti<sup>39</sup>. In questo senso, la personalità individuale, che si estrinseca anche attraverso l'esercizio della funzione genitoriale, merita di essere tutelata *specialmente* all'interno degli istituti di pena, che per loro natura separano coloro che sono ivi internati dalla società civile e dagli affetti. D'altronde, è principio di civiltà giuridica quello della personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), che, nel delimitare l'area soggettiva dell'intervento penale, segna anche il limite esterno di operatività della sanzione; essa non deve colpire nemmeno di riverbero le persone più vicine al reo, le quali devono rimanere, per quanto possibile, immuni da ogni conseguenza sfavorevole che la restrizione della libertà personale determina. Ciò vale a maggior ragione ove si tratta di limitare la libertà di un genitore con prole minore, per giunta in un frangente processuale in cui la penale responsabilità non è stata accertata e si presume ancora l'innocenza del prevenuto.

L'istituzione degli I.C.A.M. è, nelle intenzioni, finalizzata a dare concretezza alle suddette esigenze costituzionali; nello stesso senso si muove quella giurisprudenza che, in aderenza al nuovo art. 275, comma 4, c.p.p., eleva al grado della certezza il parametro interpretativo per l'applicazione della custodia cautelare in carcere per le madri, volendo altresì anticipare l'operatività delle nuove norme.

Ad ogni modo, l'impegno legislativo ed ermeneutico di tutela dei più deboli potrebbe non es-

sere sufficiente a scongiurare dubbi e perplessità che si palesano per l'avvenire, considerata anche la gravosità degli oneri finanziari che la completa attuazione delle nuove disposizioni pone a carico dello Stato. Del resto, in un periodo di crisi economica, la perenne carenza (qualitativa e quantitativa) di adeguate strutture carcerarie sul territorio rappresenta il problema principale cui indirizzare le risorse finanziarie del Paese, a maggior ragione se si considerano le recenti pronunce di condanna nei confronti dell'Italia emesse dai Giudici di Strasburgo.

Al di là del pericolo di rimanere un progetto in continuo divenire, il sistema I.C.A.M. rischia così di essere distribuito in maniera disomogenea sul territorio nazionale, con una dislocazione a macchia di leopardo che potrebbe determinare una forte differenziazione tra le aree del Paese<sup>40</sup>. Le stesse decisioni giudiziarie rischiano di essere oltremodo condizionate dalla presenza o meno delle strutture I.C.A.M. sul territorio.

Dopotutto, il ricovero presso un ICAM, oltre a rappresentare una scelta discrezionale del giudice, incarna una distinta ed autonoma forma di detenzione cautelare, diversa da una mera modalità di esecuzione della misura *de libertate*; pertanto, i suoi «presupposti di fruibilità non possono essere condizionati dalle esigenze della P.A.»<sup>41</sup>, rischiando di far pagare ai minori le deficienze strutturali dell'amministrazione.

Non va infine trascurato che, qualora la nuova disciplina di favore dovesse rimanere sulla carta o prestarsi a giudizi di arbitrarità in ordine alla concessione del beneficio, la Corte europea dei diritti dell'uomo – il cui sindacato si lega al trattamento concreto che l'ordinamento riserva al singolo individuo – potrebbe ancora una volta in futuro condannare il nostro Paese per violazione dell'art. 3 C.e.d.u., posto che la grave situazione delle carceri italiane non è più in grado di ospitare ulteriori detenuti e la recente sentenza pilota (Torreggiani c. Italia) è una premessa per un ripensamento del nostro sistema penitenziario. Il pericolo è quello che l'alternativa reale resti quella tra custodia cautelare in carcere ed arresti domiciliari, confermando che *"tutto cambia, affinché nulla cambi"*.

<sup>38</sup> Belloci – Passaglia, *La tutela dei "soggetti deboli" come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>39</sup> Sul punto, cfr. l'importantissima C. cost., sent. 11 febbraio 1999 n. 26, *Giur. cost.*, 1999, 176.

<sup>40</sup> Sul punto si cfr. Mantovani, *Tempi (incomprendibilmente) dilatati per garantire ai bambini fino ai sei anni la continuità del rapporto con la madre al di fuori degli istituti di custodia*, cit., 3455, la quale, considerato che ad oggi l'unico I.C.A.M. operativo è quello di Milano, e che i progetti già presentati riguardano tutti località del Centro-Nord, evidenzia una sperequazione a potenziale danno delle Regioni meridionali ed insulari.

<sup>41</sup> Così Cass., sez. IV, 26 aprile 2012, n. 22338, cit.

GIUSEPPE SACCONI\*

*Ricercatore di Procedura penale a t.d. – Università Telematica Pegaso – Napoli*

## Anonimato del dichiarante e processo penale: prime riflessioni a seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190

*Anonymity of the complainant  
and criminal process:  
first thoughts after the approval  
of the law november 6, 2012, n. 190*

---

La legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *Disposizioni per la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, ha introdotto il divieto di comunicare le generalità del dipendente pubblico che denuncia fatti illeciti nell'ambito della pubblica amministrazione.

L'istituto è destinato ad interferire sia con le disposizioni del codice di procedura penale in tema di denuncia e documenti anonimi, che con quelle che disciplinano, sotto vari profili, l'ammissione e l'assunzione della prova testimoniale.

Si pone, dunque, il problema di individuare il delicato punto di equilibrio tra le esigenze poste a fondamento del "divieto cognitivo" e la necessità che nel processo penale sia sempre garantito il contraddittorio nella formazione della prova.

*The law November 6, 2012, n. 190, concerning Provisions for the suppression of corruption and illegality in public administration, introduces the prohibition of disclosure of the identity of the civil servant denouncing illegal acts within the public administration.*

*The legal institution interferes with both the provisions of the Code of Criminal Procedure regarding the complaint and anonymous documents, both those relating to various aspects of admission and recruitment of witness evidence.*

*So there is the problem of finding the delicate balance between the demands made on the basis of "no cognitive" and the need to ensure that the criminal trial guarantees always the right of confrontation.*

---

**L'ART. 54 BIS D.LGS. 30 MARZO 2001 N. 165 INTRODOTTO DALLA L. 6 NOVEMBRE 2012, N. 190: I LIMITI OPERATIVI DEL DIVIETO DI RIVELARE LE GENERALITÀ DEL DENUNCIANTE-SEGNALANTE**

A seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *Disposizioni per la re-*

*pressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, è divenuto operativo, mediante inserimento dell'art. 54 bis nel testo originario del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il divieto di comunicare le generalità del dipendente pubblico che denunci fatti illeciti di cui sia venuto a conoscen-

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

za in ragione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

Al di là dell'esemplificazione esegetica secondo cui la disposizione introduce l'anonimato del denunciante, il testo normativo si presenta, ad un esame più attento, di problematica interpretazione soprattutto con riferimento ai profili destinati ad interferire con il codice di procedura penale.

In particolare, il secondo comma dell'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001 prescrive il divieto, circoscritto al procedimento disciplinare, di rivelare l'identità del segnalante senza il suo consenso, a meno che la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sul contenuto narrativo della segnalazione e la conoscenza dell'identità si profili assolutamente indispensabile per l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'incolpato.

La difficoltà di stabilire con esattezza l'ambito applicativo del limite cognitivo prospettato deriva dal fatto che nella costruzione dell'articolato il legislatore ha differenziato la denuncia<sup>1</sup> - indirizzata, all'autorità giudiziaria o alla magistratura contabile - dalla segnalazione<sup>2</sup> - rivolta, invece, al superiore gerarchico - prevedendo solo in relazione alla prima il divieto di accesso agli atti amministrativi (comma 4), e riservando alla seconda, nell'ambito del procedimento disciplinare, il divieto di rivelare l'identità del segnalante senza il suo consenso (comma 2).

L'iter parlamentare compiuto dalla disposizione in esame ne rivela la genesi poco lineare e non offre elementi cui ricorrere per una risolutiva interpretazione autentica. Tuttavia dall'esame dei lavori preparatori e della relazione è possibile dedurre che i due termini - denuncia e segnalazione - pur afferendo a contenuti diversi, sono stati impiegati come sinonimi e, pertanto, sono assimilabili agli effetti dei divieti cognitivi previsti dalla norma.

I profili problematici relativi al rapporto tra le disposizioni del codice di procedura penale e la normativa in commento risentono, innanzitutto, della necessità di stabilire se il divieto di rivelare l'identità del dichiarante - che il comma secondo dell'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001 formalmente limita al procedimento disciplinare fondato, in tutto o in parte, sul contributo narrativo del segnalante - sia desti-

nato ad operare anche nell'ambito del procedimento penale che abbia ad oggetto i medesimi fatti. La risposta affermativa trova una sicura ragion d'essere nella necessità di rendere effettive le finalità che il legislatore ha inteso perseguire con la disposizione in commento: tutelare l'anonimato del dipendente che denuncia al fine di incoraggiare l'emersione delle condotte illecite consumate nell'ambito della pubblica amministrazione.

Un'ulteriore argomentazione di ordine sistematico che fa propendere per l'ultrattività del divieto di divulgare le generalità del segnalante deriva dall'impossibilità di far rientrare l'atto in esame nella categoria dei documenti anonimi<sup>3</sup>, in relazione ai quali, soltanto, l'art. 240 c.p.p. prevede un divieto di inutilizzabilità assoluta. L'aspetto da considerare riguarda proprio il rapporto tra la richiamata disposizione del codice di procedura penale e quella di cui all'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto dalla qualificazione di un atto come anonimo dipende la possibilità di ricorrere a strumenti probatori ed investigativi che potrebbero rivelarsi decisivi. L'art. 240 c.p.p. stabilisce, infatti, un divieto d'uso che la dottrina unanimemente ritiene assoluto (inutilizzabilità patologica), e cioè applicabile non solo nel dibattimento ma in ogni stato e grado del procedimento<sup>4</sup>. Tuttavia, dovendo il fondamento di tale divieto essere ricercato nella impossibilità di attivare il contraddittorio nella sua forma minima, cioè quale modalità per criticare la fonte di prova<sup>5</sup>, appare preferibile ritenere che il limite riguardi solo le dichiarazioni anonime contenute in un documento, il che, seppure implicitamente, conferma la ammissibilità del documento dichiarativo<sup>6</sup>. Inoltre, mentre parte

<sup>3</sup> *Amplius*, v. *infra*.

<sup>4</sup> Per quanto concerne l'anonimo, sia esso denuncia o documento, la costante giurisprudenza della Cassazione afferma che esso possa servire per stimolare l'attività d'iniziativa del PM, escludendo, però, che sui relativi contenuti (inutilizzabili) si basi l'adozione di atti che richiedano una motivazione (*ex plurimis*, Cass., sez. III, 17 maggio 2005, n. 30313, *CED Cass.*, 232021; così anche Cass., sez. III, 18 giugno 1997, n. 2450, *CED Cass.*, 209228, citate anche in Cass., sez. III, 22 marzo 2011, n. 11499, *www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=29057&idAgg=2*, e Cass., sez. I, 22 febbraio 2007, n. 7342, *CED Cass.*, 236361); peraltro, parte della giurisprudenza arriva a legittimare attività di acquisizione di dati conoscitivi e di ricerca della *notitia criminis* (perquisizioni e sequestri), fondate su notizia anonima, anche in fattispecie soggette non a normative speciali - quali stupefacenti ed armi - bensì alla disciplina ordinaria del codice di rito (Cass., sez. VI, 5 maggio 1994, n. 2087, *CED Cass.*, 199420; Cass., sez. III, 29 aprile 2004, n. 26847, *CED Cass.*, 229419).

<sup>5</sup> In questa prospettiva, v. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 408.

<sup>6</sup> In tale prospettiva interpretativa, v. Cantone, *La prova documentale*, Milano, 2004, 122; Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, Torino, 2004, 71; Scaparone, *Procedura Penale*,

<sup>1</sup> L'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce il divieto di licenziamento e di adozione di misure sanzionatorie e discriminatorie nei confronti del dipendente pubblico che denuncia all'autorità giudiziaria o alla corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro.

<sup>2</sup> La segnalazione si configura come esposto che il cittadino fa all'autorità giudiziaria per sottoporre alla sua attenzione fatti di cui ha notizia affinché venga valutato se ricorre un'ipotesi di reato.

## ANONIMATO DEL DICHIARANTE E PROCESSO PENALE

della dottrina ritiene che l'anonimo vada identificato in maniera formale e soggettiva, cioè come manifestazione di volontà, da parte dell'autore, di non essere individuato<sup>7</sup>, secondo un diverso orientamento, invece, la dichiarazione è anonima in forza di un criterio sostanziale ed oggettivo, derivante dalla impossibilità di attivare una qualsivoglia forma di contraddittorio sull'autore del documento, indipendentemente dalla volontà di costui di apporvi o meno un proprio segno individualizzante<sup>8</sup>.

In ogni caso - sia che si propenda per la prima, sia che si aderisca alla seconda tesi - è agevole sostenere che la nozione di anonimo dichiarativo, processualmente inutilizzabile ai sensi dell'art. 240 c.p.p., non può estendersi fino ad includere i documenti contemplati dall'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001: tale ultima disposizione, al contrario di quella processualpenalistica, prevede il divieto di rivelare le generalità del dichiarante che, in quanto tale, deve essere noto.

Ulteriore profilo problematico è rappresentato dalla necessità di stabilire se, da un punto di vista temporale, l'anonimato del dichiarante sopravviva o meno alla definizione del procedimento disciplinare<sup>9</sup>.

Torino, 2008, 366; Squassoni, sub art. 240 c.p.p., Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, 665; contra Chinnici, sub art. 240 c.p.p., Corso (a cura di) *Commento al codice di procedura penale*, Milano, 2008, 934. Su tale posizione interpretativa si è attestata anche la giurisprudenza per la quale v. Cass., sez. III, 6 aprile 2004, n. 21047, *CED Cass.*, 229297, secondo cui «l'assoluta inutilizzabilità dei documenti anonimi, sancita dall'art. 240 [c.p.p.], si riferisce ai documenti rappresentativi di dichiarazioni». Ritengono, diversamente, che l'art. 240 c.p.p. esprime un principio assoluto, che sancisce la inutilizzabilità di qualsiasi prova preconstituita di cui non sia possibile rintracciare la paternità, Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 409; Kalb, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, 76; Maggio, voce *Prova documentale*, *Dir proc. pen.*, *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1990, 1; Paulesu, *Anonimi, documenti, denunce*, *Dig. pen.*, IV, 1990, 476.

<sup>7</sup> Ubertis, *Variazioni sul tema dei documenti*, *Cass. pen.*, 1992, 2525. Il fondamento logico di tale impostazione consiste nella presunzione assoluta di inattendibilità di quella rappresentazione, di cui lo stesso autore non ha inteso assumersi la paternità, manifestando, piuttosto, la volontà di non essere individuato.

<sup>8</sup> Bruno, *Prova Documentale*, *Dig. pen.*, X, 1995, 385; Squassoni, sub art. 240 c.p.p., cit., 665; in giurisprudenza Cass., sez. I, 6 novembre 2000, n. 4595, *Cass. pen.*, 2001, 1441. In un'ipotesi la Cassazione ha addirittura ritenuto "anonima" una dichiarazione nella quale erano stati inseriti un numero tale di *omissis* da rendere del tutto impossibile qualsiasi vaglio critico su di essa (il riferimento è a Cass., sez. I, 5 marzo 1999, n. 1872, *CED Cass.*, 213796).

<sup>9</sup> Per un'approfondita analisi del rapporto tra giudicato disciplinare e giudicato penale, v. Biscardi, *Giudicato penale e giudizio disciplinare*, *Giust. pen.*, 2003, 257 s. Dopo aver evidenziato l'elevatissima problematicità delle interferenze dei profili pro-

L'esegesi del testo normativo fornisce elementi interpretativi utili a dirimere la questione, destinata ad assumere rilevanza tutte le volte in cui alla contestazione dell'addebito disciplinare faccia seguito l'instaurazione di procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti.

In primo luogo va sottolineato come il secondo comma della disposizione in esame preveda che l'identità del dichiarante non sia rivelabile senza il di lui consenso: si tratta, quindi, di un diritto che può essere o meno fatto valere e, per giunta, solo quando la contestazione disciplinare sia probatoriamente indipendente dal contenuto dichiarativo dell'atto e sempre che la conoscenza dell'identità non risulti assolutamente necessaria per l'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato. L'atto, quindi, non è ontologicamente anonimo, ma privo di idoneità rappresentativa del fatto per effetto della specifica manifestazione di volontà dell'autore e delle ulteriori condizioni previste dalla legge. Dunque, una volta intervenuta la definizione del procedimento disciplinare, il divieto di conoscenza delle generalità del dichiarante è destinato a non produrre effetti nel procedimento penale.

In sintesi appare corretto affermare che con la disposizione in esame il legislatore abbia finito per introdurre nell'ordinamento una ipotesi speciale di documento anonimo dichiarativo, la cui peculiarità va individuata nella necessità che, ricorrendo i presupposti previsti dall'art. 54 *bis*, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, le generalità dell'autore dell'atto non siano rivelate.

## IL DIVIETO DI RIVELARE LE GENERALITÀ DEL DICHIARANTE ED I RAPPORTI CON LA DISCIPLINA IN TEMA DI DENUNCIA ANONIMA. LA "SEGRETAZIONE" DELLE GENERALITÀ DEL DIPENDENTE

Le osservazioni che precedono agevolano la risoluzione delle problematiche applicative derivanti dalla necessità di contemperare le disposizioni processuali in materia di documenti anonimi con il divieto di rivelare le generalità del segnalante-denun-

cessuali del diritto disciplinare con il diritto processuale penale, l'Autore risolve la questione connessa al tema dell'efficacia in sede disciplinare del giudicato penale negando la sussistenza dell'obbligo di sospendere il procedimento disciplinare amministrativo per pregiudizialità penale, in quanto, oltre al fatto che in tal caso «non è invocabile [l']art. 211 disp. coord. C.p.p., che fa esclusivo riferimento ad ipotesi di accertamento giurisdizionale», viene in considerazione l'aderenza della tesi patrocinata «ad un sistema che tende a valorizzare l'autonomia delle diverse sedi giurisdizionali; oltre che a preservare l'obiettivo della celerità del giudizio, anche alla luce dell'art. 111 comma 2 Cost.».

ciante introdotto dalla l. n. 190 del 2012, prima fra tutte quella che si realizza nella fase delle indagini preliminari che prendano avvio dalla trasmissione all'autorità giudiziaria del documento dichiarativo di cui all'art. 54 *bis*, commi 1 e 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

Si è visto che, sebbene il tenore letterale dell'art. 333 c.p.p. («non può essere fatto alcun uso») induca a ritenere l'anonimo - sia esso denuncia<sup>10</sup> o documento<sup>11</sup> - inutilizzabile anche come semplice stimolo investigativo, dottrina e giurisprudenza prevalenti ne hanno sottolineato l'idoneità ad attivare investigazioni pre-procedimentali preordinate all'individuazione della *notitia criminis*<sup>12</sup>, essendo il divieto d'uso dell'anonimo conseguenza di una sua configurazione alla stregua di una notizia di reato<sup>13</sup>.

Viceversa, il divieto di rivelare le generalità - volto, com'è, a tutelare l'anonimato del dichiarante al

fine di evitare che, temendo eventuali ritorsioni in suo danno, questi si determini a non segnalare reati o illeciti disciplinari di cui è testimone - non opera nei confronti di polizia giudiziaria e pubblico ministero. Peraltro, il documento dichiarativo in parola si caratterizza come forma *sui generis* di anonimo destinato a rimanere tale, anche nell'ambito del procedimento penale, finché sia in essere il procedimento disciplinare scaturito dai medesimi fatti, e sempre che la contestazione disciplinare non sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità sia indispensabile alla difesa dell'incolpato.

Da tale affermazione discendono importanti corollari. In primo luogo la polizia giudiziaria che acquisisca il documento di cui all'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001, non potendo avviare autonome indagini svincolate da ben precisi limiti temporali (come avviene per l'anonimo), è tenuta a trasmetterlo - ai sensi dell'art. 347 c.p.p. - al magistrato del pubblico ministero. Quest'ultimo, anche nel caso in cui il documento dichiarativo sia pervenuto direttamente al suo ufficio, deve disporre l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., posto che la segnalazione-denuncia integra una notizia di reato suscettibile, altresì, di confluire nel fascicolo delle indagini preliminari.

Cenni a parte merita, poi, la problematica relativa alla "segretazione" delle generalità dell'autore del documento dichiarativo. A tal proposito, appare utile soffermarsi sulle possibili modalità di acquisizione al fascicolo del pubblico ministero dell'atto proveniente dalla pubblica amministrazione.

Può accadere, infatti, che il pubblico dipendente (potenziale testimone) trasmetta direttamente all'autorità giudiziaria la denuncia avente ad oggetto le condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. Diversamente potrà accadere che il documento dichiarativo, presentato nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza del dipendente, venga trasmesso all'autorità giudiziaria da diverso funzionario in posizione apicale. A tale ipotesi è sostanzialmente assimilabile quella ulteriore che si realizza allorché il dipendente segnali le condotte illecite al proprio superiore gerarchico e questi trasmette il documento dichiarativo all'autorità giudiziaria.

In tutti i casi, qualora il segnalante-denunciante eserciti legittimamente il diritto alla riservatezza delle generalità nell'ambito del procedimento disciplinare (e, indirettamente, nell'ambito del procedimento penale), si porrà il problema delle modalità attraverso cui garantire l'anonimato del dichiarante. In particolare, quando l'atto pervenga direttamente

<sup>10</sup> Scaccianoce, *Denunce anonime e attività "preprocedimentale" del Pubblico Ministero*, *Indice pen.*, 2006, 1177; Fanuele, *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul "giusto" processo*, *Cass. pen.*, 2002, 1546 s.

<sup>11</sup> Sui documenti anonimi in generale, Calamandrei, *sub art. 240 c.p.p.*, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 1296 ss.; Carnevale, *sub art. 240 c.p.p.*, Conso-Grevi (a cura di) *Comm. breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 727 ss.; Squassoni, *sub art. 240 c.p.p.*, cit., 664 ss.; Mazzarra-Ponzetti, *Documenti*, Chiavario-Marzaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1999, 333 ss.

<sup>12</sup> Gustapane, *Gli scritti anonimi tra giusto processo e obbligatorietà dell'azione penale*, *Indice pen.*, 2010, 43 ss.; D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2003, 131; Mercione, *L'utilizzabilità penal-procedimentale degli anonimi*, *Cass. pen.*, 1995, 754; Paulesu, *Anonimi, documenti e denunce*, cit., 478; Voena, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, 30; in giurisprudenza, *Cass.*, sez. un., 29 maggio 2008, n. 25932, *Cass. pen.*, 2008, 4533, secondo cui «una denuncia irriuale, che si debba perciò considerare alla stregua di una denuncia anonima, pur essendo uno scritto di per sé inutilizzabile, è tuttavia idonea a stimolare l'attività del p.m. o della p.g., al fine dell'assunzione di dati volti a verificare se da essa possano ricavarsi indicazioni utili per l'enucleazione di una *notitia criminis*, suscettibile di essere approfondita con gli strumenti legali». Sul potere di pubblico ministero e polizia giudiziaria di "formare" la notizia di reato e sul contatto diretto tra i suddetti organi e le c.d. fonti "spurie" di informazione v. Voena, *Attività investigativa ed indagini preliminari*, cit., 30; *Cass.*, sez. VI, 21 settembre 2001, n. 40355, *CED Cass.*, 220314; più di recente *Cass.*, sez. VI, 31 maggio-25 luglio 2011, n. 29666, [www.eliss.org/new/leggi/sentenza\\_29666\\_11.pdf](http://www.eliss.org/new/leggi/sentenza_29666_11.pdf), secondo cui non può essere utilizzato «tutto ciò che proviene da fonti anonime o comunque ignote, come tali non assoggettabili a verifica giurisdizionale fino al momento dell'identificazione delle stesse».

<sup>13</sup> Fumu, *sub art. 333 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, 54; Paulesu, *Sulle sorti delle denunce anonime*, *Giur. it.*, 1989, 478; analogamente, in giurisprudenza, *Cass.*, sez. V, 30 gennaio 2009, n. 4329, *CED Cass.*, 242944, *Cass.*, sez. II, 21 settembre 2006, n. 36003, *CED Cass.*, 235279.

## ANONIMATO DEL DICHIARANTE E PROCESSO PENALE

alla pubblica amministrazione, questa, prima della trasmissione all'autorità giudiziaria, deve disporre con proprio provvedimento la "segretazione" delle generalità del dichiarante e le conseguenti cautele (ad es.: formazione di un esemplare dell'atto munito degli opportuni "omissis" e conservazione dell'originale in luogo riservato).

Nella diversa ipotesi in cui sia l'autorità giudiziaria ad acquisire per prima, quale *notitia criminis*, il documento dichiarativo, graverà sul magistrato del pubblico ministero l'obbligo di segretare le generalità del dipendente che abbia, contestualmente o successivamente, esercitato il diritto all'anonimato previsto dall'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001. D'altronde la consolidata giurisprudenza di legittimità in tema di obbligo del segreto (art. 329 c.p.p.) ha ammesso la possibilità che negli atti relativi alle indagini compiute si omettano di trascrivere le parti riferite a circostanze la cui divulgazione possa compromettere lo sviluppo delle indagini in corso. Il principio deve, a maggior ragione, ritenersi applicabile nel caso di specie, derivando l'obbligo di riservatezza da specifiche disposizioni di legge<sup>14</sup>.

**APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA PROCESSUALPENALISTICA IN TEMA DI PROVA DOCUMENTALE ALL'ANONIMO EX ART. 54 BIS D.LGS. 165 DEL 2001**

Ulteriore questione da affrontare è quella relativa al rapporto tra il documento dichiarativo anonimo previsto dalla normativa di recente introduzione e la disciplina codicistica in materia di prova documentale (artt. 239 e 240 c.p.p.).

Un primo profilo d'indagine concerne l'applicabilità delle disposizioni previste dall'art. 239 c.p.p. che, disciplinando gli strumenti utilizzabili per di-

mostrare la provenienza di un documento<sup>15</sup>, è destinato ad assumere particolare rilevanza - più che nel procedimento probatorio - con riguardo alla valutazione della prova documentale, alla cui formazione le parti, di regola, non hanno partecipato, mentre il diritto al contraddittorio esige che le stesse siano poste in condizione di criticare la fonte o le modalità con cui il documento è giunto tra gli atti processuali<sup>16</sup>.

Tuttavia, l'accertamento della paternità - generalmente considerato facoltativo, ovverosia utile ai fini valutativi ma non indispensabile per l'utilizzabilità del documento<sup>17</sup> - è, invece, ritenuto necessario, anche sulla base del tenore dell'art. 240 c.p.p., nel caso di documenti dichiarativi e limitatamente all'individuazione dell'autore della dichiarazione.

La disposizione codicistica non potrà trovare applicazione nel caso di specie poiché, come in precedenza rilevato, il documento dichiarativo in esame rappresenta una ipotesi di anonimo non patologico bensì fisiologico, in quanto l'impossibilità di risalire all'autore dell'atto è conseguenza di un divieto previsto da una specifica disposizione di legge e destinato a produrre effetti in un arco temporale limitato, cioè fino a quando non sia stato definito il procedimento disciplinare.

A tale affermazione in ordine alla particolare fisionomia della dichiarazione anonima di cui all'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001 consegue l'ulteriore considerazione secondo cui, in riferimento ad essa, non appare appropriato parlare di inutilizzabilità patologica destinata ad operare in ogni stato e grado del procedimento. Al contrario, proprio l'aver riconosciuto all'anonimato del dichiarante una tutela a termine determina che la clausola d'inutilizzabilità è destinata a perdere efficacia allorché il diritto alla riservatezza dell'identità non sia più esercitabile nel procedimento di-

<sup>14</sup> Il problema è stato affrontato con riferimento al procedimento applicativo di misure cautelari, nel cui ambito si è affermato che l'art. 309, comma 5, c.p.p. non esige indefettibilmente la trasmissione degli atti nella loro integralità, ed è compatibile con l'apposizione di *omissis*, volta a garantire il segreto, che permane in questa fase processuale, e ad evitare la compromissione delle indagini in itinere (cfr. Cass., sez. VI, 18 febbraio 1998, n. 551, *Cass. pen.*, 1999, 1533). Più di recente si è ribadito che la trasmissione al tribunale del riesame di verbali di dichiarazioni posti a fondamento della richiesta cautelare, nei quali non compaiano, perché sostituiti con *omissis*, i nomi delle persone che hanno reso le dichiarazioni, non viola i diritti difensivi; e ciò perché la situazione non impedisce il contraddittorio relativo all'entità e alla rilevanza degli elementi e degli indizi posti alla base del provvedimento impugnato (in tal senso, Cass., sez. II, 9 febbraio 2006, n. 7610, *CED Cass.*, 233160; Cass., sez. II, 7 giugno 2007, n. 26266, *CED Cass.*, 237266; Cass., sez. V, 18 maggio 2012, n. 33230, *www.fiscoediritto.it/?page\_id=15858*).

<sup>15</sup> In dottrina, limitano alla "paternità" il concetto di provenienza - quantomeno in relazione alla presente norma - Carnevale, sub art. 239 c.p.p., Conso-Grevi (a cura di) *Comm. breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 727; Maggio, voce *Prova documentale* (*dir. proc. pen.*), cit.; Squassoni, sub art. 239 c.p.p., Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990, 663; Ubertis, *Variazioni sul tema dei documenti*, cit., 2523. Diversamente, ritengono applicabile la norma anche all'accertamento sulla corrispondenza del documento mostrato con quello prodotto, o visto in certe circostanze, o situato in certo luogo (c.d. "provenienza in senso lato"), Calamandrei, *La prova documentale*, Padova, 1995, 40; Curtotti, sub art. 239 c.p.p., Gaito (a cura di), *Codice di Procedura Penale ipertestuale*, Torino, 2008, 1164.

<sup>16</sup> Carnevale, sub art. 239 c.p.p., cit., 727; Ubertis, *Variazioni sul tema dei documenti*, cit., 2522.

<sup>17</sup> Squassoni, sub art. 239 c.p.p., cit., 663; Vele, sub art. 239 c.p.p., Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2008, 1829.

sciplinare e, conseguentemente, nel procedimento penale che abbia ad oggetto le medesime condotte illecite<sup>18</sup>.

#### DIRITTO ALL'ANONIMATO E PROVA TESTIMONIALE

Ma l'ambito processuale nel quale sono destinate a prodursi le maggiori conseguenze per effetto della disciplina introdotta con l'entrata in vigore della l. 190 del 2012 è quello relativo alla prova testimoniale ed ai molteplici profili normativi che ne disciplinano l'ammissione e l'assunzione. Nella pratica, non saranno infrequenti i casi in cui, a seguito di segnalazione o denuncia ai sensi dell'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001, si instauri un procedimento penale avente ad oggetto le medesime condotte illecite confluite nella contestazione disciplinare, ed il dichiarante invochi legittimamente il diritto all'anonimato.

La prima questione da affrontare è quella relativa alla necessità di valutare, nel corso dell'esame testimoniale, l'ammissibilità di domande aventi ad oggetto le generalità del dipendente autore della denuncia o della segnalazione destinata a rimanere anonima - anche all'interno del procedimento penale - entro i limiti temporali del procedimento disciplinare.

L'art. 190 c.p.p., in tema di diritto alla prova, nello stabilire che il giudice provvede senza ritardo con ordinanza sulle richieste formulate dalle parti, sancisce il dovere di escludere le prove vietate dalla legge. Il precetto si completa con quanto previsto dal successivo art. 191 c.p.p., che impedisce l'utilizzo di prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. La genericità ed omnicomprendività della locuzione cui ha fatto ricorso il legislatore consente di ritenere che i vizi della prova possano rinvenire la propria fonte «in tutto il corpus normativo a livello di legge ordinaria o superiore»<sup>19</sup>. Perciò il divieto stabilito dal comma 2 dell'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001 determina - una volta accertato che il dichiarante abbia legittimamente esercitato il diritto all'anonimato - l'inammissibilità, nel corso dell'esame diretto e del controesame, delle domande fina-

lizzate a rivelare le generalità dell'autore del documento dichiarativo.

Al contrario, siccome a norma del secondo comma dell'art. 187 c.p.p. sono oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali, sarà sempre possibile per le parti interessate ottenere l'assunzione della prova concernente l'avvenuto esercizio del diritto all'anonimato e la simultanea pendenza del procedimento disciplinare, trattandosi di circostanze di fatto che escludono la legittimità delle domande in ordine alle generalità dell'autore del documento dichiarativo.

D'altra parte, su versante diverso ma strettamente correlato a quello appena esaminato, può osservarsi come il soggetto sottoposto ad esame cui siano rivolte domande sulle generalità del denunziante-segnalante conosciute per ragioni d'ufficio (si pensi all'ipotesi del superiore gerarchico che, ricevuta la segnalazione di cui all'art. 54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001, la trasmette all'autorità giudiziaria e, per effetto di tale attività, sia citato come teste in dibattimento) abbia l'obbligo di astenersi dal deporre ai sensi dell'art. 201, comma 1, c.p.p. (segreto d'ufficio). La disposizione codicistica individua come oggetto di tutela, tra i fatti conosciuti per ragioni d'ufficio, quelli che devono restare riservati per effetto di una specifica disposizione di legge o di regolamento<sup>20</sup>. Inoltre il divieto probatorio di cui all'art. 201 c.p.p. è tutelato da una prescrizione penalistica, l'art. 326 c.p., secondo cui - in materia di rivelazione di segreti d'ufficio - è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni il pubblico ufficiale o l'incaricato d'un pubblico servizio che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, riveli «notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete».

Non meno ricca di spunti problematici si profila, infine, la questione che si pone con riferimento alla testimonianza della persona informata sui fatti che, nell'ambito della deposizione, faccia riferimento a circostanze apprese non direttamente ma dalla lettura del documento dichiarativo anonimo ovvero dal colloquio con l'autore del medesimo.

<sup>18</sup> Cfr. Corso, *Segnalazione di illeciti da dipendente pubblico: tutela debole*, *Dir. e prat. lav.*, n. 11/2013, 713 ss.

<sup>19</sup> Scalfati-Servi, *La prova "illecita" e la prova "incostituzionale" (profili)*, Scalfati (a cura di), *Le prove*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, Torino, 2009, 45. L'assunto è condiviso in giurisprudenza. Sul tema v.: Cass., sez. un., 21 maggio 2003, n. 22327, *Cass. Pen.*, 2003, 3310; Cass., sez. un., 3 dicembre 2003, n. 36747, *ivi*, 2004, 21; nello stesso senso anche Cass., sez. III, 5 maggio 2004, n. 37074, *ivi*, 2005, 26799.

<sup>20</sup> La formulazione adoperata dal legislatore per individuare l'area del segreto d'ufficio manca di un sufficiente tasso di legalità cui vincolare i presupposti dello *ius opponendi*. Tuttavia, ammettere che la segretezza possa derivare anche da un ordine impartito discrezionalmente dal superiore gerarchico potrebbe comportare una lesione del fondamentale principio di trasparenza dell'opera amministrativa. In tal senso, Scalfati, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, 163.

## ANONIMATO DEL DICHIARANTE E PROCESSO PENALE

Si tratta della c.d. testimonianza indiretta che si realizza ogni qualvolta il testimone si riferisce per la conoscenza dei fatti alla comunicazione che gli sia pervenuta o da altre persone che di quei fatti hanno avuto esperienza (art. 195, comma 1, c.p.p.)<sup>21</sup> o con forme di comunicazione (art. 195, comma 5, c.p.p.) diverse da quella orale, quali la scrittura, come avviene nel caso di specie.

Si tratta di una fonte di conoscenza non completamente espunta dall'attuale sistema probatorio, essendo ammessa l'utilizzabilità purché sia nota l'identità della fonte diretta ed il giudice non ometta di disporre l'audizione in presenza della richiesta in tal senso formulata da una delle parti, e sempre che non ricorra una delle ipotesi di impossibilità oggettiva dell'esame prevista dall'art. 195, comma 3, c.p.p.<sup>22</sup>.

Nell'ipotesi in cui il testimone indiretto riferisca quanto confluito nel documento dichiarativo ex art. 54 bis d.lgs. n. 165 del 2001, il cui autore abbia esercitato il diritto all'anonimato, non essendo l'impossibilità di escutere la fonte riconducibile, nemmeno per analogia, ad alcuna delle ipotesi previste dall'art. 195, comma 3, c.p.p.<sup>23</sup>, il giudice si troverà di fronte alla seguente alternativa: attendere la definizione del procedimento disciplinare nel cui ambito ha trovato tutela il divieto di rivelare le generalità per poter, poi, assumere la testimonianza del dichiarante non più tutelato dal diritto all'anonimato; ovvero apprezzare la testimonianza indiretta senza escute-

re la fonte principale *ex officio* o a seguito di richiesta delle parti, non potendo il documento dichiarativo privo delle generalità dell'autore - e perciò anonimo - fungere da riscontro al contenuto della deposizione *de relato*.

In tale ultima ipotesi la testimonianza *de auditu* sarebbe comunque utilizzabile e valutabile poiché l'evento che determina l'impossibilità di effettuare il riscontro sulla fonte di prima mano - l'esercizio del diritto all'anonimato - è predeterminato dalla legge nella prospettiva di garantire la realizzazione di un bene di rilevanza costituzionale quale il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione<sup>24</sup> (art. 97 Cost.). Del resto la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di rimarcare l'utilizzabilità e la valutabilità della testimonianza indiretta quando il teste di riferimento, sottoposto ad esame, si avvalga della facoltà di non rispondere, derivando, anche in questo caso, l'impossibilità di escutere la fonte diretta dall'esercizio di un diritto, lo *ius tacendi*<sup>25</sup>.

La regola di valutazione, tuttavia, dovrà essere ispirata a canoni di particolare rigore<sup>26</sup>, imponendo al giudice di ricorrere a riscontri con altri elementi di prova<sup>27</sup>, dal momento che la mancata deposizione di colui che aveva conoscenza diretta del fatto rende più difficile il controllo sull'attendibilità di quanto appreso *de auditu*.

<sup>21</sup> *Amplius*, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, 263.

<sup>22</sup> Per la giurisprudenza di legittimità, prevalentemente attestata su questa posizione, v.: Cass., sez. fer., 31 luglio 2008, n. 38076, *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 808; Cass., sez. III, 13 novembre 2007, n. 2001, *Giust. pen.*, 2009, III, 97; Cass., sez. II, 10 gennaio 2006, n. 3632, *Cass. pen.*, 2007, 718. L'interpretazione è avallata dalla Corte costituzionale (C. cost., sent. 31 gennaio 1992 n. 24, *Giur. cost.*, 1992, 114) e condivisa dalla dottrina maggioritaria: Chiavario, *Diritto Processuale Penale*, Torino, 2009, 232; Conso-Bargis, *Glossario della Nuova Procedura Penale*, Milano, 1992, 715; Ferrua, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007, 99; Giarda, sub artt. 194-197 c.p.p., Giarda (coordinato da) *Comm.*, Milano, 1990; Menna, *Prove dichiarative*, Scalfati (a cura di), *Le prove*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, Utet, 2009, 125; Siracusano, *Le prove*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto Processuale Penale*, I, Milano, 2006, 373; Tonini, *La prova penale*, Padova, 2000, 102; Id., *Manuale di procedura penale*, cit., 264.

<sup>23</sup> Si tratta di ipotesi di "impossibilità oggettiva", riconducibili nell'alveo delle deroghe al principio del contraddittorio stabilito dall'art. 111, comma 5, Cost.: in questo senso v. Balsamo-Lo Piparo, *La prova "per sentito dire"*. *La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004, 378; Dominiononi, *Le prove*, AA.VV., *Manuale Procedura Penale*, Bologna, 2008, 230.

<sup>24</sup> V. *supra*.

<sup>25</sup> In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. IV, 4 ottobre 2004, n. 46556, *Giust. pen.*, 2006, III, 543; peraltro si è, altresì, ritenuto che la testimonianza *de relato* sia utilizzabile - e liberamente valutabile dal giudice ai fini del proprio convincimento - allorché il soggetto nel quale si identifica l'originaria fonte della notizia, sottoposto ad esame, si rifiuti per qualsiasi motivo di rispondere. In tal senso, Cass., sez. III, 29 novembre 2006, n. 9801, *Cass. pen.*, 2007, 4752; Cass., sez. I, 6 luglio 2006, n. 26284, *CED Cass.*, 235001.

<sup>26</sup> In questo senso, Cordero, *Procedura Penale*, Milano, 2006, 684; Tonini, *La prova penale*, cit., 104; Id., *Manuale di procedura penale*, cit., 265.

<sup>27</sup> In tali ipotesi la dichiarazione *de relato* non sarebbe idonea a costituire prova, ma solo indizio che, a norma dell'art. 192, comma 2, c.p.p., può concorrere con altri elementi a fornire la prova della colpevolezza: in questo senso v. Cass., sez. V, 6 aprile 1999, n. 12027, *CED Cass.*, 214871; Cass., sez. V, 3 maggio 1996, n. 8610, *Cass. pen.*, 1997, 3539; peraltro in giurisprudenza (Cass., sez. VI, 5 marzo 2004, n. 26027, *Cass. pen.*, 2006, 2235) non si è mancato di affermare l'applicabilità alla testimonianza indiretta delle regole stabilite per la valutazione della chiamata in correità dall'art. 192, comma 3, c.p.p., attesa l'identità della *ratio* che connota le due fattispecie processuali, cioè consentire un controllo su quanto riferito dal teste *de relato*.

ALESSANDRO DIDI\*

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

## Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta

*The right of prisoners  
to maintain intimate relationship  
with people outside the prison:  
an old and not (yet) resolved issue*

---

Una recente sentenza della Corte costituzionale ha riportato alla ribalta una vecchia questione: il diritto del recluso di intrattenere rapporti intimi con persone estranee all'ambiente carcerario. Sebbene i tradizionali contenuti del sistema sanzionatorio tendano a imporre sacrifici e privazioni, nondimeno il senso di umanità dei trattamenti penitenziari e l'esigenza di "utilità" punitiva richiedono che il percorso rieducativo non prescindano da momenti di essenziale affermazione della personalità dell'individuo.

*A recent decision of the Constitutional Court has brought to light an old issue: the right of the prisoner to maintain intimate relationships with people outside the prison. Although the traditional content of the penalty system tend to impose sacrifices and privations to the prisoner, the general sense of humanity and the principle of "utility" of the penalty imply that the path of rehabilitation must always take into consideration the individual's personality*

---

### RILIEVI INTRODUTTIVI

Chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2, l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede il controllo da parte del personale di custodia durante le visite ai detenuti del coniuge o del convivente *more uxorio*, così impedendo rapporti intimi anche sessuali, il giudice delle leggi ha dichiarato la inammissibilità della questione, sia per l'inadeguata descrizione della fattispecie concreta, sia per la molteplicità delle

soluzioni che potrebbero essere adottate per ovviare al problema<sup>1</sup>. Proprio la sentenza, però, non

---

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

<sup>1</sup> Si rammenta che Cass., sez. I, 9 aprile 1992, *Cass. pen.*, 1993, in una fattispecie nella quale il condannato aveva chiesto un incontro in condizioni di detenzione con la moglie, in alternativa ai permessi-premio, aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2, nonché dell'art. 30 *ter*, l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevedono la concessione di permessi premio da trascorrere in carcere, sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 27, 29, 31 e 32 Cost.

è priva di interessanti prospettive in quanto dalla motivazione emerge come il diritto delle persone private della libertà personale ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, costituisca «una esigenza reale e fortemente avvertita» e quindi il problema merita «ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente ...e dall'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria»<sup>2</sup>.

A ben vedere, date tali premesse, si apre uno scenario ben più ampio, perché il problema dell'astinenza sessuale con persone esterne all'istituto penitenziario costituisce solamente uno dei profili di una problematica più generale: quella dell'affettività nell'ambiente carcerario alla luce dei principi di umanizzazione della pena e della sua finalità di recupero e di reinserimento sociale.

Oggi, come noto, alla luce delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, il diritto a coltivare interessi affettivi con persone estranee all'ambiente carcerario è sostanzialmente rimesso all'istituto dei c.d. permessi premio di cui all'art. 30 *ter* ord. penit., e, in parte, ai colloqui di cui all'art. 18 ord. penit.

I primi, tuttavia, possono essere concessi solo ai condannati che, oltre ad aver tenuto una regolare condotta e a non risultare socialmente pericolosi, siano stati condannati all'arresto ovvero alla reclusione non superiore a tre anni, perché, in tutti gli altri casi, la concessione del beneficio è subordinata alla espiazione di una parte (variamente quantificata secondo il *quantum* di pena inflitta e il tipo di reato per il quale si è proceduto) della condanna<sup>3</sup>.

I secondi, pur dovendo essere accordati con «particolare favore», non solo devono essere svolti in appositi locali ed in numero prefissato dall'art. 37 reg. ord. penit. e, comunque, variabile in ragione del tipo di reato per il quale il detenuto ha riportato

condanna, ma evidentemente non consentono una libera e piena esplicazione degli interessi affettivi<sup>4</sup>. È, infatti, previsto che il colloquio si svolga sempre sotto il controllo visivo del personale di custodia, anche qualora esso avvenga nelle forme di cui all'art. 61, comma 2, lett. *b*), reg. ord. penit. (in base al quale possono essere autorizzate «visite» che consentono di trascorrere parte della giornata, in appositi locali o all'aperto, e di consumare un pasto in compagnia delle persone ammesse ai colloqui)<sup>5</sup>. Inoltre, si ricorda che il detenuto non potrà avere colloqui con chiunque desideri. Infatti, in forza dell'art. 18 ord. penit., i condannati in esecuzione di pena sono ammessi ad avere colloqui essenzialmente con la famiglia<sup>6</sup>, e, nonostante la suscettibilità di letture late, è indubbio come essa presupponga un rapporto giuridico qualificato<sup>7</sup>.

Una forzatura è stata tentata con decisioni che non hanno mancato di destare curiosità da parte degli organi di stampa per la loro originalità. Recentemente, ad esempio, attraverso un'interpretazione 'allargata' del termine «famiglia», si è affermato il diritto del detenuto e dell'internato di incontrare il proprio cane<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Secondo Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno; colloqui e corrispondenza*, in Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1986, 183, la prescrizione contenuta nell'art. 18 ord. penit., non impedirebbe i rapporti sessuali del detenuto con le persone ammesse al colloquio, in quanto la legge impone la possibilità del controllo a vista ma non l'effettività di esso in senso continuativo.

<sup>5</sup> Rammenta Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 172, che nell'originaria proposta di modifica, l'art. 61 prevedeva la possibilità di colloqui riservati dei detenuti con i loro familiari, ma essa non è passata per il parere negativo del Consiglio di Stato, motivato dal conflitto della norma regolamentare con l'art. 18 della legge penitenziaria, che prevede esclusivamente colloqui sotto il controllo visivo della polizia penitenziaria.

<sup>6</sup> L'art. 18 ord. penit., non esclude che i colloqui possano avvenire anche con persone terze, ma, mentre quelli con i familiari sono guardati con il massimo favore, quelli con persone diverse costituiscono un caso eccezionale. Sul punto, cfr. Bertolotto, sub art. 18, in Della Casa (a cura di), *Trattamento penitenziario*, Grevi-Giostra-Della Casa (diretto da), *Ordinamento penitenziario commentato*, vol. I, V ed., Padova, 2011, 229.

<sup>7</sup> Sul punto, per un'analisi dello stato della disciplina vigente in materia, cfr. Fonti, sub art. 18 ord. penit., Giarda-Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, 10265-10266.

<sup>8</sup> Così, mag. sorv. Vercelli, decreto 26 ottobre 2006 – Est. Del Piccolo la cui massima è pubblicata in *Giur. merito*, 1997, 3287. La motivazione del provvedimento del provvedimento è pubblicata in <http://www.diritto.it/art.php?file=archivio/22941.html>. La decisione non sembra essere rimasta isolata. Sul punto si v. notizia apparsa su *Corriere del Veneto*, 6 agosto 2011, in relazione all'autorizzazione ottenuta da due detenuti ad avere 'colloqui' con il proprio cane, e, in precedenza, analogo provvedimento risulta adottato dall'autorità giudiziaria di Palermo, con decisione riportata da Gaspare, *Cani in carcere: ma solo come visitatori e conforto per i detenuti*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>2</sup> C. cost., 19 dicembre 2012, n. 301 *Giust. pen.*, 2012, I, 321.

<sup>3</sup> Sulla disciplina dei permessi, cfr. Coppetta, *Ordinamento penitenziario*, *Enc. dir.*, Milano, Agg. IV, 2000, 888; Comucci, *Sulla natura trattamentale dei permessi di cui all'art. 30 ord. pen.*, *Foro ambrosiano*, 2005, 468, con riferimento all'indirizzo giurisprudenziale teso a non negare al detenuto l'opportunità di recarsi fuori dal carcere in situazioni in cui un permesso premio è inammissibile per l'assenza del requisito richiesto dalla legge. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis ord. pen.*, *Cass. pen.*, 1997, 1259 ss.; Della Casa, voce *Ordinamento penitenziario*, *Enc. dir.*, *Annali II*, t. II, 2008, 808 ss.; Presutti, *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, *Dir. pen. proc.*, 1995, 1302.

## IL DIRITTO DEL DETENUTO A COLTIVARE LEGAMI INTIMI CON PERSONE ESTERNE AL CARCERE

In ogni caso, sebbene tutto questo testimoni una sorta di insufficienza del sistema normativo, la possibilità per il detenuto di coltivare i propri interessi affettivi resta comunque ridotta e certamente non in grado di consentire rapporti intimi con il *partner*.

È significativo rammentare come la Corte di cassazione, in una recente sentenza, abbia dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso un provvedimento col quale il magistrato di sorveglianza aveva rigettato la richiesta di permesso avanzata da un condannato all'ergastolo che non aveva ancora maturato il diritto a beneficiare del permesso premio di cui all'art. 30 *ter* ord. pen., allo scopo di passare del tempo con la moglie per consumare il matrimonio celebrato in carcere. Con tale decisione, si è, da un lato, escluso che possa assurgere ad evento familiare di particolare gravità (nel senso dell'art. 30 ord. pen.) la necessità di consumare rapporti sessuali, che – così specifica la corte – per loro natura, non hanno alcun carattere di eccezionalità; dall'altro lato, si è ritenuto che l'omessa previsione del diritto del detenuto di fruire di momenti da dedicare alla consumazione di rapporti sessuali con la propria moglie, non configuri neppure una lesione dei principi costituzionali previsti dagli artt. 2, 29 e 32 Cost.<sup>9</sup>

## PANORAMA NORMATIVO SOVRANAZIONALE E IL PERICOLO DI SEMPLICISTICHE INDULGENZE

Nonostante la Corte costituzionale abbia dichiarato inammissibile la prospettata questione di legittimità, il problema resta aperto<sup>10</sup>. In maniera neppure troppo velata, dalla lettura della sentenza sembra provenire un monito al legislatore ad adeguarsi rapidamente alle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali ed all'esperienza comparatistica, che vedono un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei

detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria. Sebbene la Corte abbia rilevato la molteplicità di soluzioni prospettabili, arginando la proposizione di nuovi incidenti di legittimità, in altri casi, di fronte alla prolungata indecisione del legislatore, la stessa Corte ha svolto appieno una funzione vicaria<sup>11</sup>.

Dal canto suo, il legislatore, pur non del tutto insensibile, ha sino ad ora assunto iniziative che tradiscono una scarsa convinzione nell'affrontare la problematica di cui si tratta<sup>12</sup>.

Si deve qui rammentare che il giudice *a quo*, con una documentata ordinanza, aveva rilevato come l'«astinenza sessuale» si ponga in contrasto con le indicazioni contenute in diverse fonti internazionali.

La Raccomandazione n. 1340 (1997), sugli effetti sociali e familiari della detenzione, adottata dall'Assemblea generale il 22 settembre 1997, all'art. 6, prescrive, infatti, che gli Stati membri adottino misure tese a «migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli».

Analogamente, il punto n. 24.4 della Raccomandazione R(2006)2 sulle regole penitenziarie europee, adottata dal Comitato dei ministri l'11 gennaio 2006, statuisce che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali».

Nella stessa direzione anche la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188(INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, in forza della quale il Consiglio – sollecitato a promuovere, attraverso il contributo comune agli Stati membri dell'Unione europea, l'elaborazione di una Carta penitenziaria europea comune ai

<sup>9</sup> Così, Cass., Sez. I, 26 novembre 2008, n. 48165, *Dir. e giustizia*, 2009.

<sup>10</sup> Il tema, peraltro, non sembra oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Esso si è affacciato soprattutto negli anni a cavallo della riforma dell'ordinamento giudiziario. Come ricorda Pennisi, *Diritti del detenuto*, cit., 170, il disegno di legge approvato dal Senato il 18 dicembre 1973 contemplava il diritto dei detenuti e degli internati di permessi speciali per mantenere le loro relazioni umane ma, nella stesura definitiva della legge del 1975, la previsione non fu introdotta. Sul tema, cfr. Velotti, *Il problema sessuale nelle carceri*, *Rass. studi. penit.*, 1974, 275 ss.; Fortuna, *Il sesso nel carcere italiano e la condizione giuridica del detenuto*, *Giur. merito*, 1976, IV, 68. Sull'argomento, poi, Corso, *I rapporti con la famiglia*, cit., 182-184; Bernardi, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Giur. it.*, 1983, IV, 337. Per uno studio scientifico sulla problematica, Bolino - De Deo, *Il sesso nelle carceri italiane*, Milano, 1970.

<sup>11</sup> Si può richiamare, a tale riguardo, il percorso completato con C. cost. 7 aprile 2011, n. 113, *Proc. pen. gius.*, 2011, 4, 93 con nota di Geraci, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, a proposito dei rimedi interni per conformare le sentenze pronunciate da organi giurisdizionali interni in violazione accertata dei principi contenuti nella Convenzione europea. Sul tema, Ead., *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale*, vol. I, *Dall'autarchia al rimedio straordinario*, Roma, 2012, *passim*.

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. la Proposta di legge atto Camera n. 4745, d'iniziativa dell'on.le Zamparutti, in data 28 ottobre 2011; Proposta di legge, atto Camera n. 29, d'iniziativa dell'on.le Boato, presentata il 26 aprile 2006; la Proposta di legge, atto Camera n. 3020, d'iniziativa dell'on.le Boato, presentata il 12 luglio 2002. Per altre e meno recenti iniziative, cfr. Pennisi, *Diritti del detenuto*, cit., 172, nt. 222. In tema di affettività in carcere, l'allora direttore del DAP, Michele Coiro, nel 1996 aveva inviato una circolare (richiamata da Brunetti, *Il diritto all'affettività per le persone recluse*, *Rass. penit. e crim.*, 2008, 117), inviata a tutti i direttori di istituto per valutare le soluzioni tecniche possibili in attesa di un intervento legislativo.

Paesi membri del Consiglio d'Europa – deve attuare «il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi».

Sebbene risulti chiara, fin da ora, la finalità di queste considerazioni, non è altrettanto possibile rinvenire nelle fonti citate un parametro interposto direttamente cogente nell'ordinamento interno, in base all'art. 117 Cost.<sup>13</sup>.

Del resto, come aveva evidenziato sempre il giudice *a quo*, in quella direzione si sono ormai incamminati gli ordinamenti penitenziari di numerosi Paesi della Comunità europea, e non solo<sup>14</sup>, per cui occorre chiedersi se, ed in che termini, il diritto ad un completo soddisfacimento della affettività possa imporsi sul piano dei principi costituzionali.

Il giudice *a quo*, nel denunciare l'illegittimità dell'art. 18 comma 2, ord. penit., aveva ravvisato la violazione di una serie di parametri: l'art. 2 Cost., nella parte in cui afferma che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo»; l'art. 3, comma 1, là dove dichiara l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e comma 2, là dove afferma che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli [...] che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana»; l'art. 27 Cost. e, segnatamente, il principio enucleabile dalla prima proposizione del comma 3, in base al quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», e quello ricavabile dalla prima proposizione del comma 3, in base al quale «le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato»; gli artt. 29 e 31, comma 2, che, rispettivamente, statuiscono che la Repubblica «riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» e «protegge la maternità favorendo gli istituti necessari a tale scopo»; infine l'art. 31, commi 1 e 2 Cost., dal combinato disposto dei quali si ricava che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» e che «la legge non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Il quadro normativo richiamato è suscettibile di arricchirsi.

Anche l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stabilisce, tra l'altro, che nessuno

può essere sottoposto a “pene” o a “trattamenti” “inumani o degradanti”, ed analoga previsione è riportata sia nell'art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti politici e civili, che espressamente sancisce che nessuno può essere sottoposto “a punizioni o trattamenti crudeli, disumani e degradanti”, sia nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del 12 dicembre 2001, il cui valore giuridico, equivalente a quello dei trattati, è riconosciuto dall'art. 6 del Trattato dell'Unione.

Allargando l'orizzonte normativo di riferimento, sembra possibile battere percorsi apparentemente ancor più pregnanti.

È significativo che il divieto di trattamenti inumani e degradanti contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia preceduto dall'art. 1 che statuisce che «la dignità umana è inviolabile» e che «essa deve essere rispettata e tutelata», e, ancora, dall'art. 2, in base al quale «ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica».

Combinando le varie norme, sembrerebbe disporsi di una solida piattaforma giuridica per affermare che la privazione della libertà conseguente all'irrogazione d'una pena non dovrebbe pregiudicare alcuna esigenza fondamentale dell'uomo, tra le quali, appunto, quelle concernenti lo sviluppo della propria sfera affettiva<sup>15</sup>.

Cionondimeno, è necessario essere cauti nel trarre conclusioni. In opposizione a tale ragionamento, è semplice obiettare che esso rischia di provare troppo. È indubbio, infatti, come sia connaturale al concetto di pena quello della privazione; sicché, nell'elevare una qualunque esigenza della persona a bene intangibile, si finirebbe per negarne lo stesso significato sanzionatorio<sup>16</sup>. La carcerazione, per

<sup>15</sup> Posizione, questa, sostenuta in dottrina da Fortuna, *Il sesso nel carcere italiano*, cit., 70-71 secondo il quale, peraltro, se l'astinenza etero-sessuale forzata, può apparire una componente logica o comunque razionale della pena rigidamente concepita come castigo, e cioè sotto l'aspetto meramente retributivo, non potrebbe in alcun modo inquadrarsi nel contesto di una concezione della pena siccome volta alla rieducazione. Sulla stessa posizione, Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 170-175, secondo il quale il diritto alla affettività è del tutto negato nella sua componente fondamentale dei rapporti sessuali e tale lacuna, oltre a violare diritti costituzionalmente riconosciuti e la stessa dignità della persona umana, costituisce uno dei più gravi fattori di destrutturazione della personalità del detenuto.

<sup>16</sup> Sul punto Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Vol. IV, Roma, 1949, 94, secondo il quale nelle norme che impediscono «quelle effusioni, per le quali il corpo partecipa alla comunione delle anime» non potesse ravvisarsi un difetto dell'ordinamento: «al contrario in ciò consiste una di quelle privazioni, che rispondono all'efficacia salutare dell'isolamento. L'argomento presenta ancora maggiore delicatezza in quanto limita i contatti del recluso col coniuge escludendo la possibilità di rapporti sessuali; nonostante una volgare letteratura pseudocriminologica fiorita su questo tema, si deve riconoscere che tale esclusione corrisponde appieno alla funzione

<sup>13</sup> Sulla tematica relativa all'adattamento del diritto interno alle fonti europee, soprattutto dopo le note sentenze C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348 (pubblicata in *Giust. pen.*, 2007, I, 321, con nota di Santoro, *Rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto interno in due recenti sentenze della Corte costituzionale*), e C. cost., 24 ottobre 2007, n. 349, cfr. Gaito, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2012, 25 ss.

<sup>14</sup> Sullo stato della legislazione in materia, nei vari stati europei e non, cfr. Brunetti, *Il diritto all'affettività*, cit., 121-122.

sua natura, non solo determina la privazione di un bene enormemente più prezioso di quello del diritto all'affettività, ma essa è molto più di una privazione di un tempo astratto di libertà: da un lato, essa conserva «molteplici elementi di *afflizione fisica*, che si manifestano nelle forme di vita e di trattamento, e che differiscono dalle antiche pene corporali solo perché non concentrate nel tempo ma dilatati per tutta la durata della pena»; dall'altro, perché alla *afflizione corporale* essa aggiunge «l'*afflizione psicologica*, la solitudine, l'isolamento, l'assoggettamento disciplinare, la perdita di socialità e di affettività e quindi di identità»<sup>17</sup>. Ebbene, sul piano logico, è evidente che non sarebbe possibile affermare, senza appunto negare il concetto stesso di sanzione, che determinati interessi dell'individuo, come quelli all'affettività, non siano comprimibili sol perché essi rappresentano un'esigenza primaria dell'uomo.

Occorre anche evitare di indulgere troppo sull'argomento del divieto di trattamenti inumani e degradanti sebbene esso abbia un'enorme carica di suggestione.

È ovviamente indiscutibile che l'art. 3 della Convenzione europea sancisca uno dei valori fondamentali di una qualunque società democratica<sup>18</sup> ponendo al centro l'uomo e la sua dignità che deve essere rispettata e tutelata, a prescindere dalle condizioni e dal comportamento dell'individuo. Sebbene possa apparire agevole dedurre dal divieto di trattamento inumano che i molteplici bisogni e le diverse esigenze dell'individuo debbano essere sempre posti in primo piano anche nell'esecuzione di una pena, non è agevole affermare che l'astinenza sessuale costituisca *ex se* un trattamento che si ponga in contrasto con quel divieto.

In effetti, ad uno sguardo d'insieme della giurisprudenza della Corte europea, emerge come i trattamenti degradanti – se si eccettuano le sofferenze inflitte gratuitamente al detenuto – possano originare anche da situazioni di prolungata detenzione in condizioni di degrado ovvero caratterizzate da privazioni eccedenti quelle strettamente necessarie. Va rammentato, a tale riguardo, che in base all'art. 64 delle

*regole penitenziarie europee*<sup>19</sup> non solo «la detenzione, comportando la privazione della libertà, è punizione in quanto tale» ma «la condizione della detenzione e i regimi di detenzione non devono, quindi, aggravare la sofferenza inerente ad essa, salvo come circostanza accidentale giustificata dalla necessità dell'isolamento o dalle esigenze della disciplina». Ancora, sempre in forza dell'art. 65, lett. b), delle citate regole, deve essere praticato ogni sforzo «per ridurre al minimo gli effetti negativi della detenzione e le differenze tra la vita in carcere e quella in libertà».

È evidente, allora, il motivo per il quale un trattamento disumano e degradante sia stato ravvisato nelle modalità complessive della esecuzione della pena come, ad esempio, quelle che si verificano in quegli stabilimenti nei quali – come recentemente affermato – gli spazi riservati ai detenuti sono eccessivamente ridotti rendendo estremamente penosa la espiazione della pena<sup>20</sup>.

In estrema sintesi, dal pragmatismo che contraddistingue la giurisprudenza della Corte europea si può ricavare come trattamenti che possono essere fatti rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 – a parte, si ribadisce, quelli estremi in cui l'inflizione della sofferenza risulta fine a se stessa – sono quelli che, pur non essendo, isolatamente considerati, contrari al senso di umanità, lo divengano a cagione del livello di gravità e del prolungamento nel tempo della privazione.

Posto che sofferenza ed umiliazione, per quanto detto, costituiscono caratteri ineliminabili della pena, è evidente come ciò che consente di ritenere superato quel livello minimo di gravità che trasforma lo *status custodiae* in trattamento inumano, dipenda da altri fattori: la durata del trattamento, gli effetti fisici e mentali dello stesso e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima. Soprattutto, ciò che trasforma la pena in un qualcosa di ingiustificabile è lo scopo del trattamento, che, appunto, qualora non abbia alcuna ragione di essere adottato, non troverebbe altra spiegazione se non quella dell'umiliazione fine a se stessa della persona detenuta<sup>21</sup>.

penitenziale del regime detentivo; mentre infatti di un bisogno sessuale da mettere sul piano del nutrimento o del riposo è da escludere l'esistenza e d'altra parte della sua soddisfazione *extra matrimonium* è da escludere, in ogni caso, la liceità morale, la possibilità dei relativi rapporti tra coniugi è giusto che trovi un limite della condizione del recluso, la quale non solo deve privarlo delle gioie della famiglia ma impedirebbe altresì al genitore l'adempimento dei suoi doveri verso la prole nascitura».

<sup>17</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1997, 411.

<sup>18</sup> Così, Corte e.d.u., 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*, § 129; Corte e.d.u. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, § 119.

<sup>19</sup> Contenute nella *Raccomandazione del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in Peroni-Scafati, *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006, 103.

<sup>20</sup> Recentemente, Corte e.d.u. 13 gennaio 2013, *Torregiani ed altro c. Italia*, che ha ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU nella situazione di carcerazione avvenuta in celle con spazi inferiori a quattro metri quadrati; Corte e.d.u., 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*, § 148, a proposito di condannato alla pena di morte, rinchiuso per 24 ore al giorno in celle che offrivano uno spazio di vita molto limitata e che non consentivano l'ingresso della luce naturale, senza alcuna possibilità di esercizio di attività all'aperto.

<sup>21</sup> Corte e.d.u., 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*, § 130.

Più in particolare, sempre secondo la Corte, in base al divieto di trattamenti inumani e degradanti e all'esigenza di rispetto della dignità umana, si impone che il modo e il metodo di esecuzione della misura non costringano il detenuto in uno stato di *stress* o in difficoltà superiori al livello inevitabile di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze della detenzione, la sua salute e il suo benessere siano adeguatamente tutelati<sup>22</sup>.

Appare evidente, allora, come, attraverso il divieto di trattamenti inumani e degradanti, non si riesca ad affermare l'esistenza di un diritto immediatamente tutelabile del detenuto a coltivare incondizionatamente gli interessi affettivo-sessuali.

Solo laddove studi scientifici dovessero dimostrare, ad esempio, che lunghi periodi di privazione sessuale producono lesioni della sfera psicofisica dei detenuti (forme di depressione o causa di sviluppo di comportamenti antisociali<sup>23</sup>), sarebbe possibile ritenere che la detenzione – trasformandosi da mezzo di espiazione in sofferenza che mette potenzialmente a repentaglio il diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo – potrebbe convertirsi, nel momento in cui l'astinenza sessuale raggiungesse livelli non più tollerabili per la salute del detenuto, in trattamento degradante, e richiederebbe quindi adeguati rimedi di correzione<sup>24</sup>.

Allo stato, tuttavia, non sembra che siano stati raggiunti risultati del genere. In ogni caso, affinché una tale situazione di disagio possa trasformarsi in una condizione trattamentale inumana, occorre una prolungata e permanente privazione di una qualunque possibilità per il soggetto detenuto, e per tutto il periodo di espiazione, di disporre di momenti nei quali possa vivere rapporti intimi con persone esterne alla comunità carceraria. Tutto ciò dimostra come quello all'affettività non possa ritenersi un diritto soggettivo del detenuto<sup>25</sup> o quanto meno un

requisito automatico della detenzione. Soprattutto, da tali rilievi discende come, in presenza nel vigente sistema penitenziario di un istituto – come quello del permesso premio – espressamente finalizzato, tra l'altro, a consentire al detenuto di coltivare interessi affettivi, l'impostazione del problema attraverso tale coordinate non possa condurre a risultati proficui.

Quello che occorrerebbe postulare, infatti, per immaginare un'illegittimità costituzionale dell'attuale sistema, è di qualificare l'affettività come un diritto ed un valore inviolabile che non solo entra a far parte di quella sfera di libertà insopprimibile che il condannato – come riconosciuto dalla Corte costituzionale<sup>26</sup> – ancorché in espiazione di pena continua a conservare, ma il cui rispetto e la cui attuazione egli potrebbe pretendere in qualunque momento, eventualmente anche attraverso un ricorso ad un organo giurisdizionale.

È evidente, allora, come il problema necessiti di una soluzione che transiti per altri percorsi che consentano di verificare se, in una moderna concezione di pena, sia possibile individuare una massimo di sofferenza tollerabile che salvaguardi il diritto – come pretesa giuridicamente tutelabile – all'affettività.

#### L'IN SÉ DELLA PENA

La risposta alla domanda di quale sia la giusta misura della privazione della libertà durante la pena, rispetto all'esigenza dei bisogni fondamentali della persona, necessariamente presuppone risolto l'interrogativo circa l'essenza della pena in un ordinamento moderno.

Sebbene il tema non sia di semplice soluzione in quanto esso è necessariamente interessato da una serie di prospettive, la prima delle quali concernente la finalità sostenibile della pena, sembra possibile convenire su due premesse. Anzitutto, come la pena sia essenziale in una qualunque comunità umana fondata su regole e, come essa, al contempo, debba costituire un evento spiacevole ed un male che si subisce per la violazione di una prescrizione<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Corte e.d.u., 26 ottobre 2000, *Kudła c. Polonia*, § 93-94; Corte e.d.u., 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, § 131.

<sup>23</sup> Sull'argomento, per alcune significative osservazioni, Brunetti, *Il diritto all'affettività*, cit., 108, ivi anche richiami alla letteratura specialistica.

<sup>24</sup> Sebbene lunghi periodi di astinenza sessuale costituiscano certamente situazioni che condizionano lo sviluppo psicologico della persona, inducendola ad atteggiamenti innaturali o compulsivi nella sfera sessuale, mancano evidenze scientifiche che documentino danni alla salute conseguenti a tale situazione. Sul punto, cfr. Velotti, *Il problema sessuale nelle carceri*, cit., 280-281, secondo l'idea che l'astinenza sessuale sia nociva alla salute fisica e psichica del detenuto è frutto solo di un malinteso senso di pietismo.

<sup>25</sup> Della Casa, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 799, rileva come «attualmente non vi possono essere più dubbi sul fatto che il detenuto sia titolare di posizioni soggettive attive, qualificabili come diritti. Che, in parte, sono gli stessi diritti, anche se inferiori per numero o per estensione, riconosciuti

nel nostro ordinamento al soggetto libero, e, in parte ..., gli derivano proprio dalla legge penitenziaria o dal relativo regolamento di esecuzione».

<sup>26</sup> Si rammenta sul punto che C. cost., 11 febbraio 1999, n. 26, *Cass. pen.*, 1999, 1718, ha precisato che coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale non sono privati del tutto dei loro diritti fondamentali, i quali, anzi, devono essere compressi solo nei limiti connessi alle finalità proprie della restrizione.

<sup>27</sup> È praticamente impossibile dar conto dell'immenso dibattito, denso di implicazioni filosofiche, sui temi accennati. In un recente saggio, di Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna,

## IL DIRITTO DEL DETENUTO A COLTIVARE LEGAMI INTIMI CON PERSONE ESTERNE AL CARCERE

È noto che con lo Stato moderno sorto con l'affermarsi del pensiero illuministico e della rivoluzione industriale, il concetto di pena si è completamente trasformato: in opposizione alla pena intesa come supplizio o afflizione diretti sul corpo, si è imposta una concezione di pena come privazione di diritti<sup>28</sup>.

È un dato pacifico, che può essere verificato con una semplice osservazione dei sistemi giuridici moderni, che oggi sono tramontate le due principali idee di ispirazione giusnaturalistica: innanzitutto, che la pena debba eguagliare il delitto e consistere in un male della medesima natura ed intensità di quello provocato con la condotta che si intende punire; inoltre, che essa non possa essere neppure formalizzata in un catalogo predeterminato tassativamente<sup>29</sup>.

È ormai principio appartenente alla cultura giuridica contemporanea che la pena debba essere uguale e, come tale, «quantificabile e misurabile e perciò predeterminabile legalmente e determinabile giudizialmente sia nella natura che nella misura»<sup>30</sup>.

Ovviamente, superata la concezione primitiva della pena come supplizio crudele ed afflizione fisica e, soprattutto, come fenomeno esemplare da esibire in pubblico<sup>31</sup>, la sofferenza fisica praticata attraverso il corpo dell'individuo ha lasciato posto alla pena come sofferenza psichica realizzata attraverso fenomeni di privazione sulla vita quotidiana, della libertà e del patrimonio<sup>32</sup>.

2012, 58, definisce una prospettiva irragionevole quella di una società nella quale sia abolito il diritto penale.

<sup>28</sup> Così Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 66: «Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che, per essere un'utile virtù, dev'essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani [...]. L'atrocità stessa della pena fa che si ardisca tanto di più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena di un solo. I paesi e i tempi dei più atroci supplicii furon sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario. Sul trono dettava leggi di ferro ad anime atroci di schiavi che ubbidivano. Nella prima oscurità stimolava ad immolare i tiranni per crearne dei nuovi».

<sup>29</sup> Sull'argomento, Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 386; Cavalla, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979, 25.

<sup>30</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 386.

<sup>31</sup> Sul tema, Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1993, *passim*.

<sup>32</sup> Il codice penale, come noto, aveva previsto all'art. 21 la pena di morte accanto alle pene dell'ergastolo, della reclusione, della multa, dell'arresto e dell'ammenda. Per effetto dell'art. 1, comma 1 e 2, d.lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224, erano state abolite tutte le disposizioni relative alla pena di morte contenute nel co-

Peraltro, quantunque ancora oggi la pena di morte sia praticata in molti Paesi civilmente avanzati<sup>33</sup> e l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo abbia legittimato la pena capitale nell'ipotesi in cui essa fosse inflitta da una sentenza pronunciata da un tribunale, la strada intrapresa è quella della proscrizione della pena capitale dagli ordinamenti contemporanei. L'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dopo aver solennemente proclamato il diritto alla vita, dichiara, senza riserva alcuna, che «nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato». L'art. 1 del secondo protocollo facoltativo al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici sull'abolizione della pena di morte, adottato dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 15 dicembre 1989, ratificato dalla l. 9 dicembre 1994, n. 734, prevede che «nessuna persona soggetta alla giurisdizione di uno Stato parte al presente protocollo sarà giustiziata» e che «ciascuno Stato adotterà tutti i provvedimenti necessari per abolire la pena di morte nell'ambito della sua giurisdizione», ed anche l'art. 1, del protocollo n. 6 alla Convenzione per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte, ratificato con l. 2 gennaio 1989, n.8, ha previsto che «la pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato».

È, dunque, possibile trarre una prima conclusione, e cioè che all'esito di tale processo di trasformazione, la pena non può più concepirsi come esercizio di pratiche strazianti o mutilanti da eseguire sul corpo del condannato e nemmeno distruttive della vita, bensì come sofferenza psichica derivante dalla privazione della libertà (nel più ampio e lato senso immaginabile e, dunque, come dominio assoluto sulla propria autodeterminazione, sull'ampiezza

dice penale, e con d.lgs. 22 gennaio 1948 n. 21, furono abrogate le disposizioni contenenti la pena di morte previste dalle leggi speciali diverse da quelle militari e di guerra. Con l'entrata in vigore della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27 ultimo comma, fu affermata la esclusione della pena di morte dal nostro ordinamento salvo le leggi penali militari, ma è noto il percorso seguito dal nostro legislatore per bandire completamente la pena capitale. L'art. 1, l. 13 ottobre 1994, n. 589, ha abrogato le disposizioni contenenti la pena di morte previste dal codice militare di guerra e dalle leggi militari ed il percorso si è concluso con la l. cost. 2 ottobre 2007, n.1, che ha soppresso l'ultima previsione contenuta nella Costituzione (quella riguardante le leggi militari) nella quale era prevista la pena di morte.

<sup>33</sup> Il tema è particolarmente dibattuto anche negli Stati Uniti, e sono estremamente interessanti le considerazioni di Turow, *Punizione suprema. Una riflessione sulla pena di morte*, Milano, 2003, *passim*, il quale, oltre ad essere autore di numerosi *legal-thriller* di successo, è avvocato ed è stato componente di una commissione sulla pena di morte istituita nell'aprile del 2002, dal Governatore dell'Illinois.

del diritto di locomozione e sulla capacità d'agire) o del patrimonio<sup>34</sup>.

A questo punto, sia pur con le necessarie esigenze di frammentarietà e di sintesi, occorre interrogarsi sui fini della pena.

Sebbene il dibattito teorico sul tema sia indiscutibilmente complesso, vi è nella letteratura un dato che sembra imporsi: la necessaria presenza, accanto agli altri scopi – quelli rieducativi, special o general preventivi – di finalità meramente retributive della pena, sia nella forma detentiva che in quella patrimoniale<sup>35</sup>.

L'idea che la pena, nel momento della sua imposizione da parte del legislatore, contenga un minimo edittale – dunque che debba essere eseguita nonostante il soggetto non debba essere rieducato perché egli ha già criticamente elaborato il proprio errore – dimostra come essa rechi sempre in sé un'ineluttabile componente retributiva, la quale si esprime anzitutto attraverso il "tempo di libertà sottratto" al soggetto che deve essere punito<sup>36</sup>.

Come è stato messo in evidenza, tutte le teorie retributive hanno un indubbio vantaggio che proprio nel diritto penale assume un valore straordinario, quello cioè di avere «la loro misura in se stesse» in quanto, appunto, a meno di non essere oggetto di abusi ingenerati per vie traverse, «esse non tendono a permettere o addirittura a giustificare pene eccessive»<sup>37</sup>. A differenza delle teorie preventive (dove campeggia la pericolosità del soggetto e la necessità di evitare la recidiva<sup>38</sup>), la concezione retributiva presuppone un'anticipata gerarchia della scala di valori dei beni protetti dall'ordinamento

ed un corrispondente catalogo delle privazioni alle quali il soggetto può essere sottoposto.

La libertà, sotto tale profilo, rappresenta una "forma di merce" ed un "valore di scambio" «acquisiti dalla forza lavoro e mediamente dal tempo di lavoro (e di libertà) nella società capitalistica. Come la moneta nella commisurazione convenzionale del valore di scambio dei beni, così anche il tempo assume nel diritto penale moderno il ruolo di "equivalente generale" nella commisurazione convenzionale della gravità dei reati in base al "valore" da essi leso»<sup>39</sup>.

#### ... E LA SUA QUALITÀ

La concezione retributiva della pena in quanto impegnata a dare una risposta all'esigenza di ristabilire con una proporzionata sofferenza l'ordine violato con l'attività illecita, sebbene trovi in se stessa la sua legittimazione ed il suo fondamento<sup>40</sup>, sembra non aiutare la soluzione del problema sotto un altro punto di vista, quello della tipologia e della qualità della pena. Il fine retributivo, infatti, esigendo sostanzialmente «il rispetto di due principi: il carattere afflittivo della pena e la proporzionalità tra la sofferenza inflitta al reo e la gravità del male da lui commesso», sembra piuttosto indifferente ai mezzi sanzionatori (detenzione, sanzione pecuniaria, etc.) impiegati<sup>41</sup>.

È invece un fatto oggettivo, una volta intesa la pena come privazione di un bene giuridico, che alla dimensione quantitativa si accompagni quella qualitativa.

Anzi, soprattutto allorché la pena agisca come privazione della libertà personale, stante la molteplicità di forme attraverso le quali questa si può esplicare, è proprio la dimensione qualitativa ad assumere un particolare significato.

Poiché ciò che può essere definita libertà della persona è, in realtà, un complesso di diritti e di facoltà non solo estremamente ampio ma impossibile da comprimere integralmente e simultaneamente, ecco che l'aspetto qualitativo della pena si impone in maniera netta.

Dalla parte prima della Costituzione, ad esempio, si possono enucleare una serie di diritti di libertà ma essi non esauriscono certamente tutti quelli di cui la persona libera può godere (si pensi al diritto al

<sup>34</sup> Vi sono, per vero, critiche alla giustificabilità della pena pecuniaria e di quella detentiva. Secondo Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 415, la pena pecuniaria è sotto più profili una pena aberrante perché impersonale (potendo essere corrisposta da un terzo), disuguale e discriminatoria (colpendo in maniera afflittiva a seconda del patrimonio) e sproporzionata a qualunque reato (essendo al di sotto del limite minimo che giustifica l'irrogazione della pena). Cionondimeno, non si può non notare come, in effetti, la pena pecuniaria caratterizzi in maniera massiccia il sistema penale vigente. Non solo sulla pena pecuniaria è prevalentemente basato il meccanismo sanzionatorio previsto per la responsabilità per gli enti, dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ma esso caratterizza il sistema punitivo del giudice di pace. Secondo il citato A. (p. 410), anche la pena detentiva non sembra più idonea a soddisfare le ragioni che giustificano la sanzione penale e propone, oltre un generale abbassamento della durata di tutte le pene detentive (in una misura non superiore a 10 anni), anche una riforma dell'intero sistema sanzionatorio che dovrebbe essere impostato sull'attuale modello delle pene alternative.

<sup>35</sup> Assertore dell'idea retributiva della pena, Bettiol, *Diritto penale*, IX ed., Padova, 1976, 691 ss.

<sup>36</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 386 ss.

<sup>37</sup> Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., 75.

<sup>38</sup> Sull'argomento, ancora Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., 76 ss.

<sup>39</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 389.

<sup>40</sup> Rileva Contento, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, 167 ss., come sia innegabile che tutte le sanzioni abbiano una componente retributiva.

<sup>41</sup> Cavalla, *La pena come problema*, cit., 27.

divertimento o alla procreazione). Anzi, il progresso tecnologico, le modificazioni sociali, l'integrazione culturale ed il raggiungimento di livelli di benessere da parte di un sempre maggior numero di fasce della popolazione, tanto per indicare i fenomeni più evidenti, hanno certamente contribuito ad amplificare il concetto di libertà ed i bisogni connessi all'esplicazione della personalità dell'uomo. La previsione di un diritto a disporre di un determinato tempo libero, ad esempio, costituisce non solo una conquista della società post rivoluzione industriale, ma risponde certamente alle mutate scale di valori dei bisogni dell'uomo della società contemporanea.

L'art 13 comma 2 Cost., significativamente, accosta, alle forme più classiche di limitazione della libertà personale, quelle cioè della detenzione, della ispezione e della perquisizione personale, le altre "restrizioni della libertà personale", quale segno tangibile del fatto che ciò che può costituire privazione della libertà personale è, in effetti, sotto il profilo qualitativo, un qualcosa di indefinibile e variabile a seconda delle condizioni socio-economiche dell'individuo e del periodo storico nel quale esso vive.

Tuttavia, qualunque sia la concezione di libertà alla quale ci si intende riferire, è indubbio come i molteplici aspetti attraverso i quali si esplica la personalità dell'individuo costituiscono altrettanti 'valori' suscettibili di "assurgere" a bene giuridico del quale la persona può essere privata.

Proprio tale diversificazione è alla base delle differenti tipologie di 'pene detentive' concepite dal nostro ordinamento.

Accanto alla pena che si sconta negli "stabilimenti a ciò destinati" in forza degli artt. 22, 23 e 25 c.p., rispettivamente in tema di ergastolo, reclusione ed arresto, sono state previste numerose altre forme di pena che si traducono in altrettante forme di limitazione della libertà personale.

Il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, ad esempio, con riferimento al trattamento sanzionatorio previsto per i reati di competenza del giudice di pace, accanto alle tradizionali pene pecuniarie, ha tipizzato due diverse forme di pene: quella dell'obbligo di permanenza domiciliare (che consiste nell'obbligo di rimanere nella propria abitazione o un altro luogo di privata dimora ovvero in luogo di cura, assistenza e accoglienza nei giorni di sabato e domenica), e quella del lavoro di pubblica utilità (applicabile a richiesta dell'imputato e consistente in attività lavorativa non retribuita in favore della collettività per non più di sei settimane, e per un tempo non inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi). Si tratta in entrambi i casi di figure sanzionatorie che incidono

sulla libertà non solo in termini di privazione della facoltà di movimento, ma, piuttosto, come sottrazione di quel tempo – generalmente dedicato al divertimento o alla coltivazione di interessi personali – nel quale l'individuo può soddisfare i propri bisogni in maniera incondizionata.

Gli artt. 19 e 28-37 c.p., e varie disposizioni speciali, poi, disciplinano le pene accessorie che consistono in privazioni della capacità d'agire, ed anche in questo caso esse operano come privazione di uno spazio di libertà in quanto al condannato viene sottratta la facoltà di intrattenere determinati rapporti giuridici<sup>42</sup>.

Ancora, allorché il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, ritiene di dover determinare la pena detentiva entro il limite di due anni, può sostituirla con la semidetenzione (che, ai sensi dell'art. 55, comma 1, l. 24 novembre 1989, n. 689, comporta l'obbligo di trascorrere dieci ore al giorno negli appositi istituti o apposite sezioni di istituti ordinari), ovvero, nel caso in cui ritenga di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla con la libertà controllata (che consiste nel divieto di allontanamento dal comune di residenza; nell'obbligo di presentarsi una volta al giorno presso il locale ufficio di pubblica sicurezza; nel divieto di detenzione di armi, munizioni ed esplosivi; nella sospensione della patente di guida e nel ritiro del passaporto).

Sebbene appartenente al sistema penitenziario e sebbene agisca come pena alternativa a quelle classiche, non è superfluo rammentare che l'art. 47 ter, l. 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 13, l. 10 ottobre 1986, n. 663, ha previsto una forma di esecuzione della pena detentiva alternativa al carcere nelle forme della detenzione domiciliare le cui modalità di esecuzione sono ritagliate sul modello dell'art. 284 c.p.p., e che, in base all'art. 1, l. 26 novembre 2010, n. 199, può essere applicata in luogo della pena detentiva non superiore a dodici mesi.

In tale prospettiva, sempre quale misura alternativa alla detenzione, vanno certamente richiamati l'art. 47, l. n. 354 del 1975, che disciplina l'affidamento in prova al servizio sociale, con il quale al condannato sono applicate le prescrizioni che dovrà seguire in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali e al lavoro, e l'art. 48, l. 354 del 1975, che disciplina il regime

<sup>42</sup> Secondo Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 1988, 210-211, nell'attuale sistema, la previsione delle pene accessorie, come additive delle pene principali, obbedisce ad una finalità di c.d. "prevenzione generale", ossia di intimidazione al fine della non commissione di altri reati.

di semidetenzione, consistente nella concessione al condannato ed all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive e comunque utili al reinserimento sociale.

Insomma, è agevole osservare come l'ordinamento, nel prevedere la privazione della libertà conseguente alla inflizione della pena detentiva come strumento di compensazione per il danno arrecato alla collettività in conseguenza della violazione della norma, preveda privazioni della libertà non solo quantitativamente modulate, ma da eseguirsi anche secondo 'modalità' differenti.

Occorre qui soffermarsi, peraltro, sulla tecnica normativa utilizzata per determinare il differente grado di privazione della libertà personale.

Vi è una differenza fondamentale, infatti, tra la previsione, in via generale ed astratta, di tipologie di sanzioni diversamente incidenti sulla libertà personale e le modificazioni del livello di privazione adottate nel corso della esecuzione della pena attraverso l'applicazione di misure alternative.

Mentre, infatti, la concessione della misura alternativa ovvero di permessi al detenuto – successivamente alla inflizione della sanzione – risponde alla esigenza di attuare la finalità rieducativa della pena attraverso l'adeguamento del trattamento in considerazione del buon comportamento tenuto dal condannato<sup>43</sup>, non può sfuggire come la predeterminazione legale in via generale ed astratta del tipo di pena risponda ad una concezione prettamente retributiva. Il legislatore, infatti, in tal modo, determina non solo un "tempo", ma anche una "quantità di libertà" che occorre sottrarre all'individuo quale prezzo da corrispondere per aver violato talune regole ritenute essenziali per la convivenza. Alla gravità del fatto, infatti, corrisponde una scala di valori all'interno della quale sono stati selezionati i beni – tra i quali gli interessi affettivi – che possono formare oggetto di privazione.

Ciò posto, si giunge al nodo cruciale della questione. Occorre domandarsi – ferme le irrinunciabili esigenze cui risponde la moderna concezione della pena – se la sofferenza connessa alla privazione di determinati beni che fanno parte della libertà personale debba essere contenuta, oltre che entro determinati limiti quantitativi, anche in ambiti qualitativi. È in tale direzione che occorre chiedersi se, e fino a che punto, la tradizione illuministica dalla quale originano i principi del primato dell'uomo e del rispetto della sua dignità umana, imponga di consi-

derare il condannato come persona portatrice di una serie di diritti e valori inviolabili il cui rispetto e la cui attuazione possa essere pretesa dal detenuto per impedire che la sofferenza cui deve essere sottoposto per espiare il debito verso la società per il torto commesso, si spinga oltre il limite in cui la privazione del godimento di preziosi spazi di libertà diventi inutile ed ingiustificabile sofferenza.

#### L'ORIENTAMENTO DELLA CORTE EUROPEA

È utile, a questo punto, volgere l'attenzione alla giurisprudenza della Corte europea la quale, nel corso degli anni, ha non solo elaborato una serie di principi che devono governare il trattamento del detenuto, ma ha tracciato precise linee entro le quali la risposta retributiva della pena deve mantenersi.

È anzitutto fondamentale notare come un dato si imponga subito all'attenzione e cioè che la condizione di detenuto non può implicare la totale *capitis deminutio* e, dunque, l'eliminazione di una qualunque sfera di libertà. Anzi, le persone ristrette continuano a godere di tutti i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione, che non siano incompatibili con lo stato di limitazione della libertà in cui versano<sup>44</sup>. In particolare, sempre secondo la Corte, deve ritenersi indubitabile come un detenuto non perda i diritti tutelati dalla Convenzione per il solo fatto del suo *status* di condannato<sup>45</sup>.

Ad uno sguardo d'insieme della giurisprudenza della Corte e.d.u. si ricava, ad esempio, come i detenuti, oltre a non poter essere maltrattati, sottoposti a punizioni inumane o degradanti o a condizioni in contrasto con l'art. 3 della Convenzione<sup>46</sup>, devono poter continuare a godere del diritto al rispetto della vita familiare<sup>47</sup>, del diritto alla libertà di espressione<sup>48</sup>, del diritto di praticare la propria religione<sup>49</sup>, del diritto di accesso effettivo ad un avvocato o al giudice<sup>50</sup>, del diritto al rispetto della corrispondenza<sup>51</sup> e del diritto di sposarsi<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> Così, recentemente, Corte e.d.u., 13 gennaio 2013, *Torregiani c. Italia*, § 65; in precedenza, Corte e.d.u., 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, § 69.

<sup>45</sup> Corte e.d.u., 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, § 70.

<sup>46</sup> Tra le molte, Corte e.d.u. 15 luglio 2002 *Kalashnikov c. Russia*, § 95; Corte e.d.u. *Van der Ven c. Paesi Bassi*, 4 febbraio 2003, § 48.

<sup>47</sup> Così, Corte e.d.u., 12 novembre 2002, *Ploski c. Polonia*, § 30-31.

<sup>48</sup> Corte e.d.u., 11 dicembre 2003, *Yankov c. Bulgaria*, § 126-145.

<sup>49</sup> Corte e.d.u., 29 aprile 2003, *Poltoratskiy c. Ucraina*, § 167-171.

<sup>50</sup> Corte e.d.u., 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 111-114.

<sup>51</sup> Corte e.d.u., 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito*, § 83-98.

<sup>52</sup> Corte e.d.u., *Hamer c. Regno Unito*, n 7114/75.

<sup>43</sup> Dean, *L'esecuzione penale*, in AA.VV., *Procedura penale*, cit., 886.

A tal riguardo, e per concentrarsi sul diritto all'affettività, occorre aggiungere come la Corte dei diritti dell'uomo abbia non solo affermato essere parte essenziale del diritto del detenuto quello del rispetto della vita familiare, ma abbia ritenuto come le autorità carcerarie debbano aiutare a mantenere utili contatti tra il detenuto ed i suoi stretti familiari<sup>53</sup>.

È utile chiedersi, a questo punto, quale sia il riferimento normativo sul quale poggia il riconoscimento dell'esistenza di tali aspettative in capo alla persona detenuta.

Con riguardo a tale aspetto, è particolarmente significativo evidenziare, infatti, come la Corte europea non si sia mossa sulla base del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità o altri principi di più generale respiro.

In effetti, la Corte ha di volta in volta operato sulla base dei diritti singolarmente riconosciuti dalla Convenzione all'individuo.

Così, nel caso in cui la Corte era stata chiamata a decidere il ricorso di un detenuto che denunciava la lesione del suo diritto ad incontrare la moglie in quanto limitato ad un colloquio al mese per 10-20 minuti e senza la possibilità di parlare con lei nella sua lingua madre, ha ritenuto di esaminare le doglianze alla luce dell'art. 8 della Convenzione che prevede che «ogni individuo ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

Se tale ragionamento, da un lato, risulta particolarmente efficace in quanto consente di rinvenire in disposizioni dotate di maggior specificità la tutela dei diritti del detenuto, dall'altro lato, comporta anche l'applicazione dei limiti che, da quelle singole disposizioni, possono essere ricavati.

Così, a proposito del diritto al rispetto della vita privata e familiare (che, come detto, deve essere assicurato al detenuto), la Corte riconosce chiaramente non solo che i controlli dei contatti del carcerato con il mondo esterno sono oggettivamente necessari, ma che in una società democratica misure restrittive necessarie a proteggersi contro le attività dirette a pregiudicare i diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione non sono con essa di per sé non incompatibili<sup>54</sup>.

In relazione allo specifico tema concernente il diritto del detenuto a poter coltivare i propri interessi affettivi, emerge una linea di tendenza della giurisprudenza della Corte orientata a non riconoscere in capo allo stesso un diritto assoluto ed incondiziona-

to a godere di spazi ove consumare rapporti intimi con il proprio *partner*.

La Corte, al riguardo, pur prendendo positivamente atto dei movimenti di riforma in diversi paesi europei per migliorare le condizioni di detenzione, facilitando le visite coniugali, ha ritenuto che in base al secondo comma dell'articolo 8 della Convenzione, a date condizioni, qualora vi sia un giustificato motivo di prevenzione di disordini e della criminalità, la limitazione delle visite della moglie del detenuto può ritenersi legittima<sup>55</sup>.

Premesso che la vita di relazione del detenuto ed i suoi contatti con l'ambiente esterno debbono essere salvaguardati, tutelati e favoriti dalle autorità pubbliche preposte all'amministrazione del sistema penitenziario, la piena esplicazione di tali sfere di diritti, infatti, non si può porre come assoluta né incondizionata.

La possibilità di coltivare interessi affettivi, in altri termini, non appartiene allo *status* di detenuto in quanto tale, perché forme rigorose di restrizioni possono essere legittimamente applicate nel caso in cui ricorrano esigenze pubblicistiche da tutelare, incluse quelle che derivassero dall'esigenza rieducativa specifica.

Per converso, quella possibilità deve essere assicurata al detenuto onde evitare che la privazione alla quale è sottoposto ecceda la 'quantità' strettamente necessaria per la tutela di quegli interessi, perché, in tal caso, essa si trasformerebbe in un ingiustificato aggravamento di sofferenza.

Fermo restando che il legislatore può graduare, in un'ottica retributiva, il sistema sanzionatorio in maniera da regolare con previsione astratta e generalizzata, in misura diversa, a seconda della gravità e della tipologia del reato, le modalità sanzionatorie al fine di assicurare tempi di libertà compatibili con il diritto all'affettività, in un'ottica di individuazione di massimo livello di privazione concepibile, il sistema deve tendere a un modello che non escluda in via generale l'esplicazione del diritto all'affettività intima. Qualora il sistema si disinteressasse completamente del soddisfacimento di tale come di altre esigenze correlate al godimento di diritti della personalità l'esecuzione finirebbe per aggravare inutilmente le sofferenze del detenuto senza reale contropartita.

<sup>53</sup> Corte e.d.u., 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*, § 187.

<sup>54</sup> Così, a proposito delle restrizioni in materia di libertà elettorali, Corte e.d.u. 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, § 71.

<sup>55</sup> Corte e.d.u., 29 aprile 2003, *Aliev c. Ucraina*, § 188-189. Nella parte motiva della sentenza si rileva che nella specie il richiedente aveva denunciato che gli era stato permesso di vedere i suoi parenti una volta al mese e che per tre anni e mezzo non aveva avuto alcun contatto intimo con la moglie (§112; §115; § 120; § 163).

#### L'AFFERMAZIONE DELLA PERSONALITÀ COMPATIBILE AD UNA PENA NON INUTILMENTE AFFLITTIVA

Alla luce di quanto precede, si possono dunque trarre alcune considerazioni di sintesi in merito alla problematica del diritto del detenuto a coltivare liberamente gli interessi all'affettività attraverso rapporti intimi.

È fatale che la pena detentiva determini privazioni e sofferenze e sebbene nulla osti evidentemente a che il legislatore, in linea con quanto avvenuto in altri Paesi, determini modalità esecutive in maniera tale da assicurare al detenuto la libera esplicazione di tali rapporti, cionondimeno la privazione di tale facoltà è tutt'altro che ingiustificabile. Anzi, poiché è insita nel concetto di pena l'idea di sofferenza, l'astinenza sessuale non può essere considerata di per sé una condizione che determina un trattamento inumano o degradante.

Sebbene, infatti, come visto, pur nello stato di costrizione, il detenuto non perda completamente i suoi diritti, nondimeno essi devono essere riconosciuti nel rispetto della tutela di tutte quelle altre esigenze che possono essere contrapposte; ed è in questa delicata opera di bilanciamento e di individuazione del punto in cui la privazione del diritto di relazione non è più giustificabile, che vanno individuati gli spazi per coltivare gli interessi all'affettività.

In tale dimensione, la tutela degli interessi affettivi rientra, a pieno titolo, oltre che in una moderna concezione del *quantum* e del *modus* retributivi, nell'idea rieducativa e di prevenzione speciale della pena.

Poiché il sistema delle garanzie consente legittimamente limitazioni di tale diritto e poiché, per la sua massima esplicazione, esso esige la prova dell'insussistenza di pericoli per la sicurezza pubblica e la prevenzione dei reati, per richiamare talune delle condizioni previste dall'art. 8 comma 2, della Convenzione europea, è agevole ricavare come il giusto equilibrio proietti il profilo che ne occupa in una chiave di pura premialità. In altri termini, il pieno godimento del diritto all'affettività può essere assicurato solo al detenuto che, in ragione della sua condotta, dei risultati ottenuti nel programma rieducativo, della sua positiva prova di cesura con gli ambienti nei quali aveva maturato la spinta psicologica a realizzare il crimine, appaia meritevole di un maggiore spazio di libertà e di poter fruire di momenti di intimità con persone estranee<sup>56</sup>.

Ciò posto, è certamente condivisibile la conclusione alla quale giunge la Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare l'inammissibilità della proposta questione di legittimità, ha evidenziato come la soluzione del problema richieda scelte niente affatto obbligate, cominciando dal luogo nel quale dovrebbero svolgersi i contatti se, appunto, all'interno degli stabilimenti carcerari o all'esterno<sup>57</sup>. In funzione della soluzione adottata, ulteriori problematiche non meno delicate, sul piano etico e politico, attengono, poi, oltre alla individuazione dei soggetti detenuti che potrebbero fruire di tale diritto (solo coloro i quali sono ristretti per scontare una pena definitiva o anche coloro i quali sono sottoposti a misura cautelare?), all'individuazione dei soggetti esterni che potrebbero intrattenere incontri riservati con i detenuti (solo i coniugi del detenuto o anche persone non legate da alcun rapporto giuridicamente qualificato con il medesimo?)<sup>58</sup>.

Sotto tale profilo, il modello del permesso premio, come concepito dalla legge n. 663 del 1986, sembra costituire lo strumento più efficace per il contenimento delle opposte esigenze in quanto, appunto, demanda ad un organo giurisdizionale, la verifica, caso per caso, della meritevolezza del beneficio e l'insussistenza delle condizioni che impediscono di fruire appieno di quei diritti che, non ricorrendo situazioni di pericolosità, non avrebbero più alcuna ragione di essere compressi.

È piuttosto da osservare come quel modello possa risultare inadeguato alle mutate esigenze ed al differente catalogo di diritti di cui il detenuto può essere portatore. In una concezione moderna di pena, come ricordato anche attraverso il richiamo delle *Regole penitenziarie europee*, occorre assicurare la riduzione al minimo degli effetti negativi della detenzione e assottigliare le differenze tra vita in carcere e quelle in libertà (art. 65, lett. b). I 'bisogni' che potrebbero oggi risultare meritevoli di tutela non sono, infatti, solo quelli racchiusi nello stretto catalogo previsto dall'art. 30 *ter*, ord. penit. Basti pensare al diritto alla maternità per le detenute a pene lunghe che potrebbero coprire l'intero loro

<sup>57</sup> Quello dei luoghi in cui si dovrebbero svolgere gli incontri costituisce il problema forse più impegnativo della questione. Sul punto, le osservazioni di Velotti, *Il problema sessuale*, cit., 278, che evidenziava come la ammissione di persone esterne per la consumazione di rapporti intimi con i detenuti avrebbe fatalmente determinato una sorta di postribolo annesso al carcere, organizzato e diretto dall'amministrazione penitenziaria, magari con annesso reparto profilattico. Favorevole, invece, ad incontri all'interno del carcere per i detenuti a pene lunghe, Fortuna, *Il sesso nel carcere italiano*, cit., 77.

<sup>58</sup> Sul punto, Pennisi, *Diritti del detenuto*, cit., 173-174.

<sup>56</sup> Della Casa, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 805.

periodo di fertilità<sup>59</sup>, ma anche al diritto a coltivare appieno gli interessi culturali o lavorativi in quanto funzionali al mantenimento delle attitudini del detenuto ed all'accrescimento delle sue prospettive di reinserimento nella società. Si pensi, ancora, al necessario rispetto delle esigenze connesse agli equilibri della vita familiare, traumaticamente infranti con l'esecuzione della pena ed alle privazioni affettive che esse determinano, oltre che sulla persona del detenuto, ai suoi congiunti ed ai danni psicologici che, in presenza di prole in tenera età,

---

<sup>59</sup> Sul tema, in relazione ad un caso nel quale risultava medicalmente accertata che la moglie di un detenuto in regime *ex art. 41 bis* ord. penit., era affetta da una patologia giustificativa all'accesso al programma di fecondazione assistita, cfr. Cass., sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791, che ha annullato con rinvio l'ordinanza con la quale il Magistrato di sorveglianza de L'Aquila, aveva respinto il reclamo proposto avverso il rigetto della richiesta di accedere al programma di procreazione assistita.

potrebbero derivare dalla privazione di una figura del genitore.

Si tratta di un catalogo di valori dei quali non si può non tenere conto per evitare di aggravare la sofferenza inflitta con la pena oltre lo stretto necessario e che, sebbene possano essere qui solo esemplificativamente enunciati, possono apparire eccessivamente compressi da una previsione che, accanto alla comprovata insussistenza di pericolosità sociale del detenuto, prescrive una serie di condizioni impeditive (quali, ad esempio, la quantità di pena scontata oltre che le finalità del permesso), che potrebbero risultare non solo inconciliabili con la esigenza di contenere la sofferenza del detenuto in ambiti compatibili con il rispetto della dignità umana, ma determinare un eccessivo sacrificio in chi, in un avanzato percorso di recupero, si veda precluse tali opportunità a causa di vincoli normativi di tipo rigido.

ROSSELLA FONTI\*

*Ricercatore di Procedura penale – Università di Perugia*

## Il regime delle “contestazioni a catena” nel sistema processuale penale

### *The regulation of “contestazioni a catena” in the criminal justice system*

---

Il controverso tema delle cd. “contestazioni a catena” continua ad essere oggetto di un’incessante e tormentata evoluzione giurisprudenziale. Dopo una breve introduzione sulla genesi dell’istituto, l’articolo analizza le complesse problematiche generate dalla vigente formulazione dell’art. 297, comma 3, c.p.p., esaminando le conclusioni elaborate in proposito dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

*The controversial topic of the so-called “contestazioni a catena” continues to be the subject of endless and turbulent developments in case law. After a brief introduction about the genesis of the institute, the article analyzes the complex problems generated by the current wording of the art. 297, paragraph 3, c.p.p., examining the conclusions drawn in this respect by the constitutional case law and legitimacy.*

---

#### PREMESSA

Il fenomeno delle “contestazioni a catena” ricorre, in via di prima approssimazione, quando nei confronti di un imputato, sottoposto a custodia cautelare, vengano successivamente emessi ulteriori provvedimenti custodiali in relazione allo stesso fatto o a fatti diversi. Al fine di impedire che per effetto di tale applicazione “a cascata” di plurime ordinanze cautelari – determinata da una contestazione degli addebiti frazionata e diluita nel tempo – sia indebitamente procrastinata la durata massima della custodia cautelare, il legislatore ha disciplinato nell’art. 297, comma 3, c.p.p. l’istituto della retrodatazione, stabilendo che, nelle ipotesi di contestazioni a catena previste nella norma, i termini del successivo provvedimento custodiale decorrono dal momento di esecuzione o notificazione della prima ordinanza cautelare<sup>1</sup>.

Oggetto di modifiche normative e di plurimi interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni unite, la previsione di cui all’art. 297, comma 3, c.p.p. è certamente una delle norme più discusse e problematiche del codice vigente. Concorrono a rendere particolarmente ardua e complessa la disciplina in questione due ordini di ragioni: da un lato, la scarsa chiarezza della norma, giustamente apostrofata come disposizione «lambiccatissima» dal

---

<sup>1</sup> Secondo l’orientamento prevalente l’istituto della retrodatazione costituisce una deroga al principio dell’autonoma decorrenza dei titoli custodiali di cui all’art. 297, comma 1, c.p.p.: in tal senso v., tra i molti, Dinacci, *Durata delle misure*, Spangher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, vol. 2, t. II, Scalfati (a cura di) *Le misure cautelari*, Torino, 2008, 290; Scella, *Commento all’art. 12, AA.VV., Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, 162. Stando ad un diverso indirizzo la retrodatazione rappresenterebbe una *fictio iuris* che «impone di operare il computo dei termini cautelari ragionando ‘come se’ l’esecuzione della seconda ordinanza sia intervenuta in concomitanza con l’esecuzione della prima»: così Ludovici, *La disciplina delle “contestazioni a catena”*, Padova, 2012, 43.

---

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

## IL REGIME DELLE "CONTESTAZIONI A CATENA" NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

testo «labirintico»<sup>2</sup> ovvero «dalla prosa contorta»<sup>3</sup>; dall'altro lato, la delicatezza della materia affrontata, terreno di difficile temperamento di interessi contrapposti. A quest'ultimo proposito, è opportuno anticipare sin da ora che l'esigenza di raccordare la normativa in esame alle prescrizioni di cui all'art. 13, comma 5, Cost. e all'art. 5 Cedu è alla base dell'evoluzione particolarmente garantista dell'istituto della retrodatazione; evoluzione che, nell'ampliare l'ambito operativo dell'eccezione al principio dell'autonoma decorrenza dei titoli custodiali, ha di fatto conferito, come si avrà modo di analizzare, una nuova fisionomia al divieto delle "contestazioni a catena".

## GENESI ED EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ISTITUTO DELLA RETRODATAZIONE NELLE IPOTESI DI CONTESTAZIONI A CATENA

La prima disciplina normativa volta a scongiurare e a reprimere il fenomeno delle contestazioni a catena è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 2, l. 28 luglio 1984, n. 398 il quale, novellando il testo dell'art. 271 c.p.p. 1930, stabiliva che nelle ipotesi di emissione, nei confronti del medesimo imputato, di più provvedimenti di cattura o di arresto per uno stesso fatto, benché diversamente circostanziato o qualificato, i termini di carcerazione decorressero dal giorno di esecuzione del primo provvedimento e venissero commisurati all'ultima imputazione ovvero, nei casi di concorso formale, al più grave dei reati contestati. La previsione della l. n. 398 del 1984 recepiva le indicazioni e le conclusioni elaborate dalla dottrina<sup>4</sup> e dalla giurisprudenza che si erano sviluppate sulla materia a partire dal momento in cui, per effetto della l. 18 giugno 1955, n. 517, era stato reintrodotta l'istituto – contemplato dal codice di rito del 1913 e ripudiato dal codice del 1930 – della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini. Più in particolare, pur riconoscendo il potere-dovere dell'autorità giudiziaria di emettere plurimi provvedimenti di carcerazione preventiva per aggiornare l'accusa agli sviluppi processuali, la giurisprudenza aveva stabilito che in tali ipotesi il termine della custodia dovesse decorrere dal giorno

di esecuzione della prima misura<sup>5</sup>; ciò al dichiarato fine di impedire che la distribuzione in tempi successivi di più provvedimenti di cattura assumesse i connotati di un «sotterfugio» volto a «trattenere in stato di detenzione l'imputato anche dopo la scadenza del periodo massimo di custodia preventiva stabilito dalla legge»<sup>6</sup>.

La formulazione dell'art. 271 c.p.p. 1930 è stata trasfusa nel testo originario dell'art. 297, comma 3, c.p.p. 1988, con l'unica variante che tra i casi che imponevano la retrodatazione venivano menzionati anche quelli di *aberratio ictus* ed *aberratio delicti* plurioffensivi. Analogamente al suo predecessore, tale articolo non disciplinava l'eventualità in cui le contestazioni a catena riguardassero fatti diversi da quello oggetto del primo provvedimento cautelare: il silenzio normativo era stato colmato dalla giurisprudenza che, in linea con l'orientamento interpretativo sviluppatosi durante la vigenza del codice del 1930, aveva esteso anche a queste ipotesi l'operatività della retrodatazione, qualora i fatti diversi fossero già configurabili al momento dell'adozione della prima ordinanza cautelare e la reiterazione dei provvedimenti fosse riconducibile ad una «colpevole inerzia del requirente nella verifica della sussistenza o della consistenza degli indizi in ordine ai fatti per ultimi contestati»<sup>7</sup>. La retrodatazione non si applicava, invece, nei casi di successive contestazioni riconducibili ad una fisiologica «progressività nelle acquisizioni investigative»<sup>8</sup>: ove solo successivamente all'adozione del primo provvedimento cautelare fossero emersi gravi indizi di colpevolezza e esigenze cautelari per fatti diversi, i titoli custodiali disposti in accoglimento delle "tempestive" ulteriori contestazioni avrebbero dovuto soggiacere al criterio ordinario dell'autonoma decorrenza dei termini. Pur non sottacendo le difficoltà insite nel non facile distinguo, sotto il profilo della relativa «verifica sul terreno della concreta realtà processuale»<sup>9</sup>, tra contestazioni "patologiche" e contestazioni "fisiologiche", la dottrina aveva avallato l'assetto della materia ricostruito dalla giurisprudenza<sup>10</sup>.

In questo contesto si inseriscono le modifiche apportate dalla l. 8 agosto 1995, n. 332 che, nel rivisita-

<sup>2</sup> Cordero, *Procedura penale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1995, 501.

<sup>3</sup> Così Grevi, *Pluralità di ordinanze cautelari per «fatti diversi» e computo dei termini di custodia cautelare nel nuovo art. 297 comma 3, c.p.p.: una disciplina di assai dubbia ragionevolezza*, *Cass. pen.*, 1995, 3102.

<sup>4</sup> Cfr. Conso, *Concorso materiale, concorso formale, concorso apparente e mandato di cattura con particolare riferimento ai termini per la carcerazione*, *Riv. dir. proc. pen.*, 1957, 1031 ss.; Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 216 ss.

<sup>5</sup> Ferrua, *I termini massimi della custodia cautelare al centro della riforma*, Grevi (a cura di) *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985, 275.

<sup>6</sup> *Cass.*, sez. V, 29 agosto 1967, *Cass. pen. mass.*, 1968, 1184.

<sup>7</sup> Cfr. *Cass.*, sez. I, 31 gennaio 1994, n. 617, *Giust. pen.*, 1994, III, 493; *Cass.*, sez. II, 1° dicembre 1993, n. 4750, *CED Cass.*, 196764.

<sup>8</sup> Rivello, "Graziata" dalla Corte costituzionale la nuova anomala disciplina circa il computo dei termini delle misure cautelari in caso di "contestazioni a catena" per fatti diversi, *Giur. cost.*, 1996, 828.

<sup>9</sup> Grevi, *Libertà personale*, cit., 219.

<sup>10</sup> V. Ferrua, *I termini massimi*, cit., 277-288.

re ampiamente la disciplina delle misure cautelari allo scopo di introdurre più incisive garanzie per la tutela della libertà personale, ha, tra le altre cose, innovato l'originaria formulazione dell'art. 297, comma 3, c.p.p. ampliando l'operatività dell'istituto della retrodatazione ben oltre i confini che erano stati tracciati in dottrina e in giurisprudenza. In base al nuovo testo della disposizione, la retrodatazione trova applicazione quando nei confronti del medesimo imputato sono emessi plurimi provvedimenti concernenti lo stesso fatto ovvero fatti diversi «in relazione ai quali sussiste connessione ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b) e c), limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri»; in tutte le richiamate eventualità, i termini di durata della custodia cautelare sono commisurati alla più grave delle imputazioni contestate. Affinché operi la retrodatazione, la norma richiede esclusivamente che i fatti connessi siano stati commessi anteriormente all'emissione della prima ordinanza e che per il fatto oggetto dell'originaria contestazione non sia stato disposto il rinvio a giudizio; ricorrendo quest'ultima situazione, i titoli custodiali decorrono autonomamente, salvo che si accerti che i fatti diversi erano desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio per il fatto con il quale sussiste la connessione qualificata.

#### LE CONTESTAZIONI A CATENA CONCERNENTI LO STESSO FATTO

Disciplinata da tutte le norme che, a partire dal 1984, si sono occupate del divieto di contestazione a catena, la prima situazione che impone automaticamente la retrodatazione ricorre quando più ordinanze applicano allo stesso soggetto, già sottoposto a custodia cautelare, «la medesima misura» in relazione allo «stesso fatto», anche se diversamente circostanziato o qualificato. Premesso che, come si è già avuto modo di osservare, si è sempre ritenuta del tutto legittima e non elusiva del *ne bis in idem* cautelare l'adozione di successivi provvedimenti concernenti lo stesso fatto per aggiornare l'imputazione agli sviluppi del procedimento<sup>11</sup>, ciò che il sistema processuale mira a scongiurare è l'artificioso prolungamento dei termini massimi della custodia cautelare conseguibile per effetto dello «slittamento» in avanti del *dies a quo*<sup>12</sup>; a tal fine è previsto che i termini

della misura disposta con la successiva ordinanza decorrano dal momento in cui è stato eseguito il primo provvedimento cautelare.

Quanto al concetto di «stesso fatto», se è sostanzialmente pacifico che esso si configuri nei casi di coincidenza degli elementi oggettivi del reato e, quindi, di condotta, evento e nesso causale<sup>13</sup>, più problematico risulta stabilire i confini di tale nozione nei casi in cui tra i fatti oggetto delle plurime ordinanze cautelari vi sia un rapporto di «continenza» e nelle ipotesi di reato permanente. Con riferimento alla prima situazione, si ritiene che sussista il presupposto dello stesso fatto anche nel caso «di continenza della seconda contestazione nella prima, cioè quando la condotta contestata successivamente non coincida *in toto* con quella considerata nel primo provvedimento, ma ne costituisca una specificazione»<sup>14</sup>; posto che ai sensi dell'art. 297, comma 3, c.p.p. il fatto è lo stesso anche se esso sia diversamente qualificato o circostanziato, ove la seconda ordinanza si riferisca ad «eventuali ulteriori elementi che meglio individuano il fatto minore, «contenuto» in quello maggiore»<sup>15</sup>, il termine iniziale della custodia cautelare deve decorrere dalla esecuzione del primo provvedimento.

Rispetto al reato permanente (in particolare nel caso di associazione per delinquere di stampo mafioso), l'indirizzo interpretativo prevalente esclude che ricorra lo stesso fatto quando la successiva ordinanza concerne la condotta criminosa protrattasi dopo l'emissione del primo provvedimento<sup>16</sup>: si è rilevato, in proposito, che «pur a fronte di un unico reato permanente, le condotte contestate, costituendo ciascuna un singolo atto di partecipazione alla associazione per delinquere, di per sé sufficiente ad integrare il reato, non potrebbero essere considerate

Commento al nuovo codice di procedura penale, III, Torino, 1990, 197.

<sup>13</sup> V., *ex multis*, Cass., sez. I, 30 marzo 1995, n. 1948, *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 625; Cass., sez. I, 17 gennaio 1994, n. 239, *CED Cass.*, 197200.

<sup>14</sup> Così Cass., sez. VI, 13 luglio 1998, n. 2498, *Cass. pen.*, 2000, 131. In dottrina v. Longo, *Il divieto di "contestazioni a catena": problematiche applicative e nuovi traguardi giurisprudenziali*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1021; Mercone, *L'effetto di retrodatazione delle ordinanze cautelari*, *Cass. pen.*, 1999, 2927; Scella, *Pluralità di ordinanze cautelari per «uno stesso fatto» e divieto di «contestazioni a catena»*, *ivi*, 2000, 131.

<sup>15</sup> Mercone, *L'effetto di retrodatazione*, cit., 2927.

<sup>16</sup> Sulla tematica cfr. Giuliani, *Reato permanente e identità del fatto nella disciplina del divieto di «contestazioni a catena» ex art. 297 comma 3 c.p.p.*, *Cass. pen.*, 2006, 2386; Longo, *Medesimezza del fatto e reati permanenti nel quadro della retrodatazione dei termini massimi di custodia cautelare ex art. 297 comma 3 c.p.p.*, *ivi*, 2007, 197; Ludovici, *La disciplina*, cit., 113 ss., il quale critica l'impostazione elaborata dall'orientamento maggioritario.

<sup>11</sup> V., per tutte, Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, *CED Cass.*, 199389; sul principio della «fluidità della contestazione» v. Ambrosoli, *L'estinzione delle misure*, Amodio (a cura di) *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1996, 61.

<sup>12</sup> Cfr. Ciani, *Sub art. 297 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da)

## IL REGIME DELLE "CONTESTAZIONI A CATENA" NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

alla stregua di uno stesso fatto, ai sensi dell'art. 297, comma 3, c.p.p.»<sup>17</sup>.

Affinché possa operare l'istituto della retrodatazione, è necessario inoltre che le ordinanze successive dispongano la «medesima misura» già adottata con il primo provvedimento cautelare. Per l'individuazione del requisito in questione occorre far riferimento non solo (e non tanto) al *nomen iuris* delle cautele, ma all'incidenza che esse hanno, in termini di compressione e limitazione, sul medesimo bene giuridico<sup>18</sup>. In questa prospettiva, tutte le misure custodiali (di cui agli artt. 284-286 c.p.p.) integrano la «medesima misura» nel senso di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p.<sup>19</sup>, poiché determinano la massima restrizione della libertà personale del soggetto.

Quanto al criterio di commisurazione dei termini di durata della custodia cautelare, mentre nella versione originaria della disposizione si faceva riferimento all'ultima imputazione, diversamente il testo attuale fissa per tutte le ipotesi di contestazioni a catena ivi previste (incluse, quindi, quelle per lo stesso fatto) la commisurazione all'imputazione più grave. In tal modo si determinano ingiustificate conseguenze sfavorevoli per l'indagato<sup>20</sup>, dal momento che, stando alla lettera della norma, anche nel caso di derubricazione del reato originariamente contestato, i termini di durata dovrebbero essere rapportati «alla incriminazione più grave, contestata nella prima ordinanza, ma ormai abbandonata anche dalla pubblica accusa»<sup>21</sup>.

## LE CONTESTAZIONI A CATENA CONCERNENTI FATTI DIVERSI

A seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 332 del 1995, il vigente testo dell'art. 297, comma 3, c.p.p.

estende il meccanismo della retrodatazione anche alle ordinanze applicative di misure custodiali per fatti diversi qualora si tratti di fatti connessi e commessi anteriormente all'adozione del primo provvedimento; la regola non si applica quando i fatti connessi non erano desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto per il fatto in relazione al quale era stata applicata la prima ordinanza.

Le critiche mosse all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina si sono concentrate specialmente sul criterio di rigido automatismo adottato dall'art. 297, comma 3, c.p.p., prima parte: la norma, non richiedendo alcun accertamento in merito alla sussistenza di un colpevole ritardo dell'accusa nella contestazione successiva di fatti connessi, oblitera il requisito sul quale dottrina e giurisprudenza fondavano la distinzione tra contestazioni fisiologiche, da assoggettare alla regola generale dell'autonoma decorrenza dei titoli custodiali, e contestazioni patologiche, da reprimere con l'istituto della retrodatazione, finendo per sottoporre a quest'ultimo regime entrambe le situazioni tra loro differenti<sup>22</sup>.

Ciò nondimeno, la disposizione di nuovo conio è uscita indenne dal vaglio di costituzionalità al quale era stata immediatamente sottoposta. Nel sottolineare come l'obiettivo perseguito dal legislatore del 1995 fosse quello di «comprimere entro spazi sicuri il termine di durata massima delle misure cautelari» al fine di impedire «la diluizione dei termini in ragione dell'episodico concatenarsi di più fattispecie cautelari», la Corte costituzionale ha ritenuto che, alla luce di tale finalità, la disciplina censurata non potesse essere considerata irragionevole, tanto nella parte in cui prevede delle ipotesi di retrodatazione automatica, quanto nella parte in cui introduce una deroga a tale meccanismo nelle sole ipotesi di ordinanze per fatti non desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto per il fatto connesso oggetto del primo provvedimento<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Cass., sez. V, 14 dicembre 2005, n. 3098, *Cass. pen.*, 2006, 2385; in senso analogo Cass., sez. V, 8 marzo 2006, n. 9528, *ivi*, 2007, 196. Nei casi in esame, una volta esclusa la sussistenza dello stesso fatto, la disciplina dell'art. 297, comma 3, c.p.p. non può trovare applicazione, in quanto la retrodatazione per le contestazioni concernenti fatti diversi è subordinata al requisito di anteriorità che non ricorre quando il provvedimento successivo riguarda condotte espressive della permanenza del reato verificatesi dopo l'emissione della prima ordinanza cautelare: v. per tutte, Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 459.

<sup>18</sup> Mercone, *L'effetto di retrodatazione*, cit., 2928.

<sup>19</sup> Nel senso che la retrodatazione si applichi «anche quando una prima ordinanza abbia disposto gli arresti domiciliari e una seconda la custodia cautelare» v., *ex multis*, Cass., sez. fer., 25 agosto 2009, n. 34203, *CED Cass.*, 244906; Cass., sez. VI, 24 aprile 2009, n. 24274, *CED Cass.*, 245125; *contra* Cass., sez. IV, 16 novembre 2005, n. 14420, *Riv. pen.*, 2007, 330.

<sup>20</sup> Bargis, *Commento all'art. 12 l. 8/8/1995 n. 332*, *Leg. pen.*, 1995, 684; Grevi, *Pluralità di ordinanze cautelari*, cit., 3103.

<sup>21</sup> Conti, *Le contestazioni a catena nell'applicazione della custodia cautelare: dalla repressione di un abuso ad un automatismo indifferenziato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1293.

<sup>22</sup> V. Bargis, *Commento all'art. 12*, cit., 686; Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, Id. (a cura di) *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 30.

<sup>23</sup> C. cost., sent. 28 marzo 1996, n. 89, *Cass. pen.*, 1996, 2094 (analogamente C. cost., ord. 15 luglio 2003, n. 244, *Cass. pen.*, 2003, 3348; C. cost., ord. 5 febbraio 1999, n. 20, *Giur. cost.*, 1999, 160; C. cost., ord. 18 ottobre 1996, n. 349, *ivi*, 1996, 3039; C. cost., ord. 25 giugno 1996, n. 221, *ivi*, 1996, 1914). In senso critico verso la sentenza v. Grevi, *Il nuovo art. 297 comma 3° c.p.p. di fronte alla Corte costituzionale: una sentenza deludente ed elusiva del giudizio di ragionevolezza*, *Cass. pen.*, 1996, 2098; Rivello, *"Graziata" dalla Corte costituzionale*, cit., 827; Scella, *La disciplina delle «contestazioni a catena» tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità del legislatore*, *Dir. pen. proc.*, 1996, 838; in senso adesivo, invece, Frigo, *L'interpretazione fornita dalla Consulta rafforza le garanzie introdotte con la riforma*, *Guida dir.*, 1996, 16, 72.

A delineare la nuova fisionomia del fenomeno delle contestazioni a catena per fatti diversi hanno contribuito successivamente, ed in modo determinante, due coeve pronunce delle Sezioni unite<sup>24</sup> e della Corte costituzionale<sup>25</sup>. Alle prime si deve, anzitutto, la definitiva conferma che nelle ipotesi contemplate nella prima parte dell'art. 297, comma 3, c.p.p. la retrodatazione «opera indipendentemente dalla possibilità, al momento dell'emissione della prima ordinanza, di desumere dagli atti l'esistenza dei fatti oggetto delle ordinanze successive, e, a maggior ragione, indipendentemente dalla possibilità di desumere dagli atti l'esistenza degli elementi idonei a giustificare le relative misure». Mediante tale affermazione è stata sconfessata l'impostazione espressa nel 1997 dalle Sezioni unite che, incrinando l'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale, avevano sostenuto che la "desumibilità dagli atti", richiamata nell'ultimo periodo del comma 3, fosse il criterio applicativo dell'intera previsione dell'art. 297, comma 3, c.p.p.<sup>26</sup> Nel ribadire che al ricorrere delle condizioni esplicitate dal legislatore la retrodatazione trova applicazione in modo automatico, le Sezioni unite del 2005 individuano la ragione di un simile automatismo nell'esigenza – già evidenziata dalla Corte costituzionale – di mantenere la durata della custodia cautelare nei limiti stabiliti dalla legge.

Nella medesima pronuncia le Sezioni unite hanno chiarito, inoltre, che l'unificazione del termine di decorrenza si applica anche nei casi di contestazioni per fatti diversi non connessi<sup>27</sup>, qualora si accerti che al momento di emissione del primo provvedimento cautelare erano già desumibili dagli atti gli elementi posti a fondamento delle ordinanze successive: muovendo dal rilievo che la modificazione dell'art. 297, comma 3, c.p.p. ha rappresentato non già una rottura, ma uno sviluppo coerente della disciplina delle contestazioni a catena, si è precisato che per il resto la nuova disposizione ha lasciato immuta-

ta la situazione normativa preesistente, frutto di una giurisprudenza consolidata<sup>28</sup>. Conclusione, quest'ultima, ulteriormente ribadita, a distanza di pochi mesi, dalla Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 297, comma 3, c.p.p. nella parte in cui non si applica anche a fatti diversi non connessi, «quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza»<sup>29</sup>. A giudizio della Consulta, nell'ipotesi appena richiamata l'esclusione della retrodatazione sarebbe del tutto ingiustificata e contrastante con i principi di certezza e di durata minima della custodia cautelare, posto che quest'ultima finirebbe per dipendere «da una imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del "potere cautelare"».

#### SEGUE: LE CONTESTAZIONI A CATENA CONCERNENTI FATTI DIVERSI OGGETTO DI SEPARATI PROCEDIMENTI

Un'ulteriore e controversa questione interpretativa derivante dalla vigente formulazione dell'art. 297, comma 3, c.p.p. è stata quella concernente la possibilità di applicare l'istituto della retrodatazione nelle ipotesi in cui le plurime ordinanze cautelari relative a fatti diversi siano emesse nell'ambito di separati procedimenti. Fino alla novella del 1995, sulla scia di un consolidato orientamento giurisprudenziale sviluppatosi già durante la vigenza del codice di rito del 1930, al quesito veniva data risposta negativa: muovendo dal rilievo che il divieto di contestazione a catena postulasse un'artificiosa condotta del pubblico ministero, si evidenziava come tale artificiosità richiedesse la conoscibilità dei fatti sulla base degli atti a disposizione dell'autorità procedente e, quindi, l'unicità del procedimento nel cui ambito le diverse ordinanze venivano disposte<sup>30</sup>.

Questa conclusione non poteva reggere all'impatto con il nuovo testo dell'art. 297, comma 3, c.p.p.: da un lato, il superamento della «impostazione sog-

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 22 marzo 2005, n. 21957, *Cass. pen.*, 2005, 2885.

<sup>25</sup> C. cost., sent. 3 novembre 2005, n. 408, *Giur. cost.*, 2005, 4462.

<sup>26</sup> Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 9, *Cass. pen.*, 1997, 3000.

<sup>27</sup> Il problema dell'operatività della retrodatazione anche nei casi di contestazioni concernenti fatti diversi non connessi si era posto specialmente a fronte di quell'indirizzo giurisprudenziale che, escludendo la sussistenza di una connessione qualificata tra il reato associativo ed i reati fine, riteneva di conseguenza inapplicabile la disciplina dell'art. 297, comma 3, c.p.p. proprio con riferimento alle «fattispecie criminose maggiormente interessate, nella prassi giudiziaria, al fenomeno della adozione di plurimi provvedimenti cautelari» (così Ricci, *Sulle condizioni di applicabilità del divieto di contestazioni a catena per "fatti diversi"*, *Giur. it.*, 1998, 768).

<sup>28</sup> Tale conclusione era stata in precedenza sostenuta da Ambrosoli, *L'estinzione delle misure*, cit., 64; Conti, *Le contestazioni a catena*, cit., 1298; Margaritelli, *Quali meccanismi per calcolare i termini di durata della custodia cautelare nelle ipotesi di contestazioni a catena?*, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1513.

<sup>29</sup> C. cost., sent. 3 novembre 2005, n. 408, cit. **La Corte ha adottato la declaratoria di incostituzionalità**, in luogo di una sentenza interpretativa di rigetto, per due ragioni: da un lato, perché nei giudizi *a quibus* i rimettenti erano vincolati ad un principio di diritto opposto a quello poi affermato nel 2005 dalle Sezioni unite; dall'altro, perché ha ritenuto che l'orientamento espresso dalle predette Sezioni unite non potesse ancora considerarsi "diritto vivente".

<sup>30</sup> In questi termini Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 9, cit., sintetizza le argomentazioni dell'indirizzo dominante.

## IL REGIME DELLE "CONTESTAZIONI A CATENA" NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

gettivistica», fondata sull'intento elusivo del pubblico ministero, sconfessa il dato di partenza da cui muoveva l'impostazione restrittiva; dall'altro lato, la pluralità dei procedimenti sembra essere addirittura presupposta nel secondo periodo della norma in esame che, al fine di evitare che il divieto di contestazione a catena possa essere aggirato con frazionati rinvii a giudizio (e, quindi, con una moltiplicazione dei procedimenti), prevede l'operatività della retrodatazione rispetto ai fatti connessi desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto per il fatto oggetto dell'ordinanza primigenia<sup>31</sup>. Sostenuta dal primo intervento delle Sezioni unite del 1997<sup>32</sup> e ribadita, seppur nell'ambito di una diversa interpretazione dei presupposti dell'art. 297, comma 3, c.p.p.<sup>33</sup>, dalle Sezioni unite del 2005<sup>34</sup>, l'applicabilità della retrodatazione nei casi di procedimenti distinti – tanto se la pluralità dei procedimenti derivi da una separazione di un procedimento originariamente unico quanto se sia frutto di iniziative autonome<sup>35</sup> – è subordinata alla condizione che i fatti connessi fossero già emersi dagli atti prima del rinvio a giudizio disposto nell'ambito del primo procedimento<sup>36</sup>.

Restava, peraltro, da chiarire se ed in che termini la retrodatazione potesse operare anche nei casi di distinti procedimenti concernenti fatti diversi non connessi: sebbene la questione non fosse stata compiutamente affrontata nei due precedenti sopra richiamati, sulla risoluzione della stessa pesava negativamente l'affermazione, contenuta nella pronuncia del 2005, che quello previsto dalla seconda parte dell'art. 297, comma 3, c.p.p. è «l'unico caso di retrodatazione per fatti oggetto di procedimenti diversi, perché non vi sono altre norme che consentono di imputare la custodia cautelare in un procedimento

diverso da quello nel quale è stata disposta». Il nuovo contrasto giurisprudenziale che ne era derivato è stato composto da un ulteriore intervento delle Sezioni unite<sup>37</sup> le quali, nel propendere per la soluzione affermativa, hanno tuttavia circoscritto l'operatività della retrodatazione alla sussistenza di talune specifiche condizioni. Più in particolare, oltre al requisito già individuato dalla Corte costituzionale del 2005 – *id est* che i presupposti applicativi dell'ordinanza disposta per i fatti diversi fossero desumibili dagli atti al momento dell'emissione della prima ordinanza – viene posta la duplice condizione che i due procedimenti siano in corso davanti alla stessa autorità giudiziaria e la loro separazione possa essere frutto di una scelta del pubblico ministero<sup>38</sup>.

Alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, specialmente nel biennio 2005-2006, emerge «un quadro abbastanza macchinoso»<sup>39</sup> dei presupposti di operatività della retrodatazione in presenza di contestazioni concernenti fatti diversi. Ed invero, affinché l'istituto possa trovare applicazione, è necessario che ricorrano, oltre agli elementi comuni a ciascuna fattispecie di contestazione eterogenea (identità soggettiva, pluralità di ordinanze, identità della misura applicata, eterogeneità dei fatti contestati e anteriorità dei fatti oggetto dell'ordinanza successiva rispetto all'emissione del primo provvedimento)<sup>40</sup>, gli ulteriori e peculiari requisiti che variano a seconda della specifica ipotesi considerata<sup>41</sup>: nel caso di fatti connessi oggetto del medesimo procedimento è richiesto solo l'accertamento del vincolo contenutistico tra le fattispecie (cd. retrodatazione automatica); nel caso di fatti connessi per i quali si procede in procedimenti distinti è necessario accertare (oltre al vincolo contenutistico) anche la desumibilità di tali fatti prima del rinvio

<sup>31</sup> Cass., sez. IV, 19 novembre 1996, n. 2826, *CED Cass.*, 206321; Cass., sez. IV, 29 agosto 1996, n. 2058, *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 61; *contra* Cass., sez. V, 15 luglio 1996, n. 3662, *ibidem*; Cass., sez. I, 3 maggio 1996, n. 2992, *Cass. pen.*, 1996, 3379, secondo cui l'art. 297, comma 3, c.p.p. seconda parte sarebbe relativo solo al caso di procedimento originariamente unitario e non anche ai casi di procedimenti distinti sin dall'origine.

<sup>32</sup> Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 9, cit.

<sup>33</sup> V. *retro* par. 2.

<sup>34</sup> Cass., sez. un., 22 marzo 2005, n. 21957, cit.

<sup>35</sup> In proposito Ludovici, *La disciplina*, cit., 143, rileva che nella prospettiva delineata dalla sentenza del 2005 il presupposto di applicazione della retrodatazione è costituito non dalla unicità effettiva dei procedimenti, né dall'unicità originaria, ma dalla loro unificabilità.

<sup>36</sup> Sulla differenza, che emerge dalla sentenza del 2005, tra la desumibilità di cui all'art. 297, comma 3, c.p.p., seconda parte e la desumibilità richiesta per la retrodatazione dei fatti diversi non connessi v. Leo, *Contestazioni "a catena" e decorrenza dei termini di custodia cautelare*, *Corriere merito*, 2005, 941, il quale sottolinea che la prima è riferita alla notizia di reato, mentre la seconda alla disponibilità del quadro indiziario necessario per l'adozione del relativo provvedimento cautelare.

<sup>37</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, cit.

<sup>38</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, cit. Per una critica a tale sentenza v. Dinacci, *Durata delle misure*, cit., 297-298: l'A. evidenzia come, nell'ancorare l'operatività della retrodatazione alla valutazione del comportamento antidoveroso dell'autorità procedente, le Sezioni unite valorizzino un criterio «il cui superamento era alla base della parabola evolutiva delle contestazioni a catena»; inoltre, ritiene ingiustificato il limite della pendenza dinanzi al medesimo giudice, specialmente a fronte di quegli istituti (artt. 54 *quater*, 66 *bis*, 117 e 371 c.p.p.) che, essendo volti a determinare un coordinamento informativo ed investigativo, «sono in grado di prevenire la mancata conoscenza dell'organo procedente di quegli ulteriori fatti poi posti a fondamento di una nuova misura cautelare».

<sup>39</sup> Aprati, *Gli accertamenti sulla "retrodatazione" dei termini di decorrenza delle misure cautelari e le contestazioni a catena*, Montagna (a cura di) *Gli accertamenti complementari*, Torino, 2011, 648.

<sup>40</sup> V. Ludovici, *La disciplina*, cit., 52 ss.

<sup>41</sup> Cfr. Aprati, *Gli accertamenti sulla "retrodatazione"*, cit., 648; Ludovici, *La disciplina*, cit., 53. In giurisprudenza, per una completa sintesi delle condizioni operative dell'istituto v., da ultimo, Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 45246, *CED Cass.*, 253549.

a giudizio disposto nell'ambito del primo procedimento<sup>42</sup>; nell'ipotesi di fatti diversi non avvinti dal vincolo della connessione e riuniti in un unico procedimento è richiesto che i presupposti applicativi della misura per essi disposta risultassero già al momento dell'applicazione del primo provvedimento cautelare; ed infine, nell'eventualità di fatti diversi non connessi trattati in separati procedimenti, occorre verificare (oltre al requisito precedente) anche che i procedimenti siano in corso dinanzi alla stessa autorità giudiziaria e la separazione sia frutto di una scelta volontaria del pubblico ministero.

In questo scenario, il divieto delle contestazioni a catena, «originariamente forgiato in chiave di sbarramento contro eventuali abusi o negligenze dell'autorità giudiziaria»<sup>43</sup>, finisce attualmente per assumere nuovi e sfocati connotati, dal momento che opera in situazioni eterogenee e rispetto alle quali non è agevole individuare un comune filo conduttore<sup>44</sup>. Non a caso mentre alcuni continuano a ritenere che la retrodatazione sia comunque ancorata alla presenza di un comportamento abusivo del pubblico ministero – comportamento presunto nei casi di retrodatazione automatica e da accertare nelle restanti fattispecie –<sup>45</sup>, altri ritengono che quella disciplinata dall'art. 297, comma 3, c.p.p. sia una regola che, essendo volta a garantire in modo oggettivo la durata dei termini di custodia, prescindendo dalla sussistenza di eventuali profili di colpa o di inerzia del titolare del potere cautelare<sup>46</sup>.

#### LA RETRODATAZIONE NELL'IPOTESI DI CONDANNA DEFINITIVA PER I FATTI OGGETTO DELLA PRIMA ORDINANZA

Il riconoscimento dell'operatività della retrodatazione anche nel caso di procedimenti diversi – sia pure al ricorrere delle condizioni sopra richiamate – ha posto l'ulteriore profilo problematico dei rapporti tra la disciplina delle contestazioni a catena ed il giudicato di condanna intervenuto sul

fatto oggetto della prima ordinanza cautelare<sup>47</sup>. Sul tema si era consolidata nella giurisprudenza, specialmente a seguito di un intervento delle Sezioni unite<sup>48</sup>, la conclusione secondo cui la presenza del giudicato, formatosi anteriormente alla data di adozione del secondo provvedimento cautelare, sarebbe stato un elemento preclusivo implicito all'operatività dell'art. 297, comma 3, c.p.p.: si individuava, pertanto, nella necessaria "contestualità" o "coesistenza" delle misure in atto un ulteriore requisito della retrodatazione. La norma, così come interpretata dal "diritto vivente", non ha retto al vaglio di costituzionalità al quale è stata sottoposta: la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3, c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 13, comma 5, Cost., nella parte in cui non prevede che la regola della retrodatazione si applichi anche quando, per i fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura<sup>49</sup>. Quanto alla lesione dell'art. 3 Cost., la disposizione censurata determinava delle ingiustificate disparità di trattamento, dal momento che precludeva la retrodatazione in situazioni nelle quali il sacrificio della libertà personale è addirittura maggiore rispetto alle ipotesi – alle quali si era ritenuto di circoscrivere la disciplina dell'art. 297, comma 3, c.p.p. – della coesistenza delle misure cautelari: a giudizio della Corte costituzionale, la regola che si applica nei casi in cui le due misure si siano sovrapposte – confluendo in un unico periodo custodiale – deve a maggior ragione valere nell'eventualità in cui, per effetto dell'adozione del secondo provvedimento quando il primo ha esaurito la sua efficacia, si sia in presenza di un "cumulo integrale" dei due periodi di privazione della libertà personale<sup>50</sup>. Per altro verso, la disposizione finiva per ledere l'art. 13, comma 5, Cost., rendendo aggirabile la predeterminazione legale dei termini di durata massima della misura in si-

<sup>42</sup> Nel caso di fatti connessi trattati in procedimenti separati, qualora il secondo provvedimento cautelare venga emesso prima del rinvio a giudizio per il fatto oggetto della prima ordinanza la retrodatazione opera, invece, in modo automatico: così Aprati, *Gli accertamenti sulla "retrodatazione"*, cit., 651.

<sup>43</sup> Così Giuliani, *Le Sezioni unite "normalizzano" l'interpretazione in tema di contestazioni a catena ex art. 297 comma 3 c.p.p. (nel solco obbligato di una discutibile sentenza costituzionale)*, Cass. pen., 2005, 2899.

<sup>44</sup> V. Montagna, *Punti fermi in tema di contestazioni a catena e termini di durata della custodia cautelare*, Giur. cost., 2005, 4481.

<sup>45</sup> Ludovici, *La disciplina*, cit., 27.

<sup>46</sup> Dinacci, *Durata delle misure*, cit., 298.

<sup>47</sup> In dottrina v. Giuliani, *Il giudicato come limite implicito all'operatività della regola ex art. 297, comma 3, c.p.p. (un limite discutibile di una regola irragionevole)*, Cass. pen., 2007, 1670; Ludovici, *L'impatto del giudicato sul computo dei termini cautelari: si restringe ancora il campo applicativo dell'art. 297, comma 3, c.p.p.*, *ivi*, 2010, 493; Id., *L'art. 297 comma 3 c.p.p. torna al vaglio della Consulta: nuova illegittimità costituzionale per un istituto ancora molto perfettibile*, Giur. cost., 2011, 2992.

<sup>48</sup> Cass., sez. un., 23 aprile 2009, n. 20780, Cass. pen., 2010, 487.

<sup>49</sup> C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, Giur. cost., 2011, 2980.

<sup>50</sup> Così C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, cit. Nell'argomentare sui profili di illegittimità costituzionale della norma censurata, la Corte costituzionale ha recepito i rilievi critici formulati da Ludovici, *L'impatto del giudicato*, cit., 498.

## IL REGIME DELLE "CONTESTAZIONI A CATENA" NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE

tuazioni rispetto alle quali, peraltro, possono registrarsi abusi ancora più gravi, «quale quello di attendere, prima dell'emissione della seconda ordinanza relativa a fatti diversi, non soltanto l'esaurimento della prima vicenda cautelare, ma anche l'intera espiatione della pena inflitta per il reato cui questa si riferisce»<sup>51</sup>. La Corte costituzionale ha replicato agevolmente alle argomentazioni addotte dalla giurisprudenza di legittimità a sostegno dell'impostazione restrittiva. In primo luogo, si è escluso che le esigenze sottese alla regola della retrodatazione possano essere soddisfatte dal principio del *ne bis in idem*: la preclusione all'emissione di ulteriori titoli custodiali – quale riflesso in sede cautelare dell'inibizione all'azione penale *ex art.* 649 c.p.p. – non potrebbe operare in rapporto alle ordinanze cautelari relative a fatti diversi, essendo la regola del divieto di un secondo giudizio circoscritta al solo caso di medesimo fatto. In merito all'affermazione secondo cui la regola dell'art. 657 c.p.p., stabilendo la detrazione del presofferto nella determinazione della pena, impedirebbe di "imputare" quello stesso periodo di custodia alla durata massima della misura applicata con una diversa ordinanza, si tratta di un'argomentazione smentita dalle previsioni dell'art. 297, comma 5, c.p.p., ai sensi del quale «ai soli effetti del computo dei termini di durata massima, la custodia cautelare si considera compatibile con lo stato di detenzione per esecuzione di pena»: alla stregua di tale disposizione deriva che quando la custodia cautelare riguarda un reato diverso da quello oggetto della condanna irrevocabile, il passaggio alla fase esecutiva non preclude l'operatività dell'art. 303 c.p.p. e, quindi, la rilevanza del decorso dei termini da esso previsti per il reato ancora da giudicare<sup>52</sup>.

## I RIMEDI ESPERIBILI NEI CONFRONTI DELLE CONTESTAZIONI A CATENA

L'incessante evoluzione giurisprudenziale sul fenomeno delle contestazioni a catena ha investito, da ultimo, il profilo della sede in cui dedurre la questione della retrodatazione. Quest'ultima tematica solo in epoca recente ha dato vita ad un contrasto giurisprudenziale: in passato era pressoché pacifico che l'imputato che assumesse, per effetto della retrodatazione, il diritto alla scarcerazione dovesse avanzare al giudice precedente

un'istanza *ex art.* 306 c.p.p. e, in caso di reiezione della richiesta di revoca, proporre appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p.; si escludeva, invece, che la questione potesse essere dedotta in sede di riesame o di ricorso *per saltum*<sup>53</sup>. Alla base di tale conclusione vi era la considerazione che la sussistenza delle contestazioni a catena, incidendo sulla decorrenza e sul computo dei termini di custodia cautelare – e quindi sul piano dell'efficacia della misura –, non potesse essere accertata e dichiarata nel giudizio di riesame, il cui oggetto è limitato alla verifica dei presupposti che legittimano l'adozione della misura cautelare<sup>54</sup>. Ciò nondimeno, si è sviluppato un contrario indirizzo interpretativo favorevole alla rilevanza della retrodatazione in sede di riesame: inaugurata da una prima decisione del 2010<sup>55</sup>, l'innovativa impostazione è stata successivamente accolta da ulteriori pronunce nelle quali, peraltro, si è circoscritta l'esperibilità del riesame alle sole ipotesi in cui venga prospettato che, al momento dell'emissione dell'ordinanza cautelare, i termini di durata erano già scaduti per effetto dell'applicazione dell'art. 297, comma 3, c.p.p.<sup>56</sup>. Al fine di raccordare la nuova conclusione con la consolidata *actio finium regundorum* tra questioni deducibili in sede di riesame e quelle deducibili con l'istanza di revoca, il recente orientamento giurisprudenziale ricollega l'ammissibilità della deduzione della retrodatazione dinnanzi al giudice del riesame al tema delle esigenze cautelari, affermando che «la impossibilità di ulteriore protrazione dei termini, a causa della retrodatazione di quelli di fase, incide sulla configurabilità delle esigenze cautelari»<sup>57</sup>: secondo questa impostazione poiché la retrodatazione determina una presunzione di insussistenza delle esigenze cautelari, l'ordinanza che dispone la misura a termini già scaduti (per effetto della retrodatazione) è riesaminabile, in quanto viziata dalla carenza di un presupposto applicativo<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> V., *ex multis*, Cass., sez. VI, 23 gennaio 2008, n. 10325, CED Cass., 239016; Cass., sez. II, 27 giugno 2007, n. 35605, CED Cass., 237991; Cass., sez. II, 13 ottobre 2005, n. 41044, CED Cass., 232697.

<sup>54</sup> Simili conclusioni si raccordano con le affermazioni enunciate in ordine ad altre cause di inefficacia delle misure cautelari: v., a proposito dell'estinzione della misura a causa della mancata effettuazione, entro il termine di legge, di un valido interrogatorio di garanzia, Cass., sez. un., 5 luglio 1995, n. 26, Cass. pen., 1995, 2875.

<sup>55</sup> Cass., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 9946, CED Cass., 246237.

<sup>56</sup> Cass., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 1006, CED Cass., 251687; Cass., sez. I, 29 marzo 2011, n. 24784, Cass. pen., 2011, 3775.

<sup>57</sup> Cass., sez. I, 29 marzo 2011, n. 24784, cit.; Cass., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 9946, cit.

<sup>58</sup> Il ragionamento sotteso alla laconica argomentazione della giurisprudenza è così ricostruito da Santalucia, *La deducibilità in sede di riesame della questione sulla retrodatazione dei termini della*

<sup>51</sup> C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, cit.

<sup>52</sup> Così C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, cit.

Una simile ricostruzione non può essere condita nella misura in cui fornisce una visione distorta della *ratio* e delle implicazioni dell'istituto della retrodatazione: quest'ultimo, nel perseguire la funzione di garantire il rispetto dei termini di durata della custodia cautelare, si risolve in uno strumento di «contenimento dei tempi di restrizione della libertà personale»<sup>59</sup> che è destinato ad operare anche e nonostante la presenza delle esigenze cautelari. Ed invero, l'unico collegamento ipotizzabile tra la retrodatazione ed il tema delle esigenze cautelari opera nella «direzione opposta» a quella delineata dalla giurisprudenza, in quanto la retrodatazione «può semmai deprimere esigenze cautelari che meriterebbero attenzione»<sup>60</sup>.

La tematica *de qua* è stata, da ultimo, sottoposta alle Sezioni unite le quali hanno ritenuto che il tribunale del riesame possa pronunciarsi sulla retrodatazione solo al ricorrere di due concomitanti condizioni: per effetto della retrodatazione il termine deve essere interamente scaduto al momento della emissione del secondo provvedimento cautelare; dal provvedimento impugnato devono risultare in modo incontrovertibile e completo gli elementi necessari per la decisione sulla sussistenza dei presupposti operativi dell'art. 297, comma 3, c.p.p.<sup>61</sup>. Sia pur con l'aggiunta di quest'ultimo requisito – volto a coordinare l'intervento del giudice del riesame con le peculiarità della relativa procedura incidentale caratterizzata dalla mancanza di poteri istruttori del giudice e da esigenze di speditezza –, le Sezioni unite confermano per il resto l'assunto, sostenuto dal più recente orientamento giurisprudenziale, in base al quale in sede di riesame la questione della retrodatazione può essere dedotta solo quando, per effetto dell'art. 297, comma 3, c.p.p., si determini un'inefficacia "originaria" della misura e non anche nei casi in cui dall'applicazione della regola derivi una inefficacia sopravvenuta o sopravveniente del titolo cautelare<sup>62</sup>. A quest'ultimo proposito, suscita

qualche perplessità l'esclusione della possibilità di dedurre la retrodatazione in sede di riesame quando l'evento caducatorio sia intervenuto nel tempo intercorrente tra l'emissione dell'ordinanza e la decisione del tribunale<sup>63</sup>: tale conclusione risulta opinabile alla luce dell'affermazione – contenuta nella stessa sentenza con riferimento all'intervento dell'organo del riesame – che «è dovere di ogni giudice investito del problema cautelare di tutelare nella sua massima estensione la libertà personale, protetta come bene primario dalla Costituzione (art. 13) e dalle norme delle convenzioni internazionali che sanciscono il diritto di ogni persona sottoposta ad arresto o detenzione a ricorrere al giudice per ottenere, "entro brevi termini" (art. 5, comma 4, Convenzione Europea dei diritti dell'uomo) o "senza indugio" (art. 9, comma 4, Patto internazionale sui diritti civili e politici), una decisione sulla legalità della misura e sulla liberazione». Detto in altri termini, proprio in ragione della richiamata esigenza di rapidità delle decisioni in materia *de libertate*, si dovrebbe riconoscere la facoltà del soggetto *in vinculis* di rilevare l'avvenuta scadenza dei termini della misura «in un procedimento già attivato e a definizione celere, nel quale un provvedimento di liberazione potrebbe intervenire ben prima che nella procedura conseguente alla richiesta di revoca»<sup>64</sup>. Non è da escludere, pertanto, che tale profilo venga nuovamente sottoposto all'esame della Cassazione<sup>65</sup>.

ti già scaduto all'atto di emissione della seconda ordinanza, un'interessante prospettiva è offerta da Ludovici, *La disciplina*, cit., 209: muovendo dalla premessa che, una volta verificatasi – anche per effetto della retrodatazione – la scadenza del termine, la misura cautelare, salvi i casi espressamente previsti (art. 307 c.p.p.), non può essere più disposta, l'A. sostiene che tale preclusione all'esercizio del potere cautelare determini l'inammissibilità della richiesta cautelare avanzata dopo l'intervenuta scadenza del termine e, di conseguenza, la nullità dell'ordinanza impositiva della misura, adottata in assenza di un valido impulso dell'accusa; il vizio, attenendo ad una condizione di validità del provvedimento, sarebbe deducibile in sede di riesame.

<sup>63</sup> Esprime dubbi su questo assunto della pronuncia anche Romeo, *Le Sezioni unite sulla possibilità di far valere, nel procedimento di riesame, l'asserita necessità di retrodatazione della decorrenza del termine massimo di durata della custodia cautelare*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>64</sup> Così Romeo, *Le Sezioni unite*, cit., il quale ritiene non convincente l'affermazione delle Sezioni unite secondo cui il procedimento di revoca garantirebbe una decisione in tempi più rapidi di quella del tribunale del riesame: l'A. giustamente evidenzia come tale rilievo non tenga in giusta considerazione che il termine di cinque giorni, fissato dall'art. 299, comma 3, c.p.p., essendo meramente ordinatorio (a differenza di quello dell'art. 309, comma 9, c.p.p.), può essere disatteso senza che si produca alcuna sanzione processuale.

<sup>65</sup> Per tale pronostico v. Romeo, *Le Sezioni unite*, cit.

*misura cautelare nel caso di contestazioni a catena*, Cass. pen., 2011, 3781.

<sup>59</sup> Cass., sez. un., 22 marzo 2005, n. 21957, cit.

<sup>60</sup> V. Santalucia, *La deducibilità*, cit., 3782, che si esprime, pertanto, in termini critici rispetto al recente indirizzo giurisprudenziale.

<sup>61</sup> Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 45246, cit. e Cass., sez. un. 19 luglio 2012, n. 45247.

<sup>62</sup> Le Sezioni unite del 2012 non condividono, invece, il collegamento, sostenuto da alcune pronunce dell'indirizzo giurisprudenziale più recente, tra l'ammissibilità della deduzione della retrodatazione in sede di riesame e l'insussistenza delle esigenze cautelari. A proposito del fondamento del potere cognitivo del giudice del riesame nel caso in cui venga rilevato che il termine cautelare, per effetto della retrodatazione, risul-

## INDICI / INDEX

## AUTORI / AUTHORS

<b>Teresa Alesci</b>	
Sezioni Unite .....	29
<b>Ennio Amodio</b>	
Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria / <i>Secrets and Lies. How the Inquisitorial Legacy Undermines the Suspect's Right to Freedom in the Italian System</i> .....	1
<b>Lucio Camaldo</b>	
La tutela "assoluta" della riservatezza del Capo dello Stato: inammissibilità e distruzione immediata delle intercettazioni di conversazioni / <i>The protection of the confidentiality of Presidential communications: inadmissibility and immediate destruction of intercepted conversations</i> .....	57
<b>Marco D'Agnolo</b>	
Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale / <i>New charges and "summary trial": a determined step ahead of the Constitutional Court</i> .....	69
<b>Marcello D'Aiuto</b>	
<i>De jure condendo</i> .....	12
<b>Alessandro Diddi</b>	
Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta / <i>The right of prisoners to maintain intimate relationship with people outside the prison: an old and not (yet) resolved issue</i> .....	99
<b>Paola Felicioni</b>	
Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell'autodeterminazione dell'imputato / <i>Identification of voice and atypical investigations made by the police: the protection of the self-determination of the defendant</i> .....	41
<b>Rossella Fonti</b>	
Il regime delle "contestazioni a catena" nel sistema processuale penale / <i>The regulation of "contestazioni a catena" in the criminal justice system</i> .....	112
<b>Novella Galantini</b>	
Incidente probatorio e limiti ai diritti difensivi / <i>Taking of evidence before the pre-trial judge and limitations of the rights of the defense</i> .....	35
<b>Eva Mariucci</b>	
Le "illusioni applicative" sulla tutela della maternità nella fase cautelare / <i>Precautionary measures and maternity protection: "operative illusions"</i> .....	79
<b>Angela Procaccino</b>	
Corte costituzionale .....	23
<b>Nicola Russo</b>	
Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> .....	7
<b>Giuseppe Saccone</b>	
Anonimato del dichiarante e processo penale: prime riflessioni a seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 / <i>Anonymity of the complainant and criminal process: first thoughts after the approval of the law november 6, 2012, n. 190</i> .....	89

<b>Marcello Stellan</b>	
Corti europee / <i>European Courts</i> .....	15
<b>Daniela Vigoni</b>	
Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i> .....	8
<b>PROVVEDIMENTI / MEASURES</b>	
<i>Corte costituzionale</i>	
sentenza 26 ottobre 2012, n. 237 .....	62
sentenza 15 gennaio 2013, n. 1 .....	50
sentenza 1° febbraio 2013, n. 21 .....	23
sentenza 14 febbraio 2013, n. 23 .....	24
sentenza 14 febbraio 2013, n. 24 .....	25
sentenza 25 marzo 2013, n. 57 .....	26
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 29 marzo 2013, n. 14978 .....	29
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione II, sentenza 2 ottobre 2012, n. 41456 .....	40
Sezione I, sentenza 3 ottobre 2012, n. 47861 .....	77
<i>Giudici di merito</i>	
Trib. Latina, Ufficio g.i.p., ord. 17 ottobre 2012 .....	33
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
22 gennaio 2013, <i>Camilleri c. Malta</i> .....	18
29 gennaio 2013, <i>Cirillo c. Italia</i> .....	19
19 febbraio 2013, <i>Gani c. Spagna</i> .....	15
26 febbraio 2013, <i>Papadakis c. «l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia»</i> .....	15
5 marzo 2013, <i>Manolachi c. Romania</i> .....	17
14 marzo 2013, <i>Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia</i> .....	18
<i>Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	
26 febbraio 2013, <i>Stefano Melloni c. MinisteroFiscall</i> .....	20
<i>Atti sovranazionali</i>	
Legge 7 febbraio 2013, n. 14 «Accordo fra Italia e Repubblica araba d'Egitto sul trasferimento delle persone condannate» .....	8
<i>Norme interne</i>	
Decreto ministeriale 5 dicembre 2012 «Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati» .....	7
<i>De jure condendo</i>	
Disegno di legge S. 3537 «Ratifica ed esecuzione dell'Accordo fra il Governo della Repubblica italiana e il Governo degli Stati Uniti d'America sul rafforzamento della cooperazione nella prevenzione e lotta alle forme gravi di criminalità, fatto a Roma il 28 maggio 2009» .....	12
Disegno di legge C. 5506 «Ratifica ed esecuzione del Trattato tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica popolare cinese in materia di reciproca assistenza giudiziaria penale, fatto a Roma il 7 ottobre 2010 .....	13
<b>MATERIE / TOPICS</b>	
<b>Appello</b>	
• Diritto ad un processo equo, appello contro una sentenza assolutoria, rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ( <i>Corte e.d.u.</i> , 5 marzo 2013, <i>Manolachi c. Romania</i> ) .....	17

**Competenza**

- Spostamento della competenza determinata da connessione teleologica e necessità del requisito dell'identità degli autori di reato mezzo e reato fine (C. cost., sent. 1° febbraio 2013, n. 21) ..... 23

**Cooperazione giudiziaria internazionale**

- L'accordo Italia-Egitto sul trasferimento delle persone condannate (L. 7 febbraio 2013, n. 14) ..... 8
- Ratifica dell'accordo Italia-Stati Uniti sulla cooperazione nella prevenzione e lotta al terrorismo (D.d.l. S. 3537 «Ratifica ed esecuzione dell'Accordo fra il Governo della Repubblica italiana e il Governo degli Stati Uniti d'America sul rafforzamento della cooperazione nella prevenzione e lotta alle forme gravi di criminalità, fatto a Roma il 28 maggio 2009») ..... 12
- Ratifica dell'accordo Italia-Cina sulla reciproca assistenza giudiziaria penale (D.d.l. C. 5506 «Ratifica ed esecuzione del Trattato tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica popolare cinese in materia di reciproca assistenza giudiziaria penale, fatto a Roma il 7 ottobre 2010») ..... 13

**Dibattimento**

- Contestazioni suppletive "fisiologiche" e richiesta di giudizio abbreviato, con nota di Marco D'Agnolo ..... 62
- Diritto ad un processo equo e controesame (Corte e.d.u., 26 febbraio 2013, Papadakis c. «l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia»; Corte e.d.u., 19 febbraio 2013, Gani c. Spagna) ..... 15

**Imputato**

- Incapacità assoluta di partecipare al processo e sospensione dei termini di prescrizione (C. cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 23) ..... 24

**Incidente probatorio**

- È inammissibile l'incidente probatorio diretto ad ottenere una perizia di lunga durata se il giudice non conosce il contenuto delle indagini, con nota di Novella Galantini ..... 33

**Indagini preliminari**

- Il riconoscimento vocale è modalità legittima di individuazione di persona da parte della polizia giudiziaria, con nota di Paola Felicioni ..... 40

**Intercettazioni di colloqui**

- Le intercettazioni del Presidente della Repubblica sono vietate dalla legge e devono essere immediatamente distrutte, con nota di Lucio Camaldo ..... 50

**Mandato d'arresto europeo**

- Mandato d'arresto europeo (C. giust. UE, 26 febbraio 2013, Stefano Melloni c. MinisteroFiscall) ..... 20

**Minori**

- Consenso del minore contumace e definizione del processo nell'udienza preliminare (C. cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 24) ..... 25

**Misure cautelari personali**

- Delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo e illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere (C. cost., sent. 25 marzo 2013, n. 57) ..... 26
- Il regime delle "contestazioni a catena" nel sistema processuale penale / *The regulation of "contestazioni a catena" in the criminal justice system*, di Rossella Fonti ..... 112
- Più difficile disporre la custodia in carcere nei confronti delle madri, con nota di Eva Mariucci ..... 77
- Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria / *Secrets and Lies. How the Inquisitorial Legacy Undermines the Suspect's Right to Freedom in the Italian System*, di Ennio Amodio ..... 1

**Notizie di reato**

- Anonimato del dichiarante e processo penale: prime riflessioni a seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 / *Anonymity of the complainant and criminal process: first thoughts after the approval of the law november 6, 2012, n. 190*, di Giuseppe Saccone ..... 89

**Ordinamento penitenziario**

- Il diritto del detenuto a coltivare legami intimi con persone esterne al carcere: una questione antica e non (ancora) risolta / *The right of prisoners to maintain intimate relationship with people outside the prison: an old and not (yet) resolved issue*, di Alessandro Diddi ..... 99
- La Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati (*D.m. 5 dicembre 2012*) ..... 7
- Umanità delle pene, divieto di tortura (*Corte e.d.u., 29 gennaio 2013, Cirillo c. Italia*)..... 19

**Processo penale**

- *Nulla poena sine iudicio* (*Corte e.d.u., 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta; Corte e.d.u., 14 marzo 2013, Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*) ..... 18

**Sentenza**

- Nullità della sentenza priva di sottoscrizione (*Cass., sez. un., 29 marzo 2013, n. 14978*) ..... 29

**Testimonianza**

- Anonimato del dichiarante e processo penale: prime riflessioni a seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 / *Anonymity of the complainant and criminal process: first thoughts after the approval of the law november 6, 2012, n. 190*, di Giuseppe Saccone ..... 89