

EDITORIALE / EDITORIAL

TOMMASO RAFARACI

Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE / <i>Fundamental Rights, Fair Trial and Primacy of EU Law</i>	1
---	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (ADA FAMIGLIETTI)	9
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (LUCIO CAMALDO)	14
<i>De jure condendo</i> (NICOLA TRIGGIANI)	18
Corti europee / <i>European courts</i> (FRANCESCO TRAPELLA)	21
Corte costituzionale (LAURA CAPRARO)	25
Sezioni Unite (ANTONIO CORBO)	30

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Richiesta di patteggiamento riformulata ed immanenza della parte civile	37
Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza 7 novembre 2013, n. 44906	37
Le conclusioni della parte civile: dove, come, quando / <i>The Conclusions of the Civil Party</i> (MARILENA COLAMUSSI)	38
Indagini genetiche e violazione del diritto di difesa	44
Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza 9 ottobre 2013, n. 45959	44
Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità? / <i>A case of non-contradictory in terms of technical asses-</i> <i>ments unique to the analysis of DNA: invalidity or inoperability?</i> (ANTONINO PULVIRENTI)	45
«Operazioni di polizia» e perquisizioni sul posto	53
Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 19 novembre 2013, n. 46233	53
La perquisizione sul posto: ambito di operatività e profili problematici / <i>Perquisition in Place:</i> <i>Application Requirements and Problematic Aspects</i> (IRENE GUERINI)	56
Estradizione passiva e tutela dei diritti fondamentali	66
Corte di Cassazione, Sezione VI, 15 ottobre 2013, n. 1490	66
Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia? / <i>Extradition Denial in Case Of Prisoner's Fundamental Rights Violation: What Risks</i> <i>Italy?</i> (FABIO FIORENTIN)	68

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS

GIULIO UBERTIS

Singularità di oggetto del processo penale e prescrizione à la carte / <i>Singularity of Subject in the Criminal Proceedings and Statute of Limitation à la carte</i>	77
--	----

MANFREDI BONTEMPELLI

Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice / Procedural Guarantees and EU System, between Law and Judge80

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

MARIANGELA MONTAGNA

La perizia come prova neutra / The Expertise as "Neutral" Evidence95

MAURO TROGU

Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype / Interception of electronic communications by Skype102

INDICI / INDEX

Autori / Authors	???
Provvedimenti / Measures	???
Materie / Topics	???

TOMMASO RAFARACI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Catania

Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE

Fundamental Rights, Fair Trial and Primacy of EU Law

In seguito all'adozione delle Direttive sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e il diritto di accesso a un difensore, il pacchetto legislativo presentato dalla Commissione il 27 novembre 2013 (che include tre proposte di Direttiva su: rafforzamento della presunzione d'innocenza e diritto di presenziare al processo; introduzione di garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali; accesso provvisorio al patrocinio a spese dello Stato sin dalle prime fasi del procedimento per indagati, imputati e, in particolare, persone destinatarie di un mandato d'arresto europeo) ha segnato un passo ulteriore verso l'obiettivo di creare un quadro comune di diritti della difesa, che si richiede siano rispettati in tutti gli Stati membri. L'articolo analizza criticamente lo scopo e i possibili effetti di questo percorso di armonizzazione, anche alla luce delle sentenze della Corte di giustizia europea nei casi Melloni e Fransson.

Following the adoption of the Directives on the right to information in criminal proceedings and the right to access to a lawyer, the legislative package presented by the Commission on the 27th of November 2013 (including three proposals of directives on: strengthening certain aspects of the presumption of innocence and the right to be present at trial in criminal proceedings; introducing special safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings; provisional legal aid for suspects or those accused deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings) has marked a new step in the recent efforts to create a common EU framework of defence rights, which need to be respected by all the Member States. The article critically analyses the aims and the possible effects of these efforts towards harmonization, also in the light of the ECJ rulings in the cases Melloni and Fransson.

OLTRE LA ROADMAP

La decisa virata del legislatore europeo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in direzione del rafforzamento delle garanzie individuali non sembra affatto aver esaurito i suoi effetti. A proseguire l'azione avviata con le iniziative sfociate, tra il 2010 e il 2013, nelle direttive 2010/64, 2012/13 e 2013/48 (in corso di implementazione negli Stati membri)¹,

è intervenuto da ultimo, lo scorso novembre (in un

tobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (attuata in Italia con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, in G.U. n. 64 del 18 marzo 2014); Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ot-

vasto cantiere comunque già variamente aperto) un nuovo “pacchetto” di iniziative, composto da tre proposte di direttiva e due raccomandazioni. Le proposte di direttive riguardano, rispettivamente, il rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d’innocenza e del diritto a presenziare nei procedimenti penali (COM(2013)821/2), i diritti procedurali dei minori indagati o imputati nell’ambito dei procedimenti penali (COM(2013)822/2), e l’accesso provvisorio al gratuito patrocinio per gli indagati o imputati sottoposti a misure privative della libertà e il gratuito patrocinio nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo (COM(2013)824). Le due proposte di raccomandazione toccano il tema delle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate nei procedimenti penali (C(2013)8178/2) e ancora del diritto di indagati o imputati all’accesso gratuito patrocinio (C(2013)8179/2).

Al di là dell’enfasi e degli eccessi retorico-mediatici che, dopo le indicazioni del Programma di Stoccolma e l’adozione della *Roadmap* per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali del 30 novembre 2009, hanno accompagnato le iniziative della Commissione europea non meno che i loro positivi approdi, è indubbio che si sia di fronte a un indirizzo di politica legislativa europea ormai in piena fioritura.

Non è necessario fare l’inventario delle molteplici iniziative né, d’altro canto, rimarcare l’importanza, anche simbolica, della proposta di direttiva sul rafforzamento di un principio, come la presunzione d’innocenza, che rappresenta vero e proprio architrave delle garanzie processuali, per prendere realisticamente atto di ambizioni regolative che non peccano certo per timidezza. Naturalmente, la strada è tutt’altro che spianata, ma il *trend* è decisamente nel senso di insistere a percorrerla. È tuttavia un fenomeno che si va imponendo sulla scorta di premesse istituzionali e basi normative collocate per definizione al livello dell’Unione europea e che, proprio per questo, declina a tale stregua i modi in cui si manifesta e le finalità che persegue. Decisivo, come spesso accade, è quindi analizzare il “punto di vista” dell’azione, e il metodo, anche quando tutto si presenta apparentemente già chiaro a prescindere.

LA STAGIONE DELLE NORME MINIME

Le garanzie della persona nei procedimenti penali costituiscono di certo materia inclusa nella sfera di diritti fondamentali e in tale sfera, del resto, la Corte di giustizia ha da tempo costantemente riconosciu-

to all’Unione europea un ruolo attivo, essendo noto come, anzi, in passato, proprio per via pretoria i diritti fondamentali siano stati assunti, nel silenzio dei Trattati, quali principi generali del diritto comunitario. L’espressa previsione, oggi, nel diritto primario dell’Unione europea – attraverso gli artt. 47, 48 e 50 CDFUE e l’art. 6 CEDU (v. art. 6 TUE) – anche di diritti fondamentali inerenti alle procedure penali, fornisce la prima base per iniziative volte ad applicarli e rafforzarli.

In questa prospettiva già nel Programma di Stoccolma il Consiglio europeo aveva invitato la Commissione ad avviare un percorso orientato, secondo un approccio graduale, alla introduzione di norme minime in materia di garanzie procedurali nei procedimenti penali. Veniva così suggerito un *iter* – poi meglio segnato nella *Roadmap* e via via seguito a partire dal 2010 e tuttora – dai chiari connotati, per così dire, “generalisti”: sebbene il lamentato e riconosciuto squilibrio in senso repressivo delle politiche fino a un certo punto seguite nello SLSG investisse direttamente gli strumenti della cooperazione giudiziaria penale (essenzialmente il MAE), lo *shift of focus* – lo spostamento dell’attenzione verso il bisogno di un riequilibrio in senso garantista – è stato promosso mettendo in campo l’esigenza di intervenire direttamente, *ab imis*, sugli assetti degli ordinamenti processuali degli Stati membri in materia di garanzie individuali, sia pure gradualmente e per il tramite di uno strumento – le norme minime – che già nel nome vorrebbe indicare il programmatico rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Questa impostazione non era però affatto scontata, presentandosi anzi in certa misura discutibile. Tutti gli Stati membri dell’UE sono anche parti del sistema CEDU. Perché, allora, scegliere la via dell’adozione di atti normativi dell’Unione che ridescrivono impegni già presi autonomamente dai singoli Stati? Non sarebbe stato più breve, più coerente rispetto alle competenze UE e, sperabilmente, più efficace, rinforzare le garanzie da osservare nell’ambito delle procedure di cooperazione giudiziaria ed eventualmente nei c.d. *cross-border cases*? Dovrebbe, in fondo, esser questo e non altro il terreno elettivo dell’azione UE.

Le risposte a queste domande naturalmente non mancano e, almeno alcune, possono anche persuadere. Convince, ad esempio, mettere in luce – come non a caso si fa anche nei testi che accompagnano le più recenti proposte di direttive – i limiti del sistema di controllo previsto dalla CEDU. Le decisioni della Corte di Strasburgo giungono troppo tardi, constatano *ex post* le violazioni, sono inevitabilmente condizionate dalle peculiarità del caso concreto e

non assicurano l'emersione completa di tutti i profili bisognosi di tutela di un certo diritto.

Norme minime che articolino principi e garanzie fondamentali in materia processuale penale, così ponendo la premessa per una loro tutela più costante e tassativa, pur sempre attestata su uno standard (almeno) corrispondente a quello della CEDU, si pongono certamente in linea con l'obiettivo della libera circolazione delle persone nel territorio dell'UE. Sapere di poter contare, in caso di rischio penale da affrontare in un Paese diverso dal proprio, su uno standard di garanzie essenziale costituisce un passaggio importante verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contribuendo quanto meno a ridurre una sicura remora a spostarsi spontaneamente da un Paese a un altro dell'UE. In questa prospettiva le norme minime appaiono stimolare un'azione certamente virtuosa negli ordinamenti nazionali che presentino netti e significativi ritardi in punto di diritti individuali essenziali. Per non dire che, soprattutto in campi in cui le istanze di tutela si presentino nuove o comunque rinverdate da sopravvenuta, più viva sensibilità verso determinati beni, atti normativi dell'UE finalizzati all'introduzione di strumenti minimi di garanzia vengono in realtà a svolgere un più diffuso effetto integrativo dei singoli ordinamenti nazionali che si può già apprezzare in quanto tale. Può dirsi questo, ad esempio, il caso della tutela delle vittime di reati (nell'ambito ma anche fuori dei procedimenti penali). L'azione dell'Unione in materia – da ultimo la direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, sostituendo la decisione quadro 2001/220/GAI, sebbene in linea di principio ispirata a soddisfare l'esigenza che chi assuma la veste di vittima di reato in un paese diverso dal proprio (*cross-border victims*) possa ivi contare su un certo standard di protezione, è, di più, rivolta a integrare le discipline, sul punto variamente carenti, dei singoli ordinamenti, e naturalmente a vantaggio anche delle vittime non *cross-border*.

STANDARD EUROPEI E STANDARD NAZIONALI

L'azione dell'UE volta a introdurre norme minime di garanzia uniforme può, quindi, ben essere posta al servizio del rafforzamento dei diritti individuali. Senonché, a parte i casi in cui tale azione venga a colmare netti ritardi, tocchi terreni vergine o, alla luce di nuove sensibilità, riscopra terreni a lungo rimasti incolti, le norme minime, non garantiscono affatto, rispetto a quanto già previsto in molti Paesi,

un effettivo miglioramento degli standard di tutela. Pur se l'enfasi è posta su quest'ultimo obiettivo, ciò che primariamente importa è promuovere l' "uniformità sufficiente".

Nell'intervento del legislatore europeo la centralità della finalità tutoria finisce spesso per sbiadire al delinearci, in combinazione con essa, di un marcato intento regolativo: in fondo, l'atto del disciplinare al livello sopranazionale, il costruire, anche nel settore delle garanzie individuali, "codici" eurounitari, è finanche più urgente del pur percepito impegno a riempire di contenuti di qualità le norme minime.

Lo svolgimento in appositi testi normativi dei diritti procedurali iscritti nella CDFUE e nella CEDU, operato attingendo alla giurisprudenza della Corte e.d.u. e della Corte di giustizia² indica come sia in realtà in gioco l'aspirazione dell'UE a creare la sede legittima e riconosciuta per elaborare le linee di una sorta di "diritto processuale penale europeo" o, se si vuole, il profilo di un "giusto processo europeo". La conclusione non sembra azzardata. La suggeriscono, infatti, tanto il metodo prescelto (che guarda direttamente e in generale al procedimento penale degli ordinamenti nazionali, piuttosto che alle procedure di cooperazione), quanto lo spettro e la quantità delle iniziative (che toccano ormai svariati istituti di garanzia). Occorre tuttavia attentamente riflettere sui possibili sviluppi di questa tendenza e sugli scenari che potranno in futuro presentarsi quale conseguenza di un sempre più forte radicamento della legittimazione del legislatore UE a regolare la materia degli standard minimi uniformi di garanzie procedurali (nel contempo attestandone la sufficienza a soddisfare il rispetto dei correlati diritti riconosciuti nella CDFUE e nella CEDU). Nel consolidamento di tale tendenza potrà magari, a suo tempo, leggersi il successo ottenuto dal legislatore europeo nel tentativo di avocare a se, senza residui, la definizione del livello di tutela dei diritti procedurali garantito il quale le autorità nazionali non possono esigere standard più elevati nelle materie rientranti nelle competenze dell'UE. Il punto merita approfondimento.

In ambito UE i diritti fondamentali – e tra questi i diritti individuali nei procedimenti penali – sono materia, per così dire "impura". Al di là delle proclamazioni di principio, l'accezione e la pratica dimensione in cui tali diritti vengono in rilievo è plasmata dalle competenze dell'UE e dai metodi in cui sono esercitate. Nel settore dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in particolare, sono diversi i segni della volontà di definire in modo non solo

² È questo il criterio interpretativo della CDFUE stabilito dall'art. 52 par. 3 della stessa.

distinto ma anche tendenzialmente autosufficiente, se non addirittura impermeabile alla rilevanza di parametri più esigenti, il livello di tutela dei diritti fondamentali relativi al processo penale.

È d'obbligo, e persino scontato, in quest'ottica, il riferimento alla sentenza Melloni, comprensibilmente posta, da ormai più di un anno, al centro di accese e serrate discussioni, anche per la risolutezza con cui la Corte di giustizia ha ricondotto al principio del primato del diritto UE l'affermazione della sufficienza degli standard di tutela dei diritti fondamentali fissati ai sensi della CDFUE (e quindi l'inopponibilità di livelli più elevati stabiliti nel diritto interno) almeno tutte le volte in cui invocare tali più elevate tutele pregiudicherebbe l'efficacia del diritto dell'Unione. Nel caso di specie, com'è noto, appunto l'esigenza di non frustrare l'efficacia dei meccanismi di cooperazione giudiziaria fondati sul reciproco riconoscimento ha fatto concludere alla Corte, come detto sulla base del principio del primato del diritto UE, che non è consentito rifiutare di dar corso a un MAE esecutivo neppure adducendo che il diritto costituzionale dello Stato di esecuzione impone una tutela più elevata del diritto al giusto processo (richiedendo in ogni caso la possibilità per l'imputato giudicato *in absentia* di ottenere la rinnovazione del processo) rispetto a quella offerta dalla fonte europea (art. 4-bis Dec. Quadro MAE) e ritenuta conforme agli standard fissati dalla CDFUE³. Nell'occasione, la Corte di giustizia, nell'interpretare per la prima volta l'art. 53 CDFUE⁴, non ha escluso del tutto la possibilità che la garanzia costituzionale più intensa possa essere invocata nel contesto europeo ma ha rigidamente subordinato tale possibilità alla condizione che ciò non pregiudichi l'operatività del diritto dell'UE (cosa che, nella fattispecie accadeva, posto che il rifiuto di eseguire il MAE avrebbe pregiudicato l'efficacia dei meccanismi di cooperazione).

Naturalmente le affermazioni fatte dalla Corte di giustizia nella sentenza Melloni, così come quelle sostanzialmente analoghe contenute nella coeva sentenza Akerberg Fransson, hanno immediatamente riaperto il dibattito sui c.d. controlimiti, sembrando in effetti residuare poco o nessuno spazio

per farli valere, persino come strumento di *extrema ratio* a fronte del primato del diritto UE. Non è questa la sede in cui si possa anche soltanto accennare alle conseguenze delle pronunce appena richiamate su tale specifico versante. Importa tuttavia molto sottolineare, più in generale, come tali pronunce si fondino su premesse che, a ben vedere, si trovano già ampiamente assunte anche da parte del legislatore europeo. È utile, dunque, portarle chiaramente alla luce.

GARANZIE PROCESSUALI ED EFFICACIA DELLE POLITICHE EUROPEE

Può allora dirsi che gli atti normativi che intervengono su materie di competenza dell'UE – ad esempio gli atti che stabiliscono strumenti di cooperazione giudiziaria fondati sul reciproco riconoscimento – obbediscono e si uniformano agli standard di protezione dei diritti procedurali stabiliti nelle fonti UE (CDFUE, CEDU). Metodo del reciproco riconoscimento ed esigenza di garantire l'efficacia dei meccanismi di cooperazione giudiziaria rendono già in via di principio inopponibili garanzie diverse e ritenute più intense alla stregua dell'ordinamento e della tradizione nazionale. Ma le conclusioni della sentenza Melloni, a meno di rimodulazioni, sembrano chiedere discutibilmente ogni questione sulla definitiva autosufficienza dello standard UE: le esigenze della cooperazione giudiziaria impediscono di prendere in considerazione un livello di tutela più elevato da quello messo a disposizione della CDFUE, anche quando ciò sarebbe imposto all'autorità nazionale da una norma della propria Costituzione.

La tendenza alla centralizzazione pressoché totale di standard e controlli promana, a maggior ragione, dalle premesse che accompagnano le iniziative – come quelle degli ultimi anni – volte a stabilire norme minime relative ai procedimenti penali nell'UE. A questo riguardo, le indicazioni dell'art. 82, par. 2, u. c. TFUE sarebbero chiare: le norme minime non impediscono agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone. Senonché questa clausola riceve una interpretazione certamente riduttiva da parte del legislatore europeo. Si consideri ad esempio, fra le altre affermazioni nello stesso senso, il considerando 29 della Proposta di direttiva sulla presunzione d'innocenza, dove si prevede che, limitandosi la direttiva a introdurre norme minime, gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di tutela più elevato; ma poi, nondimeno, si aggiunge che tale livello di tutela più elevato non dovrebbe

³ Cfr. Corte di Giustizia (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni; Corte di Giustizia (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson.

⁴ Tale articolo prevede che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [CEDU], e dalle costituzioni degli Stati membri» (corsivo nostro).

costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che dette norme mirano a facilitare. Quel che basta, come lo stesso testo precisa, è che il livello di tutela raggiunga la soglia della CDFUE o della CEDU, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Vi è sintonia con il principio affermato dalla sentenza Melloni: non è consentito invocare standard più elevati dettati dal diritto interno, almeno tutte le volte in cui ciò ostacolerebbe il mutuo riconoscimento, vale a dire l'efficacia della funzione europea che le norme minime mirano a facilitare.

La valenza uniformante, più che rafforzativa, degli standard di tutela espressi dalle norme minime con programmatico sguardo alla CDFUE e alla CEDU non potrebbe essere più chiara. Si comprende quindi quali profili di delicatezza presenti l'attività volta a stabilire norme minime sui diritti procedurali, da valere in tutti i procedimenti penali degli Stati membri dell'Unione. Lo standard di tutela che ne emerge finisce infatti per vincolare in senso negativo, una volta per tutte, la possibilità di invocare livelli di protezione più elevati. E non è detto che un assetto così rigido giovi al lavoro del legislatore europeo (sottoponendolo all'alea dei "freni di emergenza" – art. 82, par. 3, TFUE – e comunque alla difficoltà di raggiungere le maggioranze richieste). È possibile che la Corte di Giustizia, dopo le riferite, nette prese di posizione radicalmente in favore del primato del diritto UE, smussi gli angoli e "apra" in qualche misura alla dialettica con le corti e le autorità nazionali. Ma al momento si possono solo registrare inconvenienti e l'incombere di conseguenze certamente eccessive.

Forse è più che un inconveniente che gli ordinamenti statuali, i quali offrono un superiore livello di garanzia, si vedano costretti a usare standard eterogenei a seconda che uno stesso diritto venga in considerazione in una procedura esclusivamente interna o invece in una procedura di cooperazione giudiziaria⁵.

Incombono, poi, altri effetti, ancora tutti colti in prospettiva, ma ben delineabili alla stregua dell'approccio più recentemente in uso presso la Corte di Giustizia e il legislatore europeo.

Le norme minime sono destinate a valere, come detto, in tutti gli ordinamenti processuali degli Stati membri. E gli standard da essi previsti si chiudono alla possibilità di integrazione attraverso disposizioni interne (anche costituzionali) che prevedano tutele più intense, ogni qual volta venga in considerazione una materia riconducibile alle competenze dell'UE, anche del tutto estranea al settore della cooperazione giudiziaria. Nel caso *Akerberg Fransson*, ad esempio, la garanzia del *ne bis in idem* interno è stata agganciata allo standard europeo (art. 50 CDFUE) attraverso il richiamo alla materia dei tributi e della protezione degli interessi finanziari dell'UE. Sono sempre più radi i casi e meno le materie in cui il diritto UE non interferisce con quello interno. Attraverso criteri di collegamento più o meno elastici all'area di competenza UE, le norme minime (e meno garantiste) potranno sempre più spesso imporsi, quante volte il diritto europeo risulti più efficacemente attuabile senza l'intralcio di standard interni più elevati.

Che dire poi della situazione che si verrà a creare quando l'impatto di un primario bene europeo – ancora la protezione degli interessi finanziari – si riverserà direttamente nei contesti giudiziari nazionali attraverso l'azione del Procuratore europeo?

Sono certo questioni da affrontare senza pregiudizio ma con piena consapevolezza della portata imponente delle trasformazioni cui il processo di integrazione europea, talvolta anche sottotraccia, sta sottoponendo i sistemi penali nazionali.

⁵ È ciò a cui si è dovuta rassegnare la Corte costituzionale spagnola, rivedendo la sua stessa giurisprudenza. Cfr. Tribunal

Constitucional de España, sent. 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

TERRA DEI FUOCHI

(D.l. 10 dicembre 2013, n. 136 – L. 6 febbraio 2014, n. 6)

Con la l. n. 6/2014 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 8 febbraio 2014, n. 32, entrata in vigore il 9 febbraio 2014), è stato convertito con modificazioni il d.l. n. 136/2013 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 10 dicembre 2013, n. 289) emanato in virtù della crescente attenzione per i pericoli alla salute pubblica causati dall'emergenza ambientale: nel pacchetto, infatti, oltre all'inserimento dei provvedimenti per l'Ilva di Taranto, è stato introdotto il nuovo reato di combustione illecita dei rifiuti e sono stati disciplinati inediti obblighi di informazione del pubblico ministero agli organi di Governo.

In particolare si prevedono tre fattispecie di reato, con l'introduzione dell'art. 256-bis nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente). La prima fattispecie si configura a carico di chiunque appicca il fuoco a rifiuti abbandonati, ovvero depositati in maniera incontrollata, ed è punita con la reclusione da due a cinque anni. La seconda riguarda chi appicca il fuoco a rifiuti pericolosi, con un innalzamento della pena detentiva da tre a sei anni. La terza fattispecie, infine, interessa chi tiene condotte che realizzano meri illeciti amministrativi, in funzione della successiva combustione illecita di rifiuti.

A tal fine, la nuova disciplina incide anche sul versante delle misure di sicurezza patrimoniali adottabili; in particolare, l'art. 256-bis, comma 5, prevede la confisca dei mezzi di trasporto utilizzati per i delitti di combustione illecita di rifiuti, salvo che il mezzo appartenga a persona estranea al reato, la quale provi che l'uso del bene è avvenuto a sua insaputa ed in assenza di un proprio comportamento negligente. Tale confisca, per il rinvio all'art. 259, comma 2, d.lgs. n. 156/2006, deve ritenersi obbligatoria e limitata alle sole ipotesi in cui i rifiuti oggetto di trasporto siano stati «inceneriti in aree o in impianti non autorizzati».

Inoltre, in caso di condanna o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., si prevede la confisca

dell'area sulla quale è commesso il reato di combustione illecita di rifiuti, se di proprietà dell'autore o del concorrente nel reato, fatti salvi gli obblighi di bonifica e di ripristino dello stato dei luoghi. Anche in questa seconda ipotesi la confisca è obbligatoria, secondo l'indicazione testuale della norma, per cui la stessa «consegue» alla sentenza di condanna o di patteggiamento.

Infine, è doveroso precisare che alla combustione illecita di paglia e materiali agricoli derivanti da sfalci e potature vengono invece applicate le sanzioni di minore gravità già previste per l'abbandono di rifiuti.

Sul versante strettamente processuale, degna di interesse, anche se non priva di futuri risvolti problematici, è l'innovazione dell'art. 129 norme att. c.p.p., il cui comma 3-ter estende anche in relazione ai reati ambientali previsti dal d.lgs. n. 256/2006 e dal codice penale, o da leggi speciali, gli obblighi di informazione del pubblico ministero in sede di esercizio dell'azione penale, creando un'inedita figura di organo requirente tenuto ad avvisare il potere esecutivo. In particolare, l'informazione va trasmessa, oltre che al Ministero dell'ambiente, anche alla regione interessata dal reato ambientale, per permettere gli interventi di competenza. Vi è, poi, un obbligo di informazione ulteriore: se il reato comporta un concreto pericolo alla tutela della salute, il p.m. deve informare dell'azione penale il Ministero della salute; ove il pericolo riguardi, invece, la sicurezza agroalimentare, l'informazione va trasmessa al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali. In tal caso, l'uso della particella disgiuntiva "o", ripetuto due volte, sembrerebbe autorizzare il dovere di informare il solo Ministero della Salute, quando sia determinato un pericolo per la salute, e il solo Ministero delle politiche agricole, in caso di compromissione della sicurezza agroalimentare. Le sentenze e i provvedimenti definitivi di ciascun grado di giudizio sono trasmessi per estratto, a cura della cancelleria del giudice che ha emesso i prov-

vedimenti medesimi, alle amministrazioni indicate dalla norma.

È doveroso segnalare, altresì, che la disposizione in commento è stata modificata nel corso dell'esame in Commissione al fine di specificare che, nelle more del processo penale, i procedimenti di competenza dei Ministeri dell'ambiente, della salute o delle politiche agricole e alimentari, o delle Regioni, che abbiano ad oggetto, in tutto o in parte, fatti per i quali procede l'autorità giudiziaria, possono essere avviati o proseguiti ad eccezione delle infrazioni di maggiore gravità, per le quali si può sospendere il procedimento.

* * *

SVUOTACARCERI

(D.l. 26 dicembre 2013, n. 146 – L. 21 febbraio 2014, n. 10)

La l. n. 10/2014 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 21 febbraio 2014, n. 43, entrata in vigore il 22 febbraio 2014) ha convertito con modifiche il d.l. n. 146/2013 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 23 dicembre 2013, n. 300), con il quale nello scorso dicembre era stato varato un ambizioso intervento normativo diretto ad incidere «in materia di modalità di controllo degli arresti domiciliari, di reati concernenti le sostanze stupefacenti, di misure alternative alla detenzione, di misura sostitutiva dell'espulsione del condannato cittadino extracomunitario, di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi», nonché «in materia di liberazione anticipata e di tutela dei diritti delle persone detenute».

Innovazioni significative riguardano anche il procedimento di sorveglianza: qui la legge di conversione ha apportato modifiche al reclamo giurisdizionale, autentica novità nel panorama esecutivo penale, riguardante le persone detenute o internate che abbiano subito la lesione di un diritto fondamentale a seguito di un provvedimento o di una condotta illegittima dell'amministrazione penitenziaria. Si prevede, infatti, che avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. La decisione del tribunale di sorveglianza è inoltre ricorribile per cassazione per violazione di legge, sempre nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della stessa.

Più problematici sono i profili relativi alla liberazione anticipata "speciale", introdotta dall'art. 4 d.l. n. 146/2013, con la previsione di nuovi e più favore-

voli criteri di computo della detrazione di pena concedibile, applicabili per un periodo di tempo circoscritto. La legge in commento, tuttavia, circoscrive l'operatività di tale disciplina di favore, escludendo alcune tipologie di condannati (tra i quali, quelli per associazione mafiosa e violenza sessuale), sull'onda delle dure critiche mosse da alcune forze politiche in sede di dibattito parlamentare, che accusavano il Governo di aver così introdotto un "indulto mascherato".

In particolare, la detrazione di pena pari a settantacinque – e non più a quarantacinque – giorni per ogni singolo semestre di pena scontata non trova applicazione né con riferimento «ai condannati per i reati di cui all'art. 4-bis l. n. 354 del 1975, né ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari a norma dell'art. 656, comma 10, c.p.p.». Dunque vengono introdotti motivi di esclusione di natura soggettiva e oggettiva; nel secondo caso, la limitazione è stata introdotta per meglio armonizzare la novella con il dato normativo esistente, «giacché l'art. 1, comma 8, l. n. 199/2010 rimanda, per quanto non disposto, alla disciplina della detenzione domiciliare, così sancendo una sostanziale equiparazione delle due misure» (C. Pansini, *Scenari*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, 11). Pertanto l'evidente omogeneità della detenzione domiciliare con la misura cautelare fa ritenere che l'esclusione dal maggiore sconto di pena di settantacinque giorni concerna anche i periodi trascorsi agli arresti domiciliari.

Sul versante soggettivo, viene meno la disciplina specificamente prevista dal d.l. n. 146/2013 nei confronti dei condannati per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., per effetto della quale la maggiore detrazione di pena era concessa a condizione che detti soggetti avessero «dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità». L'aspetto più problematico di tale esclusione riguarda le concessioni della liberazione anticipata speciale già accordate ai detenuti in art. 4-bis ord. penit. durante la vigenza del d.l. n. 146/2013, e non ancora definite al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Non essendo tali istanze revocabili, sono ipotizzabili due soluzioni: la prima comporta che i procedimenti pendenti siano definiti con le nuove disposizioni, senza concedere lo "sconto di pena" di settantacinque giorni. Si tratta di un'ipotesi incontestabile in punto di diritto, ma censurabile per la grave disparità di trattamento nei confronti dei condannati in art. 4-bis ord. penit. che hanno presentato l'istanza nella vigenza del d.l. n. 146/2013, vedendosi concesso o negato il

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

maggior sconto di pena a seconda che il giudice abbia definito il relativo procedimento prima dell'entrata in vigore della legge di conversione. La seconda soluzione, invece, consiste nel ritenere che a tutte le "vecchie" domande già presentate nella vigenza del d.l. n. 146/2013 si applichi la versione originaria della disciplina. A tal fine, sono ipotizzabili questioni di incostituzionalità dell'art. 4 d.l. n. 146/2013, come modificato dalla legge di conversione, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui tale disciplina esclude i condannati per i delitti dell'art. 4-bis ord. penit. dalla speciale riduzione di pena.

Altra modifica concerne l'affidamento in prova al servizio sociale, per il quale la l. n. 10/2014 ha stabilito che le deroghe temporanee alle prescrizioni sono autorizzate, «nei casi di urgenza, dal direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione di cui al comma 10».

Resta da segnalare un'ultima innovazione, approvata in sede di conversione, riguardante l'art. 19, comma 5, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, che disciplina, nei confronti degli imputati minorenni, la rilevanza della diminuzione della minore età nella determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere. Allo stato attuale, con la legge n. 10/2014, della diminuzione legata alla minore età non si deve tenere più conto in relazione ai delitti di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (detenzione, uso e spaccio di stupefacenti di lieve entità). L'innovazione normativa è stata effettuata poiché l'art. 19, comma 4, d.p.r. n. 448/1988 stabilisce che «le misure diverse dalla custodia cautelare possono essere applicate solo per delitti per i quali la legge stabilisce (...) la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni». A tal fine, l'introduzione della riduzione del massimo della pena detentiva a cinque anni di reclusione, per le condotte di lieve entità, operata dal d.l. n. 146/2013, avrebbe precluso la possibilità di applicare una qualsiasi misura cautelare al minorenne. Anche in tale ultima ipotesi, però, si profilano seri dubbi di conformità con l'art. 3 Cost. dell'art. 19 citato, per l'irragionevole disparità di trattamento di una categoria di imputati che, proprio per la "tenuità" del fatto commesso, dovrebbe meritare un trattamento più favorevole. Paradossalmente e irragionevolmente, infatti, della diminuzione della minore età andranno a beneficiare quanti si sono resi responsabili del ben più grave delitto di spaccio di sostanze stupefacenti, disciplinato dall'art. 73, commi 1 e 4, d.p.r. n. 309/1990.

* * *

TRATTA DI ESSERI UMANI E PROTEZIONE DELLE VITTIME

(D. lgs. 4 marzo 2014, n. 24 di attuazione della direttiva 2011/36/UE che sostituisce la decisione quadro 2002/629 GAI)

Il d.lgs. n. 24/2014 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 13 marzo 2014, n. 60, entrato in vigore il 28 marzo 2014) ha dato attuazione alla direttiva 2011/36/UE relativa alla prevenzione ed alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime. Tale direttiva, che sostituisce la decisione quadro 2002/629 GAI, ha il dichiarato intento di stabilire criteri minimi uniformi per la definizione sia delle fattispecie incriminatrici sia delle sanzioni in materia di tratta di esseri umani, perseguendo nel contempo il rafforzamento degli strumenti di protezione delle vittime di tali reati.

L'art. 1 contiene in primo luogo una definizione di vulnerabilità, concettualmente distinta dalla «situazione di inferiorità fisica o psichica o da una situazione di necessità». Nella situazione di vulnerabilità rientrano i minori, i minori stranieri non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, con particolare attenzione a quelle in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere. A tal fine, la vulnerabilità viene successivamente definita dall'art. 2, par. 2, come «una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima».

Sul versante sostanziale, si rafforza la tutela penalistica dei reati di riduzione e mantenimento in schiavitù o in servitù e di tratta di persone, disciplinati dagli artt. 600 e 601 c.p. Nello specifico, si stabilisce l'irrelevanza del consenso della vittima allo sfruttamento, qualora sia stato utilizzato uno dei metodi coercitivi previsti al fine dell'acquisizione del controllo sul soggetto passivo; mentre, relativamente ai minori, la condotta è punita come reato di tratta anche in assenza di metodi coercitivi.

Sotto il profilo processuale, invece, sono state estese le modalità di audizione protetta nell'incidente probatorio, originariamente previste per i soli minori di sedici anni, ai soggetti «maggioresenni in condizioni di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede», con l'introduzione del comma 5-ter nell'art. 398 c.p.p.

Si tratta di un consistente intervento di ampliamento delle modalità di audizione protetta, previste

per l'incidente probatorio e già estese ai maggiorenni infermi di mente, vittime o testimoni di reati sessuali e di tratta, dalla Corte costituzionale con la sentenza 29 gennaio 2005, n. 63.

L'ipotesi di nuova creazione, però, rende possibile l'audizione protetta nei confronti dei soggetti maggiorenni, alla presenza di un duplice presupposto: da un lato, soggettivo, dato dalla condizione di «particolare vulnerabilità» dei maggiorenni coinvolti all'assunzione della prova. Dall'altro lato, oggettivo, dato dalla presenza di un procedimento per reati sessuali o di tratta, indicati dall'art. 398, comma 5-bis, c.p.p., come si desume dalla collocazione sistematica della norma. In particolare, l'ambito di applicabilità della nuova disposizione è molto vasto, perché concerne sia le vittime, sia i testimoni *tout-court* in condizione di particolare vulnerabilità. Inoltre l'ampia dizione di «persone interessate all'assunzione di prova», contenuta nell'art. 398, comma 5-ter, suggerisce il ricorso alle modalità protette dell'incidente probatorio anche al di fuori dello stretto alveo della testimonianza, per l'assunzione di ricognizioni o confronti.

Resta fermo, in ossequio al principio dispositivo probatorio, che l'accesso alle modalità di audizione protetta nei confronti dei soggetti maggiorenni particolarmente vulnerabili, sia preceduto da una richiesta di parte, come esplicitamente previsto dalla norma in commento.

* * *

INTERPRETAZIONE E TRADUZIONE DEGLI ATTI NEI PROCEDIMENTI PENALI

(D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 di attuazione della direttiva 2010/64/UE)

Il d.lgs. n. 32/2014 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 18 marzo 2014, n. 64, entrato in vigore il 2 aprile 2014), ha dato attuazione alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sul diritto alla interpretazione e alla traduzione degli atti nei procedimenti penali, in ossequio alla delega di cui alla l. 6 agosto 2013, n. 96 (al riguardo, C. Pansini, *Scenari*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, 9).

La nuova normativa riconosce il diritto alla interpretazione e alla traduzione degli atti in favore dell'imputato che non conosca la lingua italiana, modificando sia gli artt. 104 e 143 c.p.p., sia l'art. 67, comma 2, norme att. c.p.p. Si interviene anche sul testo unico in materia di spese di giustizia, assicurando la sostanziale gratuità del diritto all'assistenza linguistica, fino ad oggi priva di tutela nel nostro ordinamento interno e garantita solo allo straniero

ammesso al patrocinio a spese dello Stato, che non conosca la lingua italiana, per effetto della sentenza di illegittimità costituzionale 6 luglio 2007, n. 254.

Dunque il d.lgs. n. 32/2014 è provvedimento di fondamentale importanza, da tempo atteso, come dimostra la complessa elaborazione giurisprudenziale che si misurava con l'insufficienza della disciplina codicistica in materia di interpretazione e traduzione degli atti.

In primo luogo, è inserito nell'art. 104 c.p.p., relativo ai colloqui del difensore con l'imputato *in vinculis*, un comma 4-bis, che riconosce all'imputato in stato di custodia cautelare, all'arrestato e al fermato, che non conoscono la lingua italiana, il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore. Viene così risolto l'annoso dubbio circa l'ambito di applicazione del diritto all'assistenza linguistica fin dalla fase delle indagini preliminari, come già evidenziato in passato dalla Corte costituzionale con la sentenza interpretativa di rigetto 19 gennaio 1993, n. 10.

In via più generale, è operata una totale riscrittura dell'art. 143 c.p.p. a partire dalla sua rubrica, intitolata non più «Nomina dell'interprete», bensì «Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali», coerentemente con lo spirito della direttiva europea in attuazione, che opera il riconoscimento della tutela linguistica come espressione del diritto di difesa. Si tratta di una norma le cui criticità erano state già evidenziate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, dall'entrata in vigore del c.p.p. ad oggi, ha svolto una vasta opera interpretativa, implementata dall'aumento del fenomeno dell'immigrazione nel nostro paese. Nel testo novellato dell'art. 143, comma 1, c.p.p. è così sancito «il diritto dell'imputato che non conosce la lingua italiana, indipendentemente dall'esito del procedimento», e quindi anche in caso di condanna, «all'assistenza gratuita di un interprete, al fine di poter comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze cui partecipa». Tale diritto spetta anche all'indagato, in virtù sia dell'estensione ad esso dei diritti e delle facoltà spettanti all'imputato (art. 61 c.p.p.), sia del nuovo testo dell'art. 143 che riconosce «il diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento». Inoltre, il diritto all'interpretazione e traduzione degli atti è indefettibile, secondo quanto dispone il comma 4, a norma del quale «l'interprete e il traduttore sono nominati anche quando il giudice, il pubblico ministero o l'ufficiale di polizia giudiziaria ha personale

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

conoscenza della lingua o del dialetto da interpretare».

Altra importante modifica concerne il superamento della distinzione tra atto orale ed atto scritto che in passato delimitava l'ambito di applicazione dell'art. 143 c.p.p. ai soli atti orali, lasciando alla giurisprudenza delle Sezioni Unite il compito di fornire interpretazioni suppletive degli atti scritti meritevoli di traduzione. Allo stato, invece, nei casi di imputato che non comprenda la lingua italiana, «l'autorità procedente dispone la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna». Al di fuori del numero chiuso di tali provvedimenti elencati dall'art. 143, comma 2, c.p.p. - preceduti da diverse decisioni di legittimità che ne avevano segnalato l'obbligatorietà - «la traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico, può essere disposta dal giudice, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza» (comma 3).

Per quanto concerne, invece, l'accertamento della lingua conosciuta dall'imputato, il nuovo art. 143, comma 4, c.p.p. contiene una presunzione relativa di conoscenza della lingua italiana per l'imputato che abbia la relativa cittadinanza, presunta fino a prova contraria; viceversa, in tutti gli altri casi, l'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana è compiuto dall'autorità giudiziaria. Infine, il comma 6 della disposizione novellata pone un rinvio agli artt. 144 ss. c.p.p. per la nomina, specificando che «la prestazione dell'ufficio di interprete e di traduttore è obbligatoria».

Al fine di garantire la qualità dell'assistenza linguistica, tutelata dalla direttiva 2010/64/UE il d.lgs. n. 32/2104, inserisce all'art. 67, comma 2, norme att. c.p.p. gli esperti in interpretariato e traduzione nelle categorie obbligatorie da inserire nell'ambito dell'albo dei periti istituito presso ogni tribunale. Non è previsto, però, alcun obbligo per l'autorità giudiziaria di scegliere il traduttore o l'interprete tra

quelli iscritti all'albo, come disposto invece dall'art. 221 c.p.p. per la nomina del perito.

Infine, per quanto concerne le modifiche al Testo unico in materia di spese di giustizia, la nuova normativa, coerentemente con la gratuità dell'assistenza linguistica, esclude dalle spese ripetibili quelle concernenti l'adempimento dell'incarico di interpreti e traduttori nominati nei casi previsti dall'art. 143 c.p.p. Anche in tal caso, si tratta di un'autentica novità, scaturita dalla piena attuazione dell'art. 4 della direttiva 2010/64/UE, che stabilisce che i costi di assistenza linguistica vanno sostenuti dallo Stato, a prescindere dall'esito del procedimento e dalle condizioni economiche dell'imputato o indagato alloggiato.

* * *

SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI

(D.l. 31 marzo 2014, n. 52)

Il d.l. n. 52/2014 (*Gazz. Uff.*, Sr. Gen., 1° aprile 2014, n.76, entrato in vigore il 1 aprile 2014) posticipa di un ulteriore anno il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari alla data del 31 marzo 2015. Si tratta, in realtà, di un esito già preannunciato, dal momento che i programmi regionali per il superamento degli o.p.g., di cui all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, convertito dalla l. n. 9/2012, ed ulteriormente prorogati dalla l. n. 57/2013, non potevano essere attuati entro il termine del 1 aprile 2014. L'unica nota positiva è data dall'introduzione, nell'art. 3-ter citato, del periodo a norma del quale: «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni altra misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 c.p.p.». Si tratta del pieno recepimento di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza 18 luglio 2003, n. 253, che dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 222 c.p., aveva rimesso al giudice la possibilità di scegliere, fra le diverse misure di sicurezza, quella che in concreto appaia la più adatta a temperare le finalità di cura dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale.

DE JURE CONDENDO

di Nicola Triggiani

DIVIETO DI CONCEDERE BENEFICI AI CONDANNATI
PER SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO

* * *

Mentre l'Assemblea del Senato ha approvato in via definitiva una nuova formulazione dell'art. 416-ter c.p., in materia di "scambio elettorale politico-mafioso", è all'esame della Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 1344 - «*Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale*», d'iniziativa del sen. Palma.

Con tale disegno di legge, che consta di un unico articolo, si intende introdurre l'espresso riferimento all'art. 416-ter c.p. tra i reati richiamati dall'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., allo scopo di vietare la concessione dei benefici penitenziari come l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione - previste dal capo VI dell'ord. penit. - non soltanto ai condannati per associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis c.p. o per gli altri reati già previsti, ma anche ai condannati per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso.

Come si legge nella Relazione illustrativa del d.d.l., la modifica intende porre rimedio ad un'aporìa del sistema, attribuendo il corretto peso alla (gravissima) fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416-ter c.p., anche nella prospettiva dell'esecuzione delle misure privative della libertà personale. Senza dire che, negli ultimi provvedimenti legislativi tesi ad incidere sul sovraffollamento degli istituti carcerari, l'art. 4-bis ord. penit. è stato richiamato per escludere dalle misure determinate categorie di detenuti: di qui anche l'opportunità di disporre l'esclusione dei benefici, una volta per tutte, mediante l'integrazione delle fattispecie incriminatrici *ivi* elencate, senza dover intervenire con espresse previsioni nei disegni di legge che di volta in volta le Camere si trovano ad esaminare per far fronte all'emergenza carceraria.

PROCEDIMENTO PENALE E DIRITTO ALL'OBLIO

Al cospetto della Commissione Giustizia del Senato è inoltre il d.d.l. S. 1039, d'iniziativa del sen. Buemi, recante «*Disposizioni in materia di tutela del diritto all'oblio dei soggetti sottoposti a procedimento penale*».

Il disegno di legge mira a disciplinare una materia particolarmente complessa e delicata, cercando di bilanciare il diritto di cronaca giudiziaria con il diritto alla riservatezza e, in particolare, il c.d. "diritto all'oblio" dei soggetti coinvolti in un procedimento penale, in quanto condannati, prosciolti o destinatari di una sentenza di non luogo a procedere ovvero di un provvedimento di archiviazione.

Com'è noto, l'esistenza di un vero e proprio diritto all'oblio, vale a dire il diritto all'anonimato di soggetti in passato divenuti noti o comunque saliti alla ribalta della cronaca giudiziaria, è stato teorizzato dalla dottrina italiana sin dai primi anni '80 del secolo scorso, non trovando tuttavia immediato riscontro nella giurisprudenza.

Un primo riconoscimento si è avuto nella giurisprudenza di merito soltanto nella metà degli anni '90. La vicenda riguardava la ripubblicazione, da parte di una nota testata giornalistica nazionale, di alcune vecchie prime pagine dello stesso quotidiano per scopi promozionali: una delle prime pagine nuovamente pubblicate riportava, tra le altre, la notizia di un omicidio, con l'indicazione delle generalità e la fotografia del colpevole. Questi, avendo nel frattempo espiato la propria pena ed essendosi completamente reinserito nel contesto sociale, si era pertanto rivolto all'autorità giudiziaria per ottenere il risarcimento dei danni sofferti e il tribunale adito, considerando che erano trascorsi molti anni dal fatto, aveva ritenuto che, nel caso di specie, non sussistesse più alcuna utilità sociale, e quindi alcun inte-

resse per il pubblico, ad una nuova diffusione della notizia (cfr. trib. Roma, 15 maggio 1995).

In seguito, la giurisprudenza di legittimità ha dato definitiva consacrazione a questo diritto, definendolo quale "legittimo interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata" (Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679): la Corte di cassazione ha in particolare ravvisato l'illegittimità dell'esercizio del diritto di cronaca nell'ipotesi di pubblicazione di fatti già resi noti in passato, salvo che eventi sopravvenuti non facciano sorgere un nuovo interesse pubblico alla loro divulgazione, rendendoli dunque nuovamente attuali.

Peraltro - come evidenzia la Relazione illustrativa del d.d.l. in esame -, nonostante siano ormai assai numerose le disposizioni nazionali ed europee che tutelano il diritto alla *privacy*, anche con riferimento ai dati giudiziari, grazie alla diffusione dei mezzi di comunicazione di massa (stampa, radio, televisione, *internet*) accade sempre più di frequente che un soggetto, in passato sottoposto a procedimento penale, subisca continue aggressioni alla sua *privacy* attraverso la periodica rievocazione (e, in alcuni casi, attraverso *internet*, la definitiva cristallizzazione) di fatti ormai risalenti nel tempo e che non hanno più alcun interesse pubblico, sicché sono sempre più numerosi i casi portati all'attenzione dell'autorità giudiziaria o del Garante per la protezione dei dati personali.

Con la proposta di legge in esame, che si compone di sei articoli, si è ritenuto dunque necessario "predeterminare - una volta per tutte e salve tassative eccezioni - il periodo di tempo oltre il quale un soggetto sottoposto a procedimento penale maturi il diritto a non vedere più il proprio nome 'accostato' alla vicenda processuale" (in questi termini, la Relazione al d.d.l.).

L'art. 1, commi 1 e 2, d.d.l. definisce l'oggetto del divieto di pubblicazione e di trattamento e le sanzioni penali in caso di trasgressione. Si prevede, in particolare, il divieto di pubblicazione "anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, anche telematico" - *ivi* compresi "i metadati presenti nel linguaggio HTML, utilizzati per fornire informazioni sulle pagine *internet* agli utenti o ai motori di ricerca" - di atti relativi ad un procedimento penale, anche se archiviato, e delle informazioni anche indirettamente connesse ai fatti che hanno formato oggetto dello stesso, nonché il divieto di trattamento dei dati giudiziari *ex* art. 4, comma 1, lett. e), d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196

(Codice in materia di protezione dei dati personali) una volta decorsi, dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, rispettivamente, cinque anni, se la pena inflitta è pari o inferiore a quindici anni, o dieci anni, se la pena inflitta è superiore a quindici anni, ovvero una volta decorsi cinque anni dal provvedimento di assoluzione, di non luogo a procedere, di non doversi procedere o di archiviazione.

Decorsi tali termini, è altresì vietata la pubblicazione dell'immagine dei soggetti destinatari dei citati provvedimenti o dei loro congiunti.

La violazione dei divieti è punita con la reclusione da sei mesi a tre anni o con la multa non inferiore a 516 euro (art. 1, comma 3, d.d.l.); costituisce, inoltre, illecito disciplinare quando il fatto è commesso da un impiegato dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato (art. 3, comma 1, d.d.l.). D'ufficio o su istanza di chiunque vi abbia interesse, il Procuratore della Repubblica presso il giudice competente per il procedimento cui gli atti, le informazioni o i dati si riferiscono deve informare immediatamente l'organo titolare del potere disciplinare di ogni violazione del divieto commessa da tali persone (art. 3, comma 2, d.d.l.). Ogni violazione obbliga altresì il colpevole, e le persone che a norma delle leggi civili devono rispondere per il fatto da lui commesso, alla compensazione pecuniaria pari a 25.000 euro, salvo il risarcimento del maggior danno (art. 3, comma 3, d.d.l.).

I divieti di pubblicazione e trattamento, peraltro, non si applicano in presenza di un interesse pubblico attuale al trattamento o alla pubblicazione, di un'autorizzazione preventiva del Ministro della Giustizia (art. 2, comma 1, d.d.l.) ovvero del consenso scritto dell'interessato (art. 2, comma 2, d.d.l.). Con riferimento a quest'ultima eventualità, il comma 3 dell'art. 2 d.d.l. disciplina l'ipotesi di una pluralità di persone sottoposte a procedimento penale, distinguendosi a seconda che esse siano state tutte condannate (in tal caso il divieto non si applica soltanto se il consenso è rilasciato per iscritto da ciascuna di loro) ovvero che nei confronti di taluna di dette persone siano state pronunciate una sentenza di assoluzione, di non luogo a procedere, di non doversi procedere o sia stato emesso un provvedimento di archiviazione (in tale evenienza, ai fini della pubblicazione o del trattamento, è sufficiente che il consenso sia prestato da tale soggetto, ma nella pubblicazione o nel trattamento dovrà essere ommesso ogni riferimento alle altre persone sottoposte al medesimo procedimento penale che non abbiano prestato analogo consenso).

Sono inoltre previste delle esclusioni di carattere soggettivo: i divieti di pubblicazione e trattamento non si applicano in relazione a coloro che abbiano riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, o che siano stati dichiarati delinquenti o contravventori abituali o professionali (art. 2, comma 4, d.d.l.), né alle persone che esercitano o hanno esercitato funzioni pubbliche, sempre che le notizie o i dati abbiano rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica (art. 2, comma 5, d.d.l.).

È altresì sempre consentito (art. 2, comma 6, d.d.l.) il trattamento dei dati giudiziari, ove sia necessario per scopi scientifici o statistici ovvero per scopi storici presso archivi privati dichiarati di interesse storico particolarmente importante ai sensi degli artt. 10, comma 3, e 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

L'art. 4 d.d.l. prevede poi che, ai fini di cui all'art. 114 c.p.p., è sempre vietata la pubblicazione di atti o di immagini del procedimento penale oltre i termini e al di fuori dei casi previsti dal d.d.l. in parola, mentre l'art. 5 d.d.l. introduce una serie di modifiche al d.lgs. n. 196 del 2003, al fine di armonizzarne il contenuto alla nuova disciplina sul diritto all'oblio.

* * *

RELAZIONI AFFETTIVE E FAMILIARI DEI DETENUTI

Alla Commissione Giustizia del Senato è altresì da tempo assegnato il d.d.l. S. 381 - «*Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni in materia di relazioni affettive e familiari dei detenuti*», d'iniziativa del sen. Barani, che merita di essere segnalato perché affronta un tema particolarmente dibattuto e già oggetto in passato di numerose proposte di legge.

Com'è noto, l'art. 27, comma 3, Cost., stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»: da questa previsione deriva che al condannato in stato di detenzione devono essere garantiti tutti i diritti inviolabili dell'uomo, tra cui quello di mantenere rapporti affettivi e sociali, all'interno della famiglia e nell'ambito dei rapporti interpersonali.

Il d.d.l. in esame ha, per l'appunto, lo scopo di rendere «più umano» il periodo di reclusione, consentendo al detenuto di vivere e consolidare i propri rapporti affettivi, di garantire incontri più frequenti

con la famiglia e di intrattenere relazioni intime con il coniuge o il convivente, in modo da rendere più facile, a fine pena, il reinserimento nella famiglia e nella società. Riguardo a quest'ultimo punto, nella Relazione al d.d.l. si evidenzia, infatti, come la moderna criminologia abbia dimostrato che incontri frequenti ed intimi con le persone con le quali vi è un legame affettivo abbiano un ruolo insostituibile nel difficile percorso di recupero del reo e come in altri Paesi europei, come ad esempio la Spagna e la Danimarca, sia stato da tempo riconosciuto il «diritto all'affettività» in carcere, attenuando la solitudine che accompagna i detenuti nell'espiazione della pena.

Il d.d.l. consta di quattro articoli, che vanno ad integrare l'attuale disciplina penitenziaria. L'art. 1 d.d.l. prevede, attraverso l'inserimento di due nuovi commi nell'art. 28 ord. penit., che «al fine di mantenere o migliorare il rapporto con le persone con le quali vi è un legame affettivo», i detenuti e gli internati debbano avere diritto di godere di un incontro al mese, di durata non inferiore alle tre ore consecutive, con il proprio coniuge o convivente, senza alcun controllo visivo. A tale scopo, «negli edifici penitenziari devono essere realizzati locali idonei a consentire ai detenuti e agli internati di intrattenere relazioni personali ed affettive».

L'art. 2 d.d.l., con l'inserimento del nuovo art. 28-bis nell'ord. penit., prevede inoltre che i detenuti e gli internati abbiano diritto a trascorrere mezza giornata al mese con la famiglia, in apposite aree presso le case di reclusione.

L'art. 3 d.d.l. modifica il regime dei permessi premio di cui all'art. 30-ter ord. penit., prevedendo che ai condannati che abbiano tenuto regolare condotta e abbiano dato prova di partecipare all'opera di reinserimento sociale e familiare, il magistrato di sorveglianza possa concedere, oltre ai permessi di cui al comma 1- concessi per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro -, un ulteriore permesso, di durata non superiore a quindici giorni per ogni semestre di carcerazione, da trascorrere con il coniuge, con il convivente o con il familiare.

Infine, l'art. 4 d.d.l. prevede che ai detenuti stranieri, i quali non ricevano visite da parte dei loro familiari o conviventi residenti all'estero, siano concessi colloqui telefonici ogni quindici giorni, per un tempo più ampio di quello previsto dalle disposizioni vigenti e cioè per una durata di quindici minuti per ciascun colloquio ordinario non effettuato.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Francesco Trapella

DIVIETO DI DOPPIA SANZIONE

(Corte e.d.u., 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens e altri c. Italia)

Con pronuncia del 4 marzo 2014 la Corte di Strasburgo ha ravvisato la violazione da parte dell'Italia degli artt. 6, §1 Cedu e 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione.

Volgendo uno sguardo rapido ai fatti, gli attuali ricorrenti erano accusati di non avere menzionato, all'interno di un comunicato stampa emesso su istanza della Consob, il piano di rinegoziazione di un certo contratto finanziario; l'Ufficio *Insider Trading* della Consob ha, così, ritenuto la violazione dell'art. 187 *ter*, comma 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52», in base al quale «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso Internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari». Nella fattispecie, l'omessa menzione del predetto accordo, in prossimità del suo raggiungimento, sarebbe stata volta a determinare una falsa rappresentazione della realtà in quel determinato periodo.

Ad esito di ciò, nel febbraio 2007 la Consob aveva inflitto agli accusati sanzioni amministrative, pecuniarie ed interdittive, poi ridotte a seguito d'impugnazione avanti alla Corte d'appello di Torino. Un successivo ricorso alla Suprema Corte era stato, infine, rigettato nel giugno 2009.

La condotta contestata agli odierni ricorrenti, poi, avrebbe integrato non soltanto un illecito amministrativo, ma pure un reato, essendo state diffuse notizie false e poste in essere operazioni simulate concretamente idonee a provocare una sensibile

alterazione del prezzo di strumenti finanziari. Così, nel novembre 2008 gli accusati erano stati rinviati a giudizio avanti al tribunale di Torino: in prima istanza, essi venivano assolti, leggendosi tra i motivi del proscioglimento che la condotta tenuta non era stata idonea a cagionare una significativa alterazione del mercato finanziario. A seguito di impugnazione del pubblico ministero – atta a sottolineare come la fattispecie *de qua* rientri nel novero dei reati di pericolo, così non rilevando che sia occorso un nocumento effettivo al bene giuridico protetto dalla norma penale –, la decisione veniva parzialmente annullata. Con sentenza del 28 febbraio 2013, quindi, la Corte d'appello di Torino condannava gli odierni ricorrenti per il delitto loro ascritto.

Richiamati i fatti, è necessario soffermarsi sulla circostanza che gli attuali istanti si sono trovati coinvolti in un procedimento davanti alla Consob e in un altro, di natura penale: ciò avrebbe palesato – secondo la tesi degli odierni ricorrenti – una violazione del *ne bis in idem*, oltre ad essere il giudizio innanzi alla Consob iniquo – stante la mancanza d'indipendenza e di imparzialità di quest'organo – e non idoneo ad assicurare agli accusati un contraddittorio effettivo.

Secondo la Corte strasburghese, il procedimento avanti alla Consob non ha del tutto soddisfatto i canoni dell'art. 6, §1 Cedu per quel che attiene alla parità delle armi tra accusa e difesa, alla pubblicità dell'udienza e al contraddittorio. Afferma, poi, la Corte che non v'è motivo di dubitare dell'indipendenza della Consob rispetto a qualunque altro organismo; sotto il profilo dell'imparzialità, però, per quanto il regolamento interno dell'ente separi nettamente gli organi deputati alle indagini da quelli chiamati al giudizio, essi dipendono comunque dal medesimo presidente, con ciò concentrando le due funzioni – investigativa e giudicante – in un modo del tutto incompatibile con la norma convenzionale.

Ancora, se è vero che i ricorrenti hanno potuto beneficiare in un secondo momento di un giudizio

davanti ad un giudicante indipendente e imparziale – la Corte d'appello torinese –, lo è del pari che in quella sede non s'è svolta un'udienza pubblica, con ciò determinandosi un'ulteriore violazione dell'art. 6, §1 Cedu: di fatto, quindi, gli accusati non hanno potuto giovare di un giudizio ispirato al canone della pubblicità se non dinanzi alla Cassazione; mai, quindi, davanti al giudice di merito.

Appare, infine, di speciale interesse la questione sul *ne bis in idem*, principio sancito dall'art. 4, del Protocollo n. 7 alla Convenzione. A tal proposito, il Governo italiano ha evidenziato che il nostro Paese aveva compiuto una riserva in ordine alla norma in esame, sì da circoscriverne l'applicazione a quelle sole condotte che la legge interna qualifica come reati. La Corte ha rigettato l'eccezione opposta dall'esecutivo nostrano, poiché la riserva in parola non contiene alcuna "breve esposizione" – prescritta, invece, dall'art. 57 Cedu – in ordine alla legge difforme alla norma convenzionale: altrimenti detto, una riserva che non faccia riferimento alle disposizioni di diritto interno atte ad individuare le violazioni e i procedimenti esenti dal divieto di *bis in idem* non offre sufficienti garanzie in ordine alla tassatività di dette previsioni.

Nel caso *de quo*, la Corte ha ritenuto che il procedimento davanti alla Consob concernesse un'accusa di tipo penale: se la garanzia in esame emerge a seguito dell'instaurazione di un nuovo procedimento penale, allorché la pronuncia che ha concluso il precedente abbia acquisito il crisma dell'irrevocabilità, una volta sceso il giudicato sulle condanne inflitte dalla Consob e in parte riformate dalla Corte d'appello piemontese, gli attuali istanti avrebbero dovuto considerarsi già condannati ad esito di un giudizio definitivo. Al contrario, i nuovi procedimenti penali nel frattempo incardinati a loro carico, si erano protratti fino ad una pronuncia di seconda istanza.

A questa premessa s'aggiunge la valutazione che la Corte europea compie in ordine alla circostanza se i nuovi procedimenti abbiano tratto origine da fatti sostanzialmente analoghi a quelli su cui, prima la Consob, e poi l'autorità giudiziaria torinese, avevano deciso con le condanne di cui sopra. È una questione di *ne bis in idem* sostanziale, che viene risolta guardando all'identità delle fattispecie che concretamente formano oggetto delle rispettive accuse.

Avanti alla Consob i ricorrenti erano stati accusati di non avere menzionato il progetto di rinegoziazione di un certo contratto; l'imputazione formulata avanti al giudice penale aveva, invece, ad oggetto l'aver affermato nel comunicato suddetto di non avere stabilito, né esaminato iniziative concernenti

lo scadere di un certo contratto di finanziamento, nonostante un accordo fosse già stato esaminato e concluso, al fine di evitare un crollo dei prezzi di determinate azioni. Trattandosi della medesima condotta, posta in essere nella stessa data, può dirsi che il secondo procedimento sia stato originato da fatti identici a quelli che formavano oggetto della prima condanna definitiva.

La Corte di Strasburgo è dunque ritornata sul tema del giudicato; la pronuncia in commento si inserisce nel filone di quelle che sanciscono una progressiva erosione del "giudicato interno", a vantaggio di una concezione del tutto nuova, plasmata dalla giurisprudenza europea. Pur risolvendo una questione preliminare, infatti, la Corte dichiara che la riserva all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, compiuta dall'Italia, è *tamquam non esset* per un difetto di tassatività, mancando un elenco di norme idonee ad inquadrare i fatti per i quali le garanzie convenzionali non trovano applicazione. Proprio come in altre pronunce, i contorni del giudicato penale sono stabiliti in tutela e in rispondenza dei diritti consacrati dalla Cedu: la «*réouverture du procès*» è, infatti, incompatibile con l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, fintantoché non emerga un «*vice fondamentale dans la procédure précédente*» (Corte e.d.u., 20 luglio 2004, ric. n. 50178/99, *Nikitine c. Russia*, §§45-46) idoneo a dimostrare l'infrazione di garanzie fondamentali. Del pari, sempre a presidio delle situazioni giuridiche protette dal diritto convenzionale, ogni eccezione stabilita dal diritto interno a questo meccanismo dev'essere individuata da norme determinate e insuscettibili di applicazione estensiva.

* * *

PROVA DECISIVA E DIRITTO AL CONTROESAME

(Corte e.d.u., 27 marzo 2014, ric. n. 58425/10, *Matytsina c. Russia*)

La ricorrente lavorava come istruttrice presso un ente *non profit* ispirato agli insegnamenti di un *guru* indiano; S.D., invece, era un'abituale frequentatrice dei corsi tenuti dall'odierna istante; a partire dal 2002, ella aveva cominciato ad accusare gravi disturbi psichici che poco a poco l'avevano portata lontano dalla propria famiglia e dagli studi universitari, oltre a rendere necessari numerosi e continui ricoveri ospedalieri.

Esaminata dalla polizia e dagli esperti, S.D. accusava i sintomi di una schizofrenia acuta, in potenza ricollegabile alla partecipazione ai corsi dell'attuale ricorrente; nonostante tali condizioni, però, i medici

CORTI EUROPEE

avevano ritenuto che la donna fosse in grado di rendere un'accurata testimonianza in ordine alle pratiche compiute dall'odierna istante.

Gli investigatori affidarono ai consulenti il compito di individuare l'esistenza di un nesso tra l'attività dell'ente e la malattia di S.D.; i pareri erano discordi, ciononostante l'odierna ricorrente fu accusata di esercizio abusivo della professione medica. Peraltro, la difesa disponeva di pareri che ponevano in dubbio sia la classificazione delle pratiche svolte in seno all'ente come mediche, sia il legame tra queste e le condizioni di salute dell'asserita vittima.

Assolta il primo grado, l'imputata fu sottoposta a processo in appello; lì il giudice annullava il proscioglimento con rinvio, e nel nuovo giudizio S.D. non compariva, chiedendo peraltro con una missiva che si rinunciassero a perseguire l'imputata. Essendo mutato il giudice, tuttavia, l'istruttoria ricominciava: nonostante l'opposizione difensiva, venivano lette le dichiarazioni pre-dibattimentali della vittima, ritenendo il Tribunale che, per causa delle proprie condizioni di salute, ella non potesse partecipare al processo. Non potendosi rintracciare uno dei consulenti dell'accusa, la difesa dell'imputata aveva dovuto accontentarsi della lettura della di lui consulenza. Infine, veniva rigettata l'istanza difensiva di disporre un nuovo esame volto a fare luce sulle cause della malattia di S.D..

Sulla scorta di siffatto compendio probatorio – e, quindi, sulla base delle dichiarazioni rese dalla vittima durante le indagini, sulle testimonianze dei familiari, sulle numerose consulenze disposte nel corso del procedimento, inclusa quella redatta sotto la direzione dell'esperto che la difesa non aveva potuto esaminare – veniva emessa sentenza di condanna nei riguardi dell'imputata.

Adita la Corte e.d.u., la ricorrente lamentava il mancato rispetto, tra gli altri, dell'art. 6, §§1 e 3, lett. d), Cedu.

Con decisione assunta a maggioranza, i giudici europei hanno ritenuto insussistente l'infrazione dell'art. 6, §3, lett. d), Cedu, giacché le proprie precarie condizioni di salute – beninteso, adeguatamente documentate – hanno impedito alla vittima di testimoniare al processo, così motivando la compressione delle garanzie difensive dell'accusato (v. Corte e.d.u., 18 luglio 2013, ric. n. 59632/09, *Vronchenko c. Estonia*).

Peraltro – proseguiva la Corte – se la causa verteva sul nesso tra le pratiche compiute dall'imputata e la malattia della vittima, è improbabile che quest'ultima, se esaminata, avrebbe potuto fornire un apporto decisivo all'accertamento, non trattandosi appunto di teste esperte. Se, però, l'esame di S.D. non può essere

qualificato come prova decisiva a carico dell'imputata, diverso è il discorso per quello dei consulenti d'accusa, in particolare di quello che la difesa non è stata in grado di esaminare. L'impossibilità di un confronto (orale) tra imputata ed esperti ha rappresentato, secondo i giudici europei, un ostacolo insormontabile all'esercizio dell'attività difensiva, con conseguente violazione del principio della parità delle armi.

Altra questione riguardava l'esistenza di un esame compiuto in fase d'indagine dagli inquirenti e risultato, nei fatti, favorevole alla difesa: di ciò non è fatta menzione in alcuna delle due pronunce di merito esaminate dai giudici europei. La Corte ha richiamato l'obbligo per l'accusa di sottoporre al giudicante tutti gli elementi in proprio possesso, sia a carico che a discarico dell'imputato: ogni condotta difforme a tale precetto si pone in violazione dell'art. 6, §1, Cedu.

La decisione tratta tematiche di capitale rilievo anche per il giurista nostrano, chiamato di continuo a confrontarsi con i temi del diritto alla difesa nel giudizio di merito, della completezza dell'accertamento (in fase di indagine così come in corso di processo) e della prova decisiva. L'unica possibile lettura di tali principi è quella capace di portare al giudice ogni conoscenza possibile dei fatti, *ivi* compresi gli elementi a favore della difesa che l'inquirente abbia raccolto in fase investigativa; aspetto primario di un processo equo è poi l'oralità, che permette un contatto diretto tra i diversi centri d'interesse.

Degno di nota è, quindi, il richiamo alla nozione di "prova decisiva": è risalente il riferimento a tale concetto nel vocabolario europeo. Già venticinque anni fa (Corte e.d.u., 20 novembre 1989, n. 166, *Kostovsky c. Paesi Bassi*), i giudici strasburghesi avevano affermato l'esistenza di un legame tra *fairness* processuale e decisività della prova, violando l'art. 6 Cedu ogni situazione in cui da un esame globale dei fatti occorsi in processo emerga che la condanna si sia fondata – in tutto o in parte – su prove acquisite in violazione del principio del processo equo. Così è nella sentenza che qui si commenta, stanti – è bene ribadirlo – i troppi ostacoli incontrati dall'imputata nel fare valere la propria tesi difensiva.

* * *

COMPLETEZZA DELLE INDAGINI

(Corte e.d.u., 1° aprile 2014, ric. n. 10449/06, *Kose c. Turchia*)

Con sentenza non definitiva del 1° aprile 2014 la Corte è tornata sul tema della completezza delle indagini preliminari, censurando la Turchia per viola-

zione dell'art. 2 Cedu nel suo risvolto procedurale, poiché non avrebbe condotto indagini effettive sulla morte del figlio del ricorrente.

L'istante, in particolare, lamentava l'assenza di un prelievo di tracce di polvere da sparo sulle mani del deceduto e il mancato svolgimento di un appropriato esame sui suoi abiti e sul percorso del proiettile che ne avrebbe cagionato la morte.

Il governo turco si dichiarava contrario alla posizione del ricorrente; la Corte ha, invece, confermato il proprio orientamento per cui il diritto alla vita ex art. 2 Cedu impone un'inchiesta effettiva sulle circostanze legate alla morte della vittima, specie qualora esse siano sospette e/o poco chiare (cfr. *ex plurimis* Corte e.d.u., 23 ottobre 2012, ric. n. 43606/04, *Yotova c. Bulgaria*, §68 o Corte e.d.u., 9 aprile 2009, ric. n. 71463/01, *Silih c. Slovenia*, §157).

L'effettività dell'inchiesta esige poi che le persone che sono incaricate di svolgere le debite investigazioni siano indipendenti rispetto a quelle coinvolte nel caso o che siano suscettibili di esservi implicate. Il principio in parola acquisisce, così, una portata universale: il *refrain* della Corte è ben noto all'Italia, come ricordano i celebri precedenti *Alikaj* (Corte e.d.u., 29 marzo 2011, ric. n. 47357/08, *Alikaj e altri c. Italia*) e *Giuliani* (Corte e.d.u., 24 marzo 2011, ric. n. 23458/02, *Gaggio e Giuliani c. Italia*).

* * *

SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

(Corte e.d.u., 1° aprile 2014, ric. n. 10662/06, *Enache c. Romania*)

Con sentenza del 1° aprile 2014 la Corte ha trattato ancora una volta il tema del sovraffollamento carcerario, ben noto anche al nostro Paese.

Autore del ricorso era un cittadino romeno, M.E., attualmente detenuto nella prigione di Giurgiu (Romania) e condannato all'ergastolo per omicidio.

L'istante, inizialmente ristretto a Craiova, tra dicembre 1997 e giugno 2008 è stato trasferito in altre prigioni o strutture ospedaliere carcerarie per brevi periodi. In seguito, dopo essere stato recluso nel carcere di Poarta Albă, nel settembre 2010 è stato definitivamente internato nel penitenziario di Giurgiu.

Le condizioni detentive di quest'ultimo istituto e di quello di Craiovia sono state descritte dal ricorrente come *disumane e degradanti*.

In conseguenza della gravità della pena inflitta, M.E. era stato classificato come *prigioniero a rischio* ed era stato posto in isolamento; di qui, il soggetto ha lamentato l'inadeguato e insufficiente spazio vitale della cella, giacché occupata da letti non necessari,

che non venivano spostati, pure a dispetto delle sue richieste di rimozione. Tale pesante stato di cose è stato poi ulteriormente aggravato dalla totale mancanza di attività esterne alla cella, da una grave penuria di acqua potabile e di acqua calda – quest'ultima veniva erogata una volta alla settimana in docce collettive, impedendo di mantenere un livello di igiene personale dignitoso –, da un riscaldamento insufficiente – con conseguente, ovvia insurrezione di patologie dovute al freddo nei mesi invernali –, dalla scarsità quantitativa e qualitativa del cibo, dalla mancanza di luce a causa delle ridotte dimensioni della finestra – la luce elettrica veniva accesa solo la sera – e dalle azioni violente compiute da soggetti a volto coperto. Ovviamente condizioni di vita tanto ardue hanno provocato consistenti lesioni al benessere psicofisico del ricorrente, anche spingendolo a tentare il suicidio.

A fronte della situazione descritta, la Corte ha affermato che i principi generali sui diritti dei prigionieri devono essere compatibili con la dignità umana e che, qualora si tratti di persone che si trovano in situazioni particolarmente vulnerabili, lo Stato ha il dovere di proteggerle.

L'esecuzione della pena non deve causare una sofferenza eccessiva e che vada oltre l'inevitabile livello di malessere che la privazione della libertà di per sé comporta (tra le tante si leggano Corte e.d.u., 2 dicembre 2010, ric. n. 7782/04, *K. C. Russia* o Corte e.d.u., 2 dicembre 2010, ric. n. 8609/04, *S.K. c. Russia*); situazioni come quella descritta dall'odierno ricorrente vanno censurate sulla base dell'art. 3 Cedu (cfr. Corte e.d.u., 13 settembre 2005, ric. n. 35207/03, *Ostrovar c. Moldavia*; Corte e.d.u., 18 ottobre 2007, ric. n. 67253/01, *Babushkin c. Russia*, §44).

Infine, la Corte ha specificato che l'applicazione di regimi detentivi speciali per prigionieri reputati pericolosi può trovare adeguata giustificazione solo in certe situazioni estreme e che, comunque, l'isolamento non può essere imposto *sine die*; allo stesso modo, la costante imposizione delle manette al di fuori della cella può considerarsi ammissibile solo in situazioni particolari, come, ad esempio, il trasferimento all'esterno del carcere (sul punto si menzionano due pronunce rese contro la Francia: Corte e.d.u., 15 novembre 2007, ric. n. 21148/02, *Garriguenc c. Francia* e Corte e.d.u., 29 ottobre 2009, ric. n. 17020/05, *Paradysz c. Francia*, §95).

Ritorna nelle parole del giudice europeo il noto adagio per cui lo stato di salute di un Paese si valuta osservando le sue prigioni: quello che la Corte impone è un traguardo di civiltà che gli Stati europei – quasi tutti interessati dall'emergenza carceraria – debbono realizzare in modo efficace e nel più breve tempo possibile.

CORTE COSTITUZIONALE

di Laura Capraro

CONDANNA A PENA PECUNIARIA PER REATI DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE E SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA

(C. cost., sent. 13 marzo 2014, n. 47)

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 60 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 («Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468»), nella parte in cui non consente di applicare le disposizioni di cui agli artt. 163 ss. c.p., relative alla sospensione condizionale della pena, nei casi di condanna a pena pecuniaria per reati di competenza del giudice di pace, neppure quando il beneficio sia stato invocato dalla difesa.

Il Tribunale di Grosseto era stato investito dell'appello di una sentenza emessa dal giudice di pace, relativa ad una condanna a pena pecuniaria con il risarcimento dei danni in favore della parte civile costituita. L'appellante chiedeva, tra l'altro, che gli fosse concesso il beneficio della sospensione condizionale della pena ed, ostando all'accoglimento di tale richiesta la preclusione contenuta nell'art. 60 d.lgs. 274/00, sollevava incidentalmente il dubbio sulla legittimità costituzionale di tale norma di cui denunciava il contrasto con gli artt. 76 e 3 Cost.

Il giudice *a quo*, condividendo le censure eccepite, ravvisava l'eccesso di delega, e dunque la violazione dell'art. 76 Cost., nella circostanza che il Governo, introducendo la disposizione in oggetto, avrebbe operato una scelta che non solo non figurava espressamente nel tessuto normativo della legge di delegazione 24 novembre 1999, n. 468 («Modifiche alla legge 21 novembre 1991, n. 374, recante istituzione del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace e modifica dell'articolo 593 del codice di procedura penale»), nella quale è infatti assente qualsiasi indicazione in tema di sospensione condizionale della pena, ma che non sarebbe neppure coerente con i principi ispiratori di tale legge,

complessivamente volta a prevedere un trattamento sanzionatorio dei reati attribuiti alla competenza del giudice di pace di segno più favorevole per il reo (art. 16) e a valorizzare le condotte riparatorie e risarcitorie dell'imputato (art. 17, comma 1, lettera h)). La violazione dell'art. 3 Cost. sarebbe invece derivata dalla ingiustificata disparità di trattamento tra i reati di competenza del giudice di pace e quelli di competenza del tribunale in composizione monocratica, egualmente puniti con pena pecuniaria.

I giudici costituzionali, dopo aver richiamato quanto costantemente affermato, e cioè a dire che le scelte discrezionali adottate dal legislatore delegato non sono di per se stesse vietate in presenza di una delega legislativa (sent. 19 dicembre 2006, n. 426; sent. 11 aprile 2008, n. 98; sent. 24 giugno 2010, n. 230; e, ord. 28 marzo 2012, n. 73; sent. 7 giugno 2013, n. 134), ma impongono soltanto, ai fini del giudizio relativo alla sussistenza di un effettivo eccesso di delega, una attenta verifica in ordine alla compatibilità e coerenza di tali scelte con la *ratio* della delega medesima (sent. 6 dicembre 2012, n. 272), hanno infine espresso sul punto un giudizio positivo.

Alla giurisdizione penale del giudice di pace, quale delineato dalla legge delega e, in attuazione di essa, dal decreto delegato, è stata infatti attribuita la competenza a giudicare su reati di ridotta gravità, espressivi, per lo più, di microconflittualità individuale (art. 15 l. n. 468 del 1999, art. 4 d.lgs. n. 274 del 2000), per i quali è stata predisposta una disciplina sanzionatoria imperniata sulla esclusione della pena detentiva, sulla centralità della pena pecuniaria e sul ricorso, nei casi di maggiore gravità o di recidiva, a speciali sanzioni "paradetentive", limitative della libertà personale, ma comunque nettamente distinte dalle pene carcerarie (permanenza domiciliare e lavoro sostitutivo) (art. 16, comma 1, lettera a), l. n. 468 del 1999). Anche il rito che si svolge innanzi al giudice di pace è ispirato a criteri di snellezza e semplificazione, celerità e deflazione, nonché prioritariamente volto al raggiungimento di soluzioni con-

ciliative del conflitto sotteso all'episodio criminoso. In tale quadro, il divieto contenuto nella norma censurata («Le disposizioni di cui agli articoli 163 e seguenti del codice penale, relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene irrogate dal giudice di pace») risulta – ad avviso della Corte – del tutto in linea con i principi e le caratteristiche salienti proprie della cognizione del giudice di pace. A quest'ultimo è affidata la gestione di un «diritto penale mite ma effettivo» (Commissione giustizia del Senato in sede di espressione del parere sullo schema preliminare di decreto delegato - atto del 25 luglio 2000), di modo che il «divieto sancito dalla norma denunciata risulta funzionale ad evitare che le sanzioni applicabili dal giudice di pace restino prive di ogni concreta attitudine dissuasiva e, con essa, anche della capacità di fungere da stimolo alla collaborazione con l'opera di mediazione del giudice e, *amplius*, alla composizione del conflitto. A questo fine, è apparso infatti necessario che, nei casi in cui – in ragione dell'insuccesso dei diversi "filtri" conciliativo- deflattivi – si pervenga all'irrogazione della sanzione, questa, pur nella sua "mitezza", sia però effettivamente eseguita, e non resti invece neutralizzata (...) dall'istituto sospensivo: prospettiva nella quale (...) il microsistema penale, sostanziale e processuale, del giudice onorario rischierebbe di risultare carente di incisività».

Argomentazioni sostanzialmente analoghe a quelle utilizzate per escludere la violazione dell'art. 76 Cost. valgono per negare la pretesa violazione dell'art. 3 Cost.: secondo il Giudice delle leggi, infatti, alla luce delle peculiarità specifiche della giurisdizione penale esercitata dal giudice di pace «la simmetria tra la pena pecuniaria inflitta per reati di competenza del giudice di pace, non sospensibile, e quella inflitta per reati attribuiti alla competenza del tribunale, che può essere invece sospesa, è solo "formale"».

* * *

TOSSICODIPENDENTE E ALCOODIPENDENTE IMPUTATI DEL DELITTO DI ASSOCIAZIONE FINALIZZATA AL TRAFFICO DI STUPEFACENTI E APPLICAZIONE DI MISURE CAUTELARI

(C. cost., sent. 10 marzo 2014, n. 45)

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 89, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309 («Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze

psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»), sollevata in riferimento agli artt. 3, 13, comma 1, 27, comma 2, e 32 Cost. dal Tribunale di Catanzaro.

L'art. 89 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 predispone una disciplina di favore per le persone tossicodipendenti e alcooldipendenti gravemente indiziate di reato, derogatoria rispetto ai criteri generali di scelta delle misure cautelari personali delineati dal codice di procedura penale. Il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di difesa sociale sottese in generale allo strumento cautelare e quella di disintossicazione e riabilitazione di tali soggetti attraverso appositi programmi terapeutici, che di regola richiedono un trattamento "extramurario", è stato individuato nella previsione contenuta nel comma 1 del denunciato art. 89, a norma del quale il giudice, qualora ricorrano i presupposti per la custodia cautelare in carcere, dispone invece gli arresti domiciliari, quando ad essere indiziato sia una persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso, (o intenda intraprendere: art. 89, comma 2) un programma terapeutico di recupero e l'interruzione del programma possa pregiudicare tale recupero.

La specialità della disciplina prevista dalla norma in commento consiste dunque in ciò, che ove ricorrano tutti i presupposti idonei ad applicare la custodia cautelare in carcere, il giudice debba disporre invece – salvo il limite delle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza – la misura extracarceraria immediatamente meno gravosa (ossia gli arresti domiciliari). Unico limite per l'applicabilità del regime cautelare di favore è quello previsto dal censurato comma 4 dell'art. 89 d.p.r. 309/90, che rinvia tra l'altro, nell'escludere l'operatività della disciplina speciale in oggetto, all'art. 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 («Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»). Tra i delitti ostativi figura, in questo modo, l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui all'art. 74 del d.p.r. 309/90, contestata nel giudizio *a quo* e in relazione alla quale la questione di legittimità è stata sollevata. Nella concessione degli arresti domiciliari non opererà dunque, quando ricorrano tali ipotesi, quella sorta di "semiautomatismo *in favor*" come delineato nei primi due commi dell'art. 89 del d.p.r. 309/90, ma il giudice potrà comunque disporre, sulla base degli ordinari criteri di selezione, misure meno gravose della custodia in carcere.

Infatti, dopo la sentenza 22 luglio 2011, n. 231, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost.,

CORTE COSTITUZIONALE

l'art. 275, comma 3, c.p.p. come modificato dall'art. 2 della legge 23 aprile 2009, n. 38, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 («*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*»), nella parte in cui non consentiva di applicare misure cautelari diverse da quella carceraria alla persona gravemente indiziata del delitto di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, in presenza di elementi concreti per ritenere che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con misure meno afflittive, il quadro normativo entro il quale si colloca la disciplina di cui all'art. 89 comma 4 d.p.r. 309/90, e che il giudice rimettente – come stigmatizza la Corte costituzionale – ha completamente trascurato di considerare, è tale per cui la situazione del tossicodipendente gravemente indiziato del delitto di cui all'art. 74 d.p.r. 309/90, escluso dal regime previsto dall'art. 89, commi 1 e 2, del d.p.r. n. 309 del 1990, non ricade più, automaticamente, nell'opposto regime "di rigore" prefigurato dal novellato art. 275, comma 3, c.p.p. In questo modo, il giudice potrà applicare al predetto soggetto (anche) la misura degli arresti domiciliari finalizzati allo svolgimento di un programma di recupero, avendo la sentenza costituzionale n. 231/11 ripristinato la possibilità di una valutazione "individualizzata" della singola vicenda, grazie alla quale la Corte è in grado di escludere profili di illegittimità.

* * *

L'OGGETTO DEL SEGRETO DI STATO
(C. cost., sent. 13 febbraio 2014, n. 24)

Con la sent. 13 febbraio 2014, n. 24, la Corte costituzionale ha accolto - con esclusione della sola censura relativa alla presunta violazione del principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato - i ricorsi promossi dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti della Corte di cassazione e della Corte di appello di Milano, risolvendo così gli ultimi conflitti di attribuzione emersi nell'ambito del processo relativo al sequestro del cittadino egiziano Nasr Osama Mostafa (l'imam "Abu Omar"), portato a compimento a Milano da agenti della CIA con la presunta collaborazione di agenti dei Servizi italiani durante una operazione di c.d. "extraordinary rendition", consistente nel trasferimento extragiudiziale di sospetti terroristi, nel quadro della strategia di difesa condotta dal governo americano dopo gli attentati del settembre 2011.

La vicenda nella quale viene a collocarsi la pronuncia in commento appare, anche sotto il profilo

dell'*iter* procedimentale, particolarmente complessa ed involge, intrecciando la questione della determinazione del concreto ambito di estensione di un apposto segreto di Stato, la delicata problematica relativa ai confini che – nel quadro dell'assetto normativo-ordinamentale vigente – devono essere rispettati nei rapporti tra poteri dello Stato.

La genesi della vicenda risale alle attività di perquisizione e conseguente sequestro di numerosi documenti che furono disposte presso una sede del Sismi di Roma durante le indagini relative al sequestro citato. Poiché in relazione ad alcuni di tali documenti il segreto di Stato era stato apposto (ed opposto) soltanto in un momento successivo, era sorta una lunga controversia in merito alla legittimità di tale opposta segretezza, sulla quale la Corte costituzionale si era già pronunciata in due occasioni (sentt. 23 febbraio 2012, n. 40; 3 aprile 2009, n. 106), sostanzialmente respingendo le censure sollevate da vari organi giudiziari in relazione ai provvedimenti della Presidenza del Consiglio.

Mentre il dibattito sugli effetti della secretazione in ordine alla utilizzabilità processuale di fonti diverse e non segrete idonee ad accertare i fatti non subiva battute di arresto, anche l'*iter* procedimentale proseguiva, dando vita all'ulteriore promovimento di conflitti di attribuzione da parte della Presidenza del Consiglio.

Ripercorrendo il segmento procedimentale che più da vicino qui interessa, ricordiamo che la Corte di cassazione, con sentenza del 19 settembre 2012, n. 46340, aveva confermato le condanne inflitte (in primo grado e) in appello (App. Milano, sez. III, 15 dicembre 2010), nei confronti dei ventitre imputati statunitensi e di due imputati italiani, annullando con rinvio, al contempo, le statuizioni dei giudici di merito di non doversi procedere nei confronti di cinque *ex* funzionari Sismi, per l'esistenza di un segreto di Stato. Nel giudizio di rinvio, i giudici di Milano, respingendo le richieste di sospensione del giudizio avanzate dalle difese (fondate sull'intervenuto deposito, il giorno precedente, del ricorso per conflitto contro la sentenza di annullamento della Cassazione), sono pervenuti alla affermazione di responsabilità degli imputati (App. Milano, sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 985).

Alla luce di ciò, il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato un nuovo conflitto, con due successivi ricorsi.

Il primo di essi (dichiarato ammissibile dalla Corte con ordinanza del 12 aprile 2013, n. 69) aveva avuto ad oggetto la citata sentenza della Corte di cassazione del 19 settembre 2012, n. 46340 e due ordinanze, del 28 gennaio 2013 e del 4 febbraio 2013,

emesse dalla Corte di appello di Milano quale giudice di rinvio.

La pronuncia della Suprema corte era stata censurata nella parte in cui aveva annullato le statuizioni del giudice di merito relative alla improcedibilità dell'azione penale ai sensi dell'art 202 c.p.p. nei confronti dei cinque imputati italiani e nella parte in cui aveva annullato le ordinanze (del 22 e 26 ottobre 2010) con le quali la Corte di appello di Milano, nel pervenire alla decisione di non doversi procedere, aveva ritenuto l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dagli indagati nel corso degli interrogatori ai quali erano stati sottoposti.

Le due ordinanze istruttorie emesse in sede di rinvio dalla Corte di appello di Milano il 28 gennaio e il 4 febbraio 2013 sarebbero state poi, allo stesso modo, «gravemente lesive delle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri, quale autorità preposta all'apposizione, alla tutela ed alla conferma del segreto di Stato, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettere b) e c) della legge n. 124/2007». Con la prima i giudici di merito, attenendosi ai *dicta* contenuti nella sentenza di parziale annullamento con rinvio della Cassazione, avevano dato ingresso nel processo ai verbali degli interrogatori sopra citati, come richiesto dalla Procura generale; con la seconda, gli stessi giudici avevano omesso di attivare la procedura di interpello del Presidente del Consiglio dei ministri ai fini della conferma del segreto di Stato opposto dagli imputati, a norma dell'art. 41 l. 3 agosto 2007, n. 124 («*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*»).

Il secondo ricorso (dichiarato ammissibile con ordinanza del 21 ottobre 2013, n. 244) era stato proposto invece in relazione alla sentenza della Corte di appello di Milano del 12 febbraio 2013, n. 985, con la quale tale giudice, in sede di rinvio, aveva affermato la responsabilità degli imputati, servendosi di materiale processuale che invece sarebbe stato inutilizzabile per l'apposto segreto di Stato, ed omettendo di sospendere il processo in corso, nonostante fosse stata informata dell'intervenuto deposito di un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, così violando il principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato (C. cost., sent. 23 novembre 1994, n.403; 10 aprile 1998, n. 98; 18 aprile 2007, n. 149; 12 aprile 2012, n. 2012).

La Corte costituzionale, dopo aver disposto la riunione dei relativi giudizi, ha accolto i ricorsi promossi dalla Presidenza del Consiglio contro la Corte di cassazione e la Corte di appello di Milano, dichiarando l'annullamento dei provvedimenti emessi da tali ultimi organi nelle parti in cui hanno integrato

la lesione delle prerogative del Presidente del Consiglio in materia di tutela del segreto di Stato.

Nel dirimere il conflitto i giudici costituzionali hanno sostanzialmente scardinato, accogliendo l'argomento centrale fornito dalla Presidenza del Consiglio, l'impianto motivazionale utilizzato dalla Cassazione nella sentenza di annullamento con rinvio del 19 settembre 2012, sentenza che ha poi rappresentato il fondamento delle successive ordinanze ed infine della sentenza di condanna emessa in sede di rinvio dalla Corte di appello di Milano, per essersi quest'ultima naturalmente conformata al principio di diritto contenuto nella decisione rescindente.

Alla luce della declaratoria in commento, la Cassazione ha erroneamente interpretato una nota del 2005 (nota del Presidente del Consiglio dell'11 novembre 2005), con la quale era stata affermata la assoluta estraneità del Governo italiano e del Servizio al sequestro di Abu Omar. Da ciò sarebbe stato desunto che il vincolo del segreto era da intendersi circoscritto alle sole operazioni che avessero coinvolto ufficialmente i Servizi nazionali e stranieri, legittimamente approvate dai vertici dei Servizi italiani.

Sulla base di tale assunto, la Cassazione ha ritenuto estraneo all'oggetto del segreto il tema dei rapporti tra il Servizio italiano e la CIA e degli *interna corporis* ove non riconducibili ad attività regolarmente approvate dai vertici dei Servizi. In altre parole, poiché il Presidente del Consiglio dei ministri, con il citato documento del 2005, aveva dichiarato la estraneità del Governo e del Sismi ai fatti relativi al sequestro del cittadino egiziano, se ne doveva concludere - secondo la interpretazione dei giudici di legittimità, censurata dalla Corte - che la partecipazione di agenti del Servizio a quella azione era avvenuta «a titolo personale» e che «sulle fonti di prova afferenti ad eventuali singole e specifiche condotte criminose poste in essere da agenti del Sismi, anche in accordo con appartenenti a Servizi stranieri, ma al di fuori dei doveri funzionali ed in assenza di autorizzazione da parte dei vertici del SISMI non [sarebbe] stato apposto alcun segreto, che, invece, riguardava i rapporti tra Servizi italiani e stranieri e gli scambi di informazione e gli atti di reciproca assistenza posti in essere in relazione a singole e specifiche operazioni, dovendosi intendere per operazioni le azioni legittimamente approvate dai vertici del SISMI».

L'essenza dei ricorsi del Presidente del Consiglio, accolti poi dai giudici costituzionali - sta dunque proprio in ciò: nel fatto semplice ma fondamentale che non poteva essere la Cassazione a stabilire che il segreto dovesse essere limitato alle sole operazioni ufficiali dei Servizi, traendo tale corollario dal contenuto della citata nota. A ben vedere, infatti, non solo il con-

CORTE COSTITUZIONALE

tenuto di tale documento - afferma la Corte costituzionale - non avrebbe potuto essere diverso senza incorrere in una inevitabile violazione del segreto, ma la deduzione cui la Suprema corte è pervenuta ha finito sostanzialmente per incidere «sul potere di determinazione di quale fosse il reale ambito dei fatti e delle notizie coperte dal segreto», laddove, per giurisprudenza costituzionale risalente e costante, nonché per espressa previsione normativa (art. 1 l. 3 agosto 2007, n. 124), l'organo cui spetta in via esclusiva l'apposizione del segreto, la determinazione della sua ampiezza ed intensità, è il Presidente del Consiglio dei ministri: «un ambito, questo, nel quale (tale organo) gode di un ampio potere discrezionale, sul cui esercizio è escluso qualsiasi sindacato dei giudici comuni, poiché il giudizio sui mezzi idonei a garantire la sicurezza dello Stato ha natura politica». Ciò - precisa la Corte - non può impedire che il pubblico ministero indaghi sul fatto di reato, immutato restando il disvalore penale dell'accadimento. Quando, tuttavia, la fonte di prova secretata apparisse essenziale per la ricostruzione dei fatti e non vi fossero fonti di prova diverse, con la conseguente necessità per il giudice di pronunciare una sentenza di non doversi procedere per l'esistenza di un segreto di Stato a norma degli artt. 202, comma 3, c.p.p. e 41, comma 3, della legge n. 124 del 2007, «non potrebbe scorgersi in ciò alcuna antinomia con i concorrenti principi costituzionali, proprio perché un tale esito - espressamente previsto dalla legge - non è altro che il portato della preminenza dell'interesse della sicurezza nazionale, alla cui salvaguardia il segreto di Stato è preordinato, rispetto alle esigenze dell'accertamento giurisdizionale».

In effetti - come la Corte ribadisce tornando su un punto già affrontato con la sua precedente sentenza n. 106 del 2009 - nella vicenda di specie il segreto di Stato non aveva mai avuto ad oggetto il reato di sequestro in se stesso, sul quale infatti ben avrebbe potuto l'autorità giudiziaria continuare ad operare secondo le procedure ordinarie; il vincolo aveva invece riguardato i rapporti tra i Servizi segreti italiani e quelli stranieri e gli assetti organizzativi ed operativi del Sismi, estendendosi necessariamente a «tutti i fatti, notizie e documenti concernenti le eventuali direttive operative, gli *interna corporis* di carattere organizzativo e operativo, nonché i rapporti con i Servizi stranieri, anche se riguardanti le *renditions* ed il sequestro di Abu Omar».

L'unico rilievo che avrebbe potuto tramutarsi in un limite al vincolo, qualora appurato, poteva concernere la illiceità delle attività poste in essere dagli agenti dei Servizi in assenza ovvero oltre i limiti tracciati dalle direttive autorizzatorie. Infatti, in base al dettato dell'art. 204, comma 1 *bis*, c.p.p., l'immunità

funzionale degli appartenenti ai Servizi non opera quando le condotte poste in essere abbiano violato la disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista per l'attività del personale dei Servizi di informazione per la sicurezza. La medesima disposizione puntualizza che «si considerano violazioni della predetta disciplina le condotte per le quali, essendo stata esperita l'apposita procedura prevista dalla legge, risulta esclusa l'esistenza della speciale causa di giustificazione».

L'"apposita procedura" cui il codice fa riferimento è - come noto - quella prevista dal comma 6 dell'art. 18 della legge n. 124 del 2007, che, disciplinando le procedure di autorizzazione delle condotte previste dalla legge come reato, stabilisce che nei casi in cui le condotte in oggetto «sia(no) stat(e) post(e) in essere in assenza ovvero oltre i limiti delle autorizzazioni previste dal presente articolo, il Presidente del Consiglio dei ministri adotta le misure necessarie e informa l'autorità giudiziaria senza ritardo».

Ebbene, afferma conclusivamente la Corte, qualora l'assunto della Cassazione fosse stato corretto, il Presidente del Consiglio dei ministri avrebbe dovuto tenere un comportamento del tutto antitetico a quello effettivamente tenuto: «la ribadita e confermata sussistenza del segreto, invece, ed il correlativo promovimento dei vari conflitti, attestano, di per sé, la implausibilità della tesi che vorrebbe ricondurre i fatti nel quadro di una iniziativa adottata "a titolo personale" dai vari imputati (...)».

Per tale essenziale ragione, i giudici costituzionali accolgono i ricorsi promossi, dovendosi escludere che una autorità diversa da quella cui esclusivamente compete di ricorrere alla apposizione di un segreto per la tutela del preminente interesse della sicurezza dello Stato-comunità alla propria integrità ed alla propria indipendenza, costituzionalmente protetto dall'art. 52, possa intervenire, attraverso una attività di "interpretazione", in definitiva modificando l'oggetto sul quale esso insiste.

Una volta che il Presidente del Consiglio dei ministri abbia apposto il segreto ed abbia indicato, secondo le modalità che reputi più idonee a perseguire il fine cui l'istituto medesimo è preordinato, l'oggetto sul quale esso ricade, deve ritenersi precluso per l'autorità giudiziaria - e nonostante rimanga inalterato il potere-dovere del pubblico ministero di svolgere indagini e di esercitare eventualmente l'azione penale -, non solo utilizzare notizie "anche indirettamente" coperte da quel vincolo, ma soprattutto adottare «comportamenti nella sostanza elusivi dei vincoli che dal segreto devono - in relazione a quello specifico "oggetto"- scaturire».

SEZIONI UNITE

di Antonio Corbo

IL CONFLITTO DI COMPETENZA È CONFIGURABILE SOLO TRA ORGANI GIURISDIZIONALI E DI ESSO NON PUÒ ESSERE PARTE IL PUBBLICO MINISTERO
(*Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 9605*)

Con la sentenza n. 9605 emessa il 28 novembre 2013, e depositata il 27 febbraio 2014, le Sezioni Unite hanno affermato che il conflitto di competenza è configurabile solo nei rapporti tra organi giurisdizionali, e che, di conseguenza, la situazione di conflittualità tra giudice e pubblico ministero non è inquadrabile neppure sotto il profilo dei casi analoghi previsti dall'art. 28 c.p.p.

È utile premettere che il principio in questione è stato enunciato in relazione ad una vicenda avente ad oggetto la liquidazione del compenso del consulente tecnico in materia tossicologica nominato dal pubblico ministero in relazione ad un procedimento che, alla data dell'istanza di pagamento, pendeva ormai davanti al tribunale. Precisamente, ad avviso dell'ufficio requirente, la liquidazione doveva essere disposta dal giudice, che, invece, accedendo all'opposta opinione, e dopo aver invano ritrasmesso gli atti al pubblico ministero, aveva sollevato conflitto di competenza.

Le Sezioni Unite, pertanto, dovendo decidere della questione, hanno dovuto preliminarmente risolvere quella relativa all'ammissibilità del conflitto di competenza tra giudice e pubblico ministero.

La sentenza in rassegna ha evidenziato che la tesi della configurabilità di un conflitto negativo di competenza, "sub specie" di caso analogo, era stata accolta da sez. I, 10.10.2012, n. 46673, *CED Cass.*, 254022, nonché da sez. I, 10.10.2012, n. 46674, non mass. e da sez. I, 10.10.2012, n. 46675, non mass.

Ha, però, dichiarato di non condividere tale posizione, posto che l'art. 28, comma 1, c.p.p. contempla il contrasto solo tra "giudici", e che l'art. 28, comma 2, nel prevedere l'applicabilità delle disposizioni del precedente comma ai casi analoghi, impiega l'espressione "tuttavia", per raccordare il

primo al secondo periodo, quest'ultimo specificamente riferito al contrasto tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento. Ha inoltre ricordato che anche la Relazione preliminare al codice di procedura penale aveva chiarito espressamente che "si è volutamente evitato qualsiasi riferimento a casi di contrasto tra pubblico ministero e giudice proprio per sottolineare che eventuali casi di contrasto non sono riconducibili alla categoria dei conflitti e ciò anche in considerazione della qualità di parte, sia pure pubblica, che il pubblico ministero ha nel contesto del nuovo codice di procedura penale".

Posti questi argomenti, le Sezioni Unite hanno osservato che l'orientamento accolto risulta assolutamente maggioritario in giurisprudenza, la quale a tal fine ritiene dirimente la qualità di "parte" del pubblico ministero (cfr. tra le tantissime: sez. I, 21.5.1990, n. 1405, *CED Cass.*, 184589; sez. I, 21.1.2000, n. 451, *CED Cass.*, 215378; sez. I, 9.4.2009, n. 17357, *CED Cass.*, 243568; sez. I, 5.5.2009, n. 26733, *CED Cass.*, 244649), nonché coerente con il principio enunciato dalle Sezioni Unite con sentenza 11.7.2001, n. 34536, *CED Cass.*, 219598, secondo cui i provvedimenti del p.m., in quanto atti di parte, non sono atti giurisdizionali, e, come tali, non impugnabili neppure per contestarne l'abnormità.

All'affermazione del principio secondo il quale tra giudice e pubblico ministero non è configurabile un conflitto a norma dell'art. 28 c.p.p., neppure come caso analogo, la pronuncia del Supremo organo di garanzia della nomofilachia ha poi fatto seguire la seguente conseguenza: il p.m., a fronte della decisione del giudice che gli rimette gli atti, o si adegua alla stessa o propone impugnazione denunciandone l'abnormità. In questo senso, del resto, già si erano espresse le Sezioni Unite con sentenza 25.2.2004, n. 19289, *CED Cass.*, 227355, in ordine alla questione della competenza a decidere sulla domanda di ammissione al gratuito patrocinio, ritenendo abnorme il provvedimento con cui il g.i.p. aveva disposto la

SEZIONI UNITE

trasmissione, per competenza, al p.m. di una tale domanda.

Una volta raggiunte queste conclusioni, le Sezioni Unite hanno anche affrontato e risolto, “per elementari ragioni di economia processuale”, la questione relativa al soggetto competente a decidere in ordine alla liquidazione del compenso del consulente nominato dal pubblico ministero.

A tal fine, la decisione ha evidenziato, in via preliminare, che la disciplina del Testo Unico di cui al d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, sulle spese di giustizia, non ha carattere innovativo in relazione alla disciplina della competenza contenute dal codice di procedura penale, sia pure nei procedimenti incidentali, in ragione dei limiti della delega conferita al Governo per la sua adozione, così come era stato già affermato anche dalle stesse Sezioni Unite con sentenza 11.7.2001, n. 34536, *CED Cass.*, 219598, e che, di conseguenza, si applicano in materia le disposizioni del codice di rito.

La pronuncia, quindi, ha rilevato che la disposizione decisiva risulta dal combinato disposto degli artt. 73 disp. att. c.p.p. e 232 c.p.p., atteso che il primo, specificamente relativo al consulente del pubblico ministero, fa rinvio, ai fini della liquidazione del compenso, al criterio posto dall’art. 232 c.p.p., relativo al perito nominato dal giudice. Ha pure osservato che tale regola è coerente conseguenza “dello stretto vincolo fiduciario che intercorre tra autorità che designa e soggetto designato quale perito o consulente e delle responsabilità che derivano al magistrato dalle liquidazioni dal medesimo ordinate (art. 172 T.U.)”. Ha però sottolineato che la medesima regola, proprio in quanto derivante da una speciale disposizione normativa, “non incide sulla regola fissata in via generale dall’art. 168 T.U. per il custode e gli altri ausiliari ivi menzionati”.

* * *

I LIMITI DI AMMISSIBILITÀ DEL SEQUESTRO PREVENTIVO NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA PER REATI TRIBUTARI

(*Cass.*, sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561)

Con la sentenza n. 10561 emessa il 30 gennaio 2014, e depositata il 5 marzo 2014, le Sezioni Unite hanno affermato, in particolare, che: è consentito il sequestro preventivo nei confronti di una persona giuridica finalizzato alla confisca diretta del profitto derivante dal reato tributario commesso dai suoi organi, quando il profitto sia costituito da denaro o altri beni fungibili o comunque da beni direttamente ad esso

riconducibili, e questi beni siano nella disponibilità della medesima persona giuridica; non è, invece, mai consentito il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica in relazione a violazioni tributarie commesse dai suoi organi, salvo il caso che la società sia un mero schermo fittizio.

Ai fini dell’affermazione degli indicati principi, le Sezioni Unite hanno innanzitutto premesso che, in relazione al profitto derivante da reati tributari, è ammissibile tanto la confisca per equivalente, a norma dell’art. 322 *ter* c.p., cui fa integrale rinvio l’art. 1, comma 143, della legge n. 244 del 2007, quanto la confisca diretta prevista dall’art. 240 c.p.

La sentenza ha poi rilevato che “la confisca diretta del profitto di reato è istituito ben distinto dalla confisca per equivalente” e che, come evidenziato da numerosi precedenti, in essa rientrano, in ogni caso, l’ablazione di denaro o beni fungibili (si citano: sez. VI, 14.6.2007, n. 30966, *CED Cass.*, 236984; sez. III, 25.9.2012, n. 1261, *CED Cass.*, 254175, specificamente relativa a reati tributari; sez. VI, 25.3.2003, n. 23773, *CED Cass.*, 225757), ma anche l’appropriazione di “ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell’attività criminosa” (si citano: sez. II, 6.11.2008, n. 45389, *CED Cass.*, 241973; sez. VI, 21.10.1994, n. 46141, *CED Cass.*, 200855; Sezioni Unite, 25.10.2007, n. 10280, *CED Cass.*, 238700).

Ha aggiunto, quindi, che, a norma dell’art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 231 del 2001, la confisca del profitto del reato nei confronti della persona giuridica è “comunque disposta ... anche nella forma per equivalente” persino quando non sia possibile la confisca-sanzione di cui all’art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, e che tale misura, così come affermato dalle Sezioni Unite con sentenza 27.3.2008, n. 26654, *CED Cass.*, 239925, costituisce “strumento volto a ristabilire l’equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell’ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure inconsapevolmente) un profitto geneticamente illecito”.

Ha infine rappresentato che, in linea generale, ed in conformità con l’opinione giurisprudenziale già esistente, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, anche solo transitoriamente.

Compiute queste osservazioni, la decisione ha osservato che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca – per equivalente – per violazioni tributarie è possibile nei confronti della persona giuridica solo

se questa costituisca un mero schermo attraverso cui l'amministratore agisca come titolare.

A quest'ultimo proposito, le Sezioni Unite hanno evidenziato il contrasto esistente in giurisprudenza.

Secondo alcune decisioni, infatti, la possibilità di procedere alla confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per reati tributari attribuiti al legale rappresentante sarebbe possibile in considerazione del rapporto organico tra il soggetto indagato e la società (così sez. III, 9.6.2011, n. 26389, *CED Cass.*, 250679), ovvero perché i rapporti tra la persona fisica e l'ente sarebbe riconducibili allo schema del concorso nel reato (in questi termini, sez. III, 11.4.2012, n. 17485, non mass.), ovvero ancora, quando l'autore del reato abbia la disponibilità dei beni sociali (per questa affermazione, sez. III, 7.6.2011, n. 28731, non mass.).

Le Sezioni Unite, tuttavia, hanno osservato che: la prima argomentazione confligge con il divieto di estensione analogica della disciplina della confisca per equivalente, che si basa su specifiche disposizioni di legge, e non considera che la società potrebbe addirittura costituirsi parte civile contro l'amministratore; il secondo rilievo è in contrasto con il sistema del diritto positivo che non contempla un concorso della persona giuridica nel reato, ma solo una responsabilità amministrativa nascente da reato; la terza osservazione trascura che la disponibilità dei beni sociali da parte dell'amministratore è nell'interesse dell'ente e non suo proprio, tanto che l'eventuale appropriazione indebita integra il reato di cui all'art. 646 c.p., aggravato a norma dell'art. 61, n. 11, c.p.

Le Sezioni Unite, quindi, hanno aggiunto che la confisca per equivalente nei confronti dell'ente non è prevista né dalla disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 con riferimento ai reati tributari, né dall'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, né dall'art. 322 *ter* c.p. e che le citate disposizioni non sono suscettibili di interpretazione analogica, attesa la natura eminentemente sanzionatoria della confisca per equivalente, come già evidenziato dalla sentenza sez. un. 31.1.2013, n. 18374, *CED Cass.*, 255037.

Le stesse, infine, hanno rilevato che "la situazione normativa delineata presenta profili di irrazionalità" in considerazione delle esigenze che la legge istitutiva della responsabilità amministrativa degli enti intende tutelare, ma che questa irrazionalità "non è peraltro suscettibile di essere rimossa sollevando una questione di legittimità costituzionale, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale il secondo comma dell'art. 25 Cost. deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi

della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore", così come osservato anche dalla sentenza sez. un., 25.6.2009, n. 38691, *CED Cass.*, 244189.

* * *

ORDINE DI IMPUTAZIONE COATTA E ABNORMITÀ
(*Cass.*, sez. un., 30 gennaio 2014, n. 4319)

Con la sentenza n. 4319 emessa il 28 novembre 2013, e depositata il 30 gennaio 2014, le Sezioni Unite hanno affermato che l'ordine di imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata o nei confronti di questa, ma per reato diverso da quello per il quale il pubblico ministero aveva chiesto l'archiviazione sono atti abnormi.

La sentenza osserva, preliminarmente, che la questione esaminata ha dato luogo ad un ampio contrasto di giurisprudenza, posto che, secondo alcune decisioni – tra le quali sez. VI, 28.9.2012, n. 42508, *CED Cass.*, 253617, sez. VI, 20.1.2010, n. 9005, *CED Cass.*, 246407, sez. V, 7.10.2008, n. 43262, *CED Cass.*, 241724 e sez. I, 24.11.2006, n. 41207, *CED Cass.*, 236003 – l'ordine di imputazione coatta del g.i.p. nei casi indicati non costituirebbe atto abnorme, mentre secondo altre pronunce – tra le quali sez. V, 16.2.2012, n. 12987, *CED Cass.*, 252312, sez. VI, 13.10.2009, n. 41409, *CED Cass.*, 245476, sez. III, 27.5.2009, n. 28481, *CED Cass.*, 244565, sez. II, 3.4.2006, n. 19447, *CED Cass.*, 234200 – la soluzione da accogliere sarebbe quella opposta.

La decisione, poi, rileva che il tema da approfondire ha ad oggetto la delimitazione dei poteri di controllo attribuiti al giudice per le indagini preliminari sull'operato del pubblico ministero per assicurare il rispetto del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e che le coordinate di fondo dei rapporti tra i due soggetti sono improntati ad una netta distinzione tra le funzioni inquirenti, attribuite in via esclusiva al pubblico ministero, e quelle giudicanti, al fine di assicurare la terzietà del giudice, in applicazione dei principi costituzionali e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

A questo punto, le Sezioni Unite richiamano i principi precedentemente affermati in materia dalla Corte costituzionale e dalle precedenti decisioni delle Sezioni Unite.

Si segnala, pertanto, con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che le sentenze n. 88 del 1991, n. 478 del 1993, n. 176 del 1999 hanno riconosciuto che il controllo di legalità del giudice investe l'integralità dei risultati delle inda-

SEZIONI UNITE

gini e che sono conformi ai principi della Carta fondamentale i poteri del g.i.p. di ordinare al pubblico ministero sia l'espletamento di nuove indagini, sia la formulazione dell'imputazione, sia l'iscrizione nel registro delle notizie di reato delle persone cui il reato risulti attribuibile, e che, invece, le ordinanze n. 348 del 2005 e n. 286 del 2012 hanno escluso una lesione dei diritti di difesa incompatibile con i principi fondamentali laddove l'ordine di imputazione coatta non sia stato preceduto dall'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.*, in quanto lo stesso segue ad una piena ostensione all'indagato delle indagini espletate per effetto di quanto stabilisce l'art. 408, comma 1, c.p.p.

Si rappresenta, poi, in ordine alla precedente giurisprudenza delle Sezioni Unite, che la sentenza 31.5.2005, n. 22909, *CED Cass.*, 231163 aveva affermato, per un verso, la legittimità dell'ordine del g.i.p. nei confronti del p.m. di iscrivere nel registro di notizie di reato soggetti non indagati, e, per l'altro, l'abnormità del provvedimento di rinvio ad altra udienza al fine di valutare se disporre l'imputazione coatta: ciò perché il giudice, da un lato, ha un potere di controllo completo sugli atti del p.m. e il potere di procedere ad iscrizione è implicitamente presupposto dal potere di ordinare nuove indagini, in quanto assicura il rispetto delle regole di legalità formale per queste ultime; dall'altro, però, "non può prendere egli l'iniziativa di esercitare l'azione penale in nome e per conto del p.m.", il quale, "nel seguire le indicazioni del g.i.p., potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri attribuiti gli dalla legge, primo fra tutti quello di adottare le determinazioni conseguenti all'esito delle indagini espletate". Si evidenzia, ancora, che nella medesima decisione del 2005, tra l'altro, si osservava, sia pure incidentalmente, che l'ordine di formulare un'imputazione coatta nei confronti di persona non indagata avrebbe costituito, insieme, un'indebita ingerenza nei poteri dell'organo inquirente e una violazione dei diritti di difesa di una persona, che proprio in quanto non indagata, non aveva potuto partecipare all'udienza camerale.

La conclusione, allora, è nel senso di ribadire i richiamati di principi, già affermati con riferimento all'ordine di imputazione coatta nei confronti di persone non indagata, e di estenderne l'applicazione anche in riferimento a reati per i quali non si era mai proceduto ad iscrizione nel registro delle notizie di reato, anche se riferiti ad indagati: anche in questa ipotesi si verifica un'indebita ingerenza nella sfera di autonomia del p.m., precludendo al medesimo di adottare autonome determinazioni.

Si aggiunge, infine, che il provvedimento con cui il giudice ordina al p.m. di formulare l'imputazione

coatta nei confronti di persona non indagata o nei confronti di questa, ma per reato diverso da quello per il quale il pubblico ministero aveva chiesto l'archiviazione, proprio perché travalica i confini dei poteri del giudice in danno della sfera di attribuzioni del p.m., in violazione di principi di ordine costituzionale, assume indiscutibilmente i caratteri dell'abnormità, così come tipizzata dalla giurisprudenza.

* * *

L'EQUIPARAZIONE DELLE DISCHIARAZIONI SPONTANEE ALL'INTERROGATORIO

(*Cass.*, sez. un., 6 febbraio 2014, n. 5838)

Con la sentenza n. 5838 emessa il 28 novembre 2013, e depositata il 6 febbraio 2014, le Sezioni Unite hanno affermato che le dichiarazioni rese in sede di presentazione spontanea all'Autorità Giudiziaria equivalgono "ad ogni effetto" all'interrogatorio, e, come tali, sono idonee ad interrompere la prescrizione.

È bene precisare che il principio in questione non è stato enunciato in relazione a contrasto di giurisprudenza sul punto. La questione rimessa alle Sezioni Unite, in realtà, era la seguente: "se la presentazione della richiesta di applicazione della pena da parte dell'imputato e il consenso a quella proposta dal pubblico ministero costituiscono una dichiarazione legale tipica di rinuncia alla prescrizione non più revocabile". L'esame degli atti, tuttavia, consentiva al Collegio di accertare che, nella specie, la questione rimessa era ininfluenza ai fini della decisione, in quanto per nessun reato la prescrizione era maturata alla data della sentenza di patteggiamento.

Ai fini della decisione, assumevano rilievo, invece, il profilo dell'efficacia interruttiva delle dichiarazioni spontanee sul corso della prescrizione e quello, subordinato, dell'eventuale efficacia interruttiva anche nei confronti dei computati.

Con riferimento al primo aspetto, la sentenza rileva che dalla stessa lettera dell'art. 374 c.p.p. "balza evidente che, in caso di spontanea presentazione dell'indagato, qualora gli siano contestati i fatti per cui si procede, le sue dichiarazioni equivalgono ad ogni effetto, all'interrogatorio", e quindi, sono idonee ad interrompere il corso della prescrizione. L'unica sottolineatura, in linea con la pregressa giurisprudenza di legittimità (si citano sez. I, 31.10.2002, n. 39352, *CED Cass.*, 222846, e Sez. V, 2.4.1997, n. 6054, *CED Cass.*, 208089), è che occorre "una contestazione chiara e precisa del fatto addebitato", in quanto essa "rappresenta elemento in-

defettibile dell'interrogatorio e ragione prima della sua inclusione nell'elencazione tassativa contenuta nella norma predetta, sicché il semplice rilascio di dichiarazioni spontanee non può identificarsi, ontologicamente con l'atto disciplinato dagli artt. 64 e 65 cod. proc. pen."

Per quanto attiene al secondo profilo, poi, la pronuncia deriva la soluzione direttamente dalla formula dell'art. 161, primo comma, c.p., secondo cui la "sospensione e la interruzione della prescrizione hanno effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato"; osserva, inoltre, che "siffatto effetto 'estensivo' prescind[e] dalla contestuale valutazione procedimentale delle posizioni dei concorrenti, al punto da estendersi anche a coloro che vengano imputati del reato in un momento successivo", così come già rilevato da sez. VI, 14.1.2010, n. 3977, *CED Cass.*, 245857, e da sez. V, 7.6.2001, n. 31695, *CED Cass.*, 220190). Precisa, infine, per evitare equivoci, che detta estensione "riguarda i concorrenti di un determinato reato e non può, quindi, indiscrimina-

tamente applicarsi a quanti, per ragioni di connessione, siano imputati nello stesso procedimento per fatti diversamente qualificati e contestualizzati".

Può essere interessante aggiungere che le Sezioni Unite, tra gli altri motivi di ricorso, hanno deciso una doglianza che censurava la qualificazione giuridica del reato accolta nella sentenza di applicazione della pena *ex art.* 444 e ss. c.p.p. L'occasione, infatti, è stata utile per ribadire, da un lato, che "il ricorso per cassazione può denunciare anche l'erronea qualificazione giuridica del fatto, così come prospettata nell'accordo negoziale e recepita dal giudice, in quanto la qualificazione giuridica è materia sottratta alla disponibilità delle parti e l'errore su di essa costituisce errore di diritti rilevante ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) cod. proc. pen."; dall'altro, però, che questo errore "deve essere manifesto" ed è deducibile "nei soli casi in cui sussista l'eventualità che l'accorso sulla pena si trasformi in accordo sui reati", ma non anche quando "la diversa qualificazione presenti margini di opinabilità".

Richiesta di patteggiamento riformulata ed immanenza della parte civile

Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza 7 novembre 2013, n. 44906 – Pres. Serpico; Rel. Aprile

Il principio di immanenza della costituzione di parte civile impone di non considerare revocata la costituzione di parte civile in caso di mancata presentazione di conclusioni scritte nel giudizio ordinario in cui viene accolta una richiesta di patteggiamento riformulata dall'imputato, se queste sono state rassegnate in una precedente udienza in cui diversa istanza di applicazione di pena era stata rigettata.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO E CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con la sentenza sopra indicata il Tribunale di Treviso disponeva, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., l'applicazione della pena di giorni venti di reclusione ed euro 120,00 di multa nei confronti di Denis Foltran in relazione al reato contestatogli di cui all'art. 388, commi 3 e 4, cod. pen.

Rilevava il Tribunale come nessuna statuizione dovesse essere adottata con riferimento alle spese sostenute dalla parte civile Luca Pizzolato in quanto la stessa aveva formulato le sue conclusioni in una precedente udienza, nella quale altra richiesta di patteggiamento era stata rigettata per erroneo calcolo della pena, e non l'aveva reiterata nella successiva udienza fissata per il prosieguo del processo.

2. Avverso tale sentenza ha presentato ricorso la parte civile Pizzolato, con atto sottoscritto dal suo difensore e procuratore speciale avv. Flavio Tibaldo, il quale ha dedotto i seguenti tre motivi.

2.1. Violazione di legge, in relazione agli artt. 444 e 76 cod. proc. pen., per avere il Tribunale erroneamente disatteso la richiesta di liquidazione delle spese di difesa avanzata dalla parte civile nella precedente udienza, che aveva conservato validità per il principio di immanenza della costituzione.

2.2. Abnormità della sentenza gravata, per avere il Tribunale accolto la richiesta di applicazione della pena reiterata nel corso del giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, laddove l'istanza non era ammissibile in quanto non si trattava di reiterazione di precedente richiesta rigettata dal giudice per le indagini preliminari.

2.3. Abnormità della sentenza, per avere il Tribunale ritenuto la fondatezza della richiesta di applicazione di pena benché fosse errato il calcolo della pena e la valutazione delle circostanze, anche in relazione al comportamento tenuto dall'imputato ed ai precedenti penali dello stesso.

3. Con conclusioni rassegnate per iscritto il 25/06/2013 il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Enrico Delehay, ha chiesto l'annullamento della sentenza con rinvio limitatamente all'omessa liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile.

4. Ritiene la Corte che il ricorso sia fondato, nei limiti di seguito precisati.

4.1. Il secondo motivo del ricorso è manifestamente infondato, in quanto, per un verso, il reato per il quale si procedeva nei riguardi dell'imputato era tale da consentire l'esercizio dell'azione penale mediante l'emissione del decreto di citazione diretta a giudizio ai sensi degli artt. 550 e segg. cod. proc. pen., di talché la richiesta di applicazione di pena non poteva che essere formulata per la prima volta dinanzi al giudice del dibattimento; ed in quanto, per altro verso, è pacifico che la richiesta di patteggiamento, laddove non abbia ricevuto il consenso del P.M. o - come nella specie è accaduto - sia stata rigettata dal giudice, ben possa essere riformulata, in termini diversi da quella della precedente istanza, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado (in questo senso Sez. 6, n. 20794 del 19/01/2010, Lazhar, Rv. 247361; Sez. 3, n. 28641 del 28/05/2009, Fontana, Rv. 244581).

4.2. Il terzo motivo del ricorso è inammissibile.

Costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale l'impugnazione della parte civile non può essere diretta ad ottenere una modifica delle statuizioni penali, limitando l'art. 576 cod. proc. pen. il potere di impugnazione della stessa ai capi della sentenza di condanna riguardanti l'azione civile nonché alle sentenze di proscioglimento (così, ex plurimis, Sez. 3, n. 5860/12 del 12/10/2011, C., Rv. 252120).

Alla stregua di tale regola, che risponde al principio di tassatività vigente in materia di impugnazioni, deve esclu-

dersi l'ammissibilità del ricorso per cassazione proposto dalla parte civile nella parte in cui viene posta in discussione la correttezza delle statuizioni penali.

4.3. È, invece, fondato il primo motivo del ricorso.

Nel sistema del codice di procedura penale vige il principio della c.d. immanenza della costituzione della parte civile, nel senso che il danneggiato che abbia esercitato l'azione civile nell'ambito del processo penale, conserva la qualità di parte in tutti gli stati e gradi del processo, senza necessità di ulteriori adempimenti ricognitivi. È considerato corollario di tale principio la regola per la quale non può essere qualificata come revoca tacita o presunta della costituzione di parte civile la mancata comparizione della stessa nel corso della fase finale del giudizio, salvo che la medesima assenza non si traduca nella mancata presentazione delle conclusioni, così come espressamente stabilito dall'art. 82, comma 2, cod. proc. pen. Da tanto consegue che non costituisce una manifestazione tacita o presunta di revoca la mancata partecipazione della parte civile ad una mera udienza interlocutoria ovvero la mancata presentazione delle conclusioni laddove queste siano state rassegnate in una precedente fase o in un precedente grado del giudizio: così, ad esempio, il giudice è tenuto a pronunciarsi sull'azione civile in sede di legittimità, se la parte civile non è comparsa, ma aveva rassegnato le sue conclusioni nei gradi precedenti (in questo senso Sez. 5, n. 35096 del 04/05/2010, Lakhli-fi, Rv. 248398); nel giudizio di secondo grado se la parte civile, benché assente, aveva formulato le sue conclusioni nel giudizio di primo grado (così, tra le diverse, Sez. 2, n. 24063 del 20/05/2008, Quintile e altro, Rv. 240616); nel

giudizio di rinvio, a seguito di annullamento della pronuncia di appello, se la parte civile aveva presentato le sue conclusioni sempre nel giudizio di *prime cure* (così, *ex multis*, Sez. 6, n. 48397 del 11/12/2008, Russo e altro, Rv. 242132); ed anche se non compare nella discussione finale nel corso del giudizio abbreviato, se la parte civile aveva accettato tale rito speciale ed aveva già formulato le sue conclusioni in precedenza in forma scritta (così Sez. 3, n. 6249/11 del 22/12/2010, N., Rv. 249533).

Può essere, dunque, enunciato il principio di diritto per il quale la mancata presentazione delle conclusioni scritte nel giudizio ordinario, nel quale il giudice accolga una richiesta di patteggiamento riformulata dall'imputato, non determina la revoca della costituzione di parte civile qualora le conclusioni siano state rassegnate dalla stessa parte nel corso della precedente udienza nella quale altra richiesta di patteggiamento era stata rigettata, rimanendo quelle conclusioni valide, in quanto tali, in ogni stato e grado del processo, in virtù del principio di immanenza della costituzione di parte civile.

Alla luce di questi criteri ermeneutici va ritenuta non corretta la decisione del Giudice *a quo* di non pronunciarsi, con la sentenza di accoglimento della richiesta di applicazione di pena avanzata dall'imputato Foltran, con il consenso del P.M., sulla istanza di liquidazione delle spese di difesa sostenute dalla parte civile Pizzolato, da questi avanzata nella precedente udienza.

La sentenza impugnata deve essere, dunque, annullata con rinvio al Tribunale di Treviso che, in diversa composizione, deciderà sulla richiesta di liquidazione delle spese di difesa sostenute dalla parte civile.

[Omissis]

MARILENA COLAMUSSI

Professore aggregato di Diritto processuale penale - Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Le conclusioni della parte civile: dove, come, quando

The Conclusions of the Civil Party

L'esodo obbligato della parte civile dal processo penale celebrato in forma contratta, a seguito di "applicazione della pena su richiesta delle parti", comporta la condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali sostenute per la costituzione, salvo effetto compensatorio (art. 444, comma 2, c.p.p.). Secondo il principio d'immanenza, non integra revoca tacita o presunta dell'atto di costituzione di parte civile l'omessa presentazione delle conclusioni in forma scritta nel giudizio durante il quale il giudice accoglie la richiesta di patteggiamento riformulata dall'imputato se le conclusioni siano state rassegnate dalla stessa parte nel corso della precedente udienza.

The forced retirement of the civil party from a criminal trial in which plea bargaining has been used to accelerate proceedings, leads to the defendant being required to pay the costs incurred for the constitution of the civil party, except for compensatory effect (Article 444, paragraph 2, of the Criminal Procedure Code).

The failure to provide conclusions in written form in the ordinary trial does not represent tacit, or presumed revocation of the constitution of the civil party, provided that the conclusions have been supplied by the civil party in the course of the previous hearing, in deference to the principle "di immanenza".

RICHIESTA DI PATTEGGIAMENTO RIFORMULATA

LA QUESTIONE GIURIDICA

La Suprema Corte, nella decisione che si annota, affronta un'ennesima questione riguardante le sorti della parte civile estromessa dal processo penale concluso con un patteggiamento, la quale si vede negato il diritto alla liquidazione delle spese sostenute per la costituzione - poste dal legislatore a carico dell'imputato - per aver rassegnato le sue conclusioni in un'udienza precedente rispetto a quella in cui il processo viene definito.

La soluzione giurisprudenziale muove dall'affermazione del principio di immanenza della costituzione di parte civile che, se pur ridimensionato nelle scelte del legislatore, spiega i suoi effetti in ogni stato e grado del processo e dunque anche in relazione alle conclusioni formulate dal danneggiato, escludendo così che la sua assenza ad una mera udienza interlocutoria, ovvero la mancata riproposizione delle conclusioni, possa integrare un'ipotesi di revoca tacita o presunta dell'atto di costituzione.

Il percorso logico-giuridico tracciato nella decisione segue l'orientamento giurisprudenziale già solcato su questioni affini, ma per la prima volta si sofferma sull'applicazione del principio di immanenza della costituzione di parte civile nell'ambito dello stesso grado di giudizio, per giunta definito in forma contratta con l'applicazione della pena su richiesta delle parti. La riflessione pertanto concerne le implicazioni del principio di immanenza evidentemente ridimensionato, ma non del tutto cancellato allorché il processo si conclude con un patteggiamento. Senza trascurare il corollario di tale principio che comporta la tassatività delle ipotesi di revoca tacita o presunta della costituzione di parte civile, così come espressamente previste dall'art. 82, comma 2, c.p.p. che annovera tra i casi: l'omessa formulazione delle conclusioni nel giudizio di primo grado, richiamando a sua volta l'art. 523 c.p.p. in base al quale dette conclusioni devono essere presentate in forma scritta. Ne consegue che per valutare la fondatezza della pretesa risarcitoria occorre stabilire in che misura rilevano: sede, forma, tempi e contenuti delle conclusioni formulate dalla parte civile.

LE IMPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI IMMANENZA DELLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE SUL PATTEGGIAMENTO

Mutuato dal codice previgente, il principio di immanenza della costituzione di parte civile (art. 76, comma 2, c.p.p.) richiede una chiave di lettura coe-

rente con l'attuale sistema che scoraggia l'azione risarcitoria in sede penale, quale sacrificio necessario per garantire la semplificazione e la speditezza del processo¹. Fermo restando che una volta compiute le formalità utili alla costituzione, il ruolo di "parte" si conserva in ogni stato e grado del processo, senza la necessità di ulteriori adempimenti ricognitivi, si possono configurare vicende alternative che pregiudicano la facoltà di custodire in sede penale la pretesa risarcitoria.

In questa ottica la parte civile è costretta ad abbandonare il processo penale allorché le parti essenziali optano per una definizione anticipata del rito, quale quella della pena patteggiata, priva di qualsiasi accertamento probatorio e sgombra dell'azione risarcitoria, in cui prevale, per un verso, l'interesse deflattivo della pena e, per altro verso, del processo. Si tratta di una scelta processuale subita dalla parte civile che, proprio per questa ragione, conserva sia il diritto a riproporre l'azione civile in sede naturale senza subirne - eccezionalmente - la sospensione, sia il diritto al risarcimento delle spese processuali sostenute per la costituzione che restano a carico dell'imputato salvo compensazione (art. 444, comma 2, c.p.p.).

Ne consegue che l'operatività del principio di immanenza può essere inibita sia da ragioni estranee alla volontà della parte civile regolarmente costituitasi ma estromessa dal rito definito anticipatamente con l'applicazione della pena su richiesta delle parti, sia da motivi fisiologici che rientrano nella sfera delle scelte processuali dello stesso danneggiato, il quale espressamente o tacitamente può decidere di abbandonare la sede penale.

Nella fattispecie in esame, la compressione del principio di immanenza si verifica certamente per la prima ragione, connessa con la definizione anticipata del rito, mentre, non si può ritenere che la condotta processuale tenuta dalla parte civile integri un'ipotesi di revoca tacita o presunta della sua costituzione.

Procedendo per gradi, in estrema sintesi, giova ricordare che le ipotesi di revoca delineate dal legislatore sono tassative e, pertanto, non suscettibili di interpretazione analogica. Accanto alla volontà manifestata espressamente attraverso una dichiarazione scritta od orale pronunciata durante l'udienza, i casi di revoca tacita sono riconducibili soltanto a due comportamenti concludenti: l'omessa presentazione delle conclusioni scritte nel giudizio di primo grado e il trasferimento dell'azione civile in sede

¹ Nofri, *Sul principio di immanenza della costituzione di parte civile*, Riv. dir. processuale pen., 2001, 112.

propria (art. 82 c.p.p.)². La disciplina attuale riproduce solo in parte quella previgente, in quanto non è più contemplata l'ipotesi della mancata comparizione della parte civile all'udienza e neppure il suo allontanamento (art. 102, comma 1, c.p.p. 1930), il che probabilmente ha generato il dubbio nel caso di specie.

Non la semplice inerzia della parte civile equivale, dunque, a revoca tacita o presunta della sua costituzione nel processo penale, bensì una condotta processuale ben precisa, da cui si evinca senza margini di dubbio la volontà della parte di lasciare la sede penale. Detta condotta può essere attiva e consistere nel trasferimento dell'azione risarcitoria nella sede propria (art. 75, comma 3, c.p.p.) ovvero omissiva e sostanzarsi nella mancata presentazione delle conclusioni scritte.

Ora, nel caso in esame non sembra essere integrata questa seconda ipotesi, dal momento che le conclusioni risultano rassegnate e regolarmente depositate nella stessa fase del processo, ma nel corso di una precedente udienza durante la quale era stata respinta una richiesta di patteggiamento, riformulata dall'imputato e accolta nell'udienza successiva, allorché la parte civile non compare. È evidente che l'omessa comparizione non costituisce un caso di revoca tacita, in quanto la pretesa risarcitoria del danneggiato è stata correttamente e inequivocabilmente formulata mediante la presentazione delle conclusioni scritte, la cui riproposizione nella successiva udienza sarebbe stata superflua, oltre che ridondante, e in contrasto con la logica dell'immanenza della costituzione della parte civile. A ben guardare, come la Suprema Corte ha precisato in un'altra decisione affine, «in mancanza delle conclusioni non si forma il *petitum* sul quale il giudice possa pronunziarsi, mentre le conclusioni rassegnate in primo grado restano valide in ogni stato e grado del processo»³.

D'altronde l'orientamento seguito nella decisione in epigrafe appare quanto mai condivisibile anche perché segue una consolidata giurisprudenza secondo cui, in virtù del principio di immanenza della costituzione di parte civile, non costituisce revoca tacita o presunta né la mancata partecipazione della stessa parte a un'udienza interlocutoria, né l'omessa presentazione delle sue conclusioni scritte, sempre che queste siano state depositate durante

una precedente udienza o in un precedente grado del giudizio. Ne consegue che le conclusioni rassegnate in primo grado dalla parte civile restano valide in ogni stato e grado del processo e pertanto «la mancata partecipazione al giudizio di appello della parte civile, per il principio di immanenza della costituzione, non può essere interpretata come revoca tacita o presunta di questa»⁴. Parimenti, nel giudizio di Cassazione, il giudice è chiamato a pronunziarsi sull'azione civile anche se la parte civile non compare, avendo rassegnato le sue conclusioni nei gradi precedenti⁵. Alle stesse conclusioni si giunge con riferimento al giudizio di rinvio, a seguito di annullamento della pronuncia di appello, sempre che la parte civile abbia depositato le sue conclusioni nel giudizio di prime cure⁶. Analoga soluzione è stata adottata dalla Suprema Corte con riferimento al giudizio abbreviato, per cui «non determina revoca implicita della costituzione l'assenza della parte civile all'udienza di discussione nel giudizio abbreviato incondizionato, di cui abbia accettato gli effetti, se le conclusioni siano state in precedenza formulate in forma scritta»⁷.

Nella fattispecie in esame, la parte civile si muove nell'ambito dello stesso grado di giudizio dove formalizza e completa la sua domanda risarcitoria mediante il deposito delle conclusioni scritte, esaurendo così tutti gli adempimenti che giustificano la sua ragion d'essere nel processo penale. In tale condotta processuale non sembra affatto ravvisabile un'ipotesi di revoca tacita dell'atto di costituzione, ma al contrario - secondo quanto affermato dalla Suprema Corte nella decisione in esame - prevale la logica dell'immanenza che vede la parte civile conservare il suo *status* nell'ambito del processo penale, fino a quando non verrà estromessa a causa dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

A ben guardare, esiste anche un altro argomento logico-giuridico utile ad avallare l'orientamento seguito dalla Cassazione che concerne la natura giuridica della revoca, quale negozio processuale unilaterale e recettizio, vale a dire che esplica i suoi effetti solo se e quando viene portata a conoscenza delle altre parti del processo, senza che sia necessaria l'accettazione⁸. Invero, nel caso di specie non

² Per ulteriori approfondimenti v. Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato*, Dean (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Spangher, I, Torino, 2008, 5735.

³ Così Cass., sez. II, 20 maggio 2008, n. 24063, *Cass. pen.*, 2009, 3937.

⁴ Così Cass., sez. II, 20 maggio 2008, n. 24063, cit. In senso conforme: Cass., sez. IV, 16 giugno 2003, n. 37808, *Guida dir.*, 2004, 2, 105; Cass., sez. VI, 6 maggio 2003, n. 225576, *Cass. pen.*, 2004, 1722.

⁵ Cass., sez. V, 4 maggio 2010, n. 35096, *Cass. pen.*, 2012, 207.

⁶ Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 48397, *CED Cass.*, 2421132.

⁷ Cass., sez. III, 22 dicembre 2010, n. 6249, *CED Cass.*, 249533.

⁸ Sul punto v. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 425; Di Chiara, *Parte civile*, *Dig. pen.*, IX, Torino,

RICHIESTA DI PATTEGGIAMENTO RIFORMULATA

risulta affatto accertata la presunta revoca, motivo di più per escluderla⁹.

LE CONCLUSIONI DELLA PARTE CIVILE: FORMA, SEDE E CONTENUTI

Se è vero che l'omessa precisazione delle conclusioni nel giudizio di primo grado genera una delle due ipotesi di revoca tacita dell'atto di costituzione di parte civile, a questo punto occorre approfondire l'indagine sul versante opposto dei requisiti minimi di modo, tempo e spazio per la validità di dette conclusioni.

Il primo punto rilevante è che le conclusioni debbano essere effettivamente presentate in forma scritta, così come espressamente richiesto dall'art. 523, comma 2, c.p.p. (a sua volta richiamato dall'art. 82, comma 2, c.p.p.), nel preciso intento di assicurare al processo una documentazione idonea a rappresentare le richieste del danneggiato. Non sembra rilevante la presenza della parte civile, per il tramite del suo rappresentate legale, durante la precisazione delle conclusioni delle altre parti che partecipano al processo. Parimenti, «non si verifica revoca presunta se (la parte civile) interviene in udienza mentre è ancora in corso la discussione di altre parti, non essendo l'ordine di discussione fissato *ad validitatem*, né se ometta di precisare le conclusioni in un grado di giudizio successivo»¹⁰. E, ancora, secondo la giurisprudenza di legittimità non integra un'ipotesi di revoca tacita la formulazione delle conclusioni in forma orale, presentate al termine della discussione, dopo quelle dell'imputato, mediante richiamo ad un atto scritto anteriormente depositato¹¹, ovvero riportandosi alle conclusioni specificate nell'atto di costituzione¹². Parimenti, non costituisce revoca tacita dell'atto di costituzione di parte civile l'ipotesi in cui le conclusioni vengano formulate in forma orale e successivamente depositate in forma scritta, prima della chiusura della discussione¹³. Per completezza, sembra opportuno precisare come non sia

escluso che la parte civile, durante la discussione finale, possa enunciare oralmente le sue conclusioni richiedendone la puntuale verbalizzazione¹⁴.

Una volta chiarito che la forma scritta costituisce requisito indispensabile perché le conclusioni siano validamente presentate, sul piano dei contenuti ciò che rileva è la richiesta di accertamento della fondatezza della pretesa risarcitoria, cui si accompagna solo in termini eventuali la domanda di risarcimento del danno con la precisazione del suo ammontare (art. 523, comma 2, c.p.p.). In definitiva, secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, la determinazione del *quantum* non è necessaria, poiché di fatto la sua omissione non impedisce al giudice di pronunciare la condanna generica al risarcimento del danno, che può essere quantificato in altra sede ovvero rimesso al suo prudente apprezzamento senza che questo produca alcuna nullità¹⁵.

Sul terreno dei contenuti, si ritiene «valida anche la richiesta di liquidazione in via equitativa»¹⁶.

IL RUOLO MARGINALE DELLA PARTE CIVILE NELL'APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI

Lo spazio e il margine d'interazione del danneggiato dal reato in sede penale risultano automaticamente compressi a causa della scelta delle parti essenziali di definire anticipatamente la vicenda processuale attraverso un patteggiamento, su cui la parte civile non ha alcuna possibilità di interloquire, fatta eccezione per le «questioni che possono influire concretamente sul titolo risarcitorio da conseguirsi in sede civile»¹⁷. In buona sostanza, la parte civile assiste inerme all'applicazione del rito alternativo, da cui consegue la sua retrocessione dal processo penale quale percorso obbligato. È questa la ragione per la quale detta parte conserva talune garanzie tra cui il diritto alla refusione delle spese sostenute per la costituzione che, salvo compensazione totale o parziale, sono a carico dell'imputato, altrimenti subirebbe un doppio danno. Quest'ultima garanzia è stata recepita dal legislatore¹⁸ a seguito di un importante intervento della Corte costituzionale¹⁹ che

1995, 243, il quale precisa come a tale «meccanismo sottende una logica ben precisa: lo sgravio del processo penale dalla pretesa civile risarcitoria determina una obiettiva semplificazione dell'accertamento, sicché il sistema favorisce tale esito "speculando" sugli interessi delle parti».

⁹ Per un caso inverso cfr. Cass., sez. V, 3 giugno 2010, n. 247904, *Cass. pen.*, 2012, 2214.

¹⁰ Così Chiliberti, *Azione civile*, cit., 432.

¹¹ Cass., sez. V, 17 ottobre 2001, n. 41141, *CED Cass.*, 220864.

¹² Cfr.: Cass., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 39595, *Cass. pen.*, 2009, 657; conforme Cass., sez. V, 22 giugno 2007, n. 27347, *CED Cass.*, 237261; Cass., sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6111, *Guida dir.*, 2007, 12, 86.

¹³ Cass., sez. III, 2 marzo 2005, n. 14020, *CED Cass.*, 231596.

¹⁴ App. Venezia, 7 ottobre 2004, *Giur. Merito*, 2005, 1382, con nota di Di Toto, *Brevi osservazioni in materia di revoca tacita della costituzione di parte civile*.

¹⁵ Cfr.: Cass., sez. IV, 15 aprile 2009, n. 27500, *CED Cass.*, 244526; Cass., sez. IV, 30 novembre 2004, n. 13195, *CED Cass.*, 231212; Cass., sez. VI, 26 marzo 2003, n. 18155, *CED Cass.*, 225900. In dottrina v. Mancuso, *La parte civile*, cit., 574.

¹⁶ Così Chiliberti, *Azione civile*, cit., 433.

¹⁷ Così Cass., sez. V, 1° luglio 1996, n. 205864, *Cass. pen.*, 1998, 893.

¹⁸ Cfr. art. 32, l. 16 dicembre 1999, n. 479.

¹⁹ C. cost., sent. 12 ottobre 1990 n. 443, *Giur. cost.*, 1990, 2633.

aveva censurato la negazione di tale diritto quale ingiustificabile "pregiudizio e paradosso" per la parte civile.

Invero, a causa dell'improcedibilità dell'azione civile in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti vengono preservate talune garanzie fondamentali in favore del danneggiato dal reato. Accanto alla strada spianata per intraprendere l'azione risarcitoria in sede naturale senza subirne, eccezionalmente, la sospensione, si aggiunge l'inefficacia del giudicato penale formatosi a seguito della celebrazione del rito in forma contratta nei giudizi civili o amministrativi (art. 445, comma 1-bis, c.p.p.). Da ultimo, si annovera il già citato rimborso delle spese sostenute per la costituzione della parte civile rivelatasi improduttiva di effetti giuridici, oltre che onerosa anche in termini di economia processuale.

Mentre per le prime due garanzie non è necessario alcun accertamento in sede processuale in quanto si producono automaticamente, lo stesso non può dirsi per la decisione relativa al risarcimento delle spese processuali sostenute dalla parte civile che appare rimessa al giudice precedente. Quest'ultimo è chiamato ad accertare non già la fondatezza della pretesa risarcitoria che non è di sua competenza per espressa volontà del legislatore (art. 444, comma 2, c.p.p.), bensì a decidere sulla condanna dell'imputato al pagamento delle spese per la costituzione della parte civile, a meno che non ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale delle stesse²⁰.

A tale proposito si discute sulla natura e sul contenuto dell'accertamento che il giudice compie per decidere su detta questione. Secondo l'orientamento giurisprudenziale assunto dalle Sezioni unite, presupposto logico-giuridico perché il giudice proceda in tal senso è il previo accertamento della effettiva legittimazione della parte civile a interloquire nel processo penale. In altre parole, il giudice ha il "potere-dovere" di valutare la regolarità dell'atto di costituzione, senza per questo esercitare un controllo nel merito della fondatezza della pretesa risarcitoria. Controllo, quest'ultimo, precluso dalle caratteristiche del giudizio semplificato²¹.

In definitiva, la condanna dell'imputato alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla parte civile non è da intendersi quale conseguenza automatica del giudizio di applicazione della pena su richiesta delle parti, ma richiede una verifica preliminare, positiva e circoscritta in ordine alla legittimazione della costituzione onde evitare di liquidare dette spese nei riguardi di un soggetto che ne sia privo. Senza dire che il controllo circa la regolare costituzione delle parti rientra tra le funzioni ordinarie del giudice durante tutto il processo.

Si discute anche sul contenuto delle spese processuali sostenute dalla parte civile che, salvo compensazione totale o parziale, sono poste a carico dell'imputato; secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali tra dette spese rientrano non solo quelle relative alla costituzione, ma anche gli oneri riguardanti l'intero arco processuale fino alla formalizzazione dell'accordo per il patteggiamento²², includendovi le spese sostenute per la consulenza tecnica²³, nonché quelle riguardanti «l'attività svolta prima della costituzione, [...], consistita nella partecipazione a incumbenti di natura probatoria, in specie all'incidente probatorio»²⁴. È stata ritenuta, invece, illegittima la condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dal danneggiato, qualora la richiesta di patteggiamento venga formalizzata nel corso delle indagini preliminari, quando non è ammessa la costituzione della parte civile²⁵.

Particolarmente interessante per l'affinità con la decisione in questione è la pronuncia della Suprema corte in base alla quale la condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile «non è condizionata alla presentazione da parte di quest'ultima delle conclusioni, [...] essendo sufficiente ai fini della sola liquidazione delle spese, la presentazione della relativa nota»²⁶, dal momento che la richiesta di patteggiamento comporta l'improcedibilità dell'azione civile. A maggior ragione fondata appare la pretesa risarcitoria delle spese sostenute dalla parte civile che, nel caso di specie, presenta regolarmente le sue conclusioni in forma scritta durante un'udien-

²⁰ Luzi, *Costituzione di parte civile in sede di patteggiamento e dovere del giudice di liquidarne le spese*, *Cass. pen.*, 1999, 937.

²¹ *Cass.*, sez. un., 19 maggio 1999, n. 12, *Foro it.*, 1999, II, 700, con nota di Di Chiara. In dottrina, sul punto v.: Anchesi, *La costituzione di parte civile nel processo penale*, Torino, 2009, 167; Varraso, *Vademecum delle sezioni unite in materia di azione civile da reato nel processo penale*, *Giust. pen.*, 2000, 489; contra Chiliberti, *Azione civile*, cit., 796.

²² *Cass.*, sez., V, 29 ottobre 2009, n. 49493, *Guida dir.*, 2010, 2, 80.

²³ *Cass.*, sez. V, 16 maggio 2003, n. 35139, *Cass. pen.*, 2004, 2945.

²⁴ *Cass.*, sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 4136, *Cass. pen.*, 2012, 208.

²⁵ *Sez. un.*, 27 novembre 2008, n. 241356, *Cass. pen.*, 2009, 2313, con nota di Pistorelli, *Per le Sezioni unite non è ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata ex art. 447 c.p.p.*

²⁶ Così *Cass.*, sez. V, 30 gennaio 2009, n. 11530, *CED Cass.*, 243597.

RICHIESTA DI PATTEGGIAMENTO RIFORMULATA

za interlocutoria in cui viene rigettata una prima richiesta di patteggiamento, riproposta dall'imputato e accolta durante un'udienza successiva senza che questo pregiudichi le garanzie a tutela della

parte civile, la cui costituzione non si intende revocata in omaggio al principio di immanenza, sia pure ridimensionato a causa del rito celebrato in forma contratta.

Indagini genetiche e violazione del diritto di difesa

Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza 9 ottobre 2013, n. 45959 – Pres. G. Marasca; Rel. G. De Marzo

In tema di accertamento tecnico non ripetibile nel corso delle indagini preliminari (indagine genetica condotta sul DNA), il mancato avviso all'imputato e al difensore del conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare un consulente tecnico di parte, dà luogo a nullità di ordine generale a regime intermedio, che va dedotta non oltre la conclusione del giudizio di primo grado, e non ad inutilizzabilità.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 15 giugno 2011 la Corte d'appello di Firenze ha confermato la decisione di primo grado che aveva ritenuto la responsabilità di *Omissis*, in relazione al delitto di furto aggravato in abitazione e lo aveva condannato alla pena di tre anni di reclusione e di Euro 250,00 di multa.

A fondamento della condanna, la sentenza impugnata ha posto, in primo luogo, i risultati dell'esame del DNA condotto sui mozziconi delle due sigarette fumate dall'imputato, mentre era intrattenuto negli uffici dei carabinieri: il test aveva rivelato un profilo genetico sovrapponibile in dodici loci genetici con quello che emergeva dalle tracce ematiche rinvenute sul luogo del furto e quindi esprimeva un'assoluta certezza quanto all'identificazione dell'autore del reato. In punto di utilizzabilità di siffatti esiti investigativi, la Corte territoriale ha sottolineato che i militari, peraltro autorizzati dal P.M., ben potevano recuperare i mozziconi; inoltre l'eccezione di nullità per violazione diritto di difesa, formulata per la prima volta con i motivi d'appello, doveva ritenersi sanata ai sensi dell'art. 180 c.p.p..

Quanto al trattamento sanzionatorio, la Corte d'appello ha rilevato che neppure il difensore aveva evidenziato elementi positivi, utili all'invocato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, sottolineando "la non particolare gravità dei precedenti penali", i quali, al contrario, depongono per la pericolosità e la notevole capacità a delinquere dell'I., sottoposto, all'epoca del furto in abitazione, a misura di prevenzione e, sempre all'epoca del furto, denunciato per porto abusivo d'arma.

2. Nell'interesse dell'I. è stato proposto ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo.

2.1. La prima articolazione del motivo investe il capo della sentenza relativo all'affermazione di responsabilità

dell'imputato e lamenta, in primo luogo, che il test del DNA effettuato sui mozziconi di sigaretta era stato eseguito senza che il ricorrente fosse stato informato degli accertamenti, che avrebbero dovuto svolgersi in contraddittorio e, pertanto, avrebbero dovuto essere preceduti dall'avviso al difensore, e senza che si fosse raccolto il consenso del destinatario. In secondo luogo, si rileva che, in assenza dei risultati del test, gli elementi valorizzati dalla Corte territoriale (i graffi riscontrati sulle mani e i polsi nonché in particolare disegno del tacco e della suola delle scarpe) rappresentavano meri indizi. In particolare, si rileva che scarpe simili sono acquistabili in normali negozi e che mancava un accertamento della misura della scarpa.

2.2. Con la seconda articolazione del motivo, si rileva che il giudice sarebbe dovuto pervenire ad una più mite determinazione della pena, attraverso il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, da considerarsi prevalenti o almeno equivalenti alla contestata aggravante. Al riguardo, il ricorrente rileva che la Corte territoriale avrebbe dovuto considerare la lontananza nel tempo dei due precedenti specifici e la non particolare gravità degli stessi.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è inammissibile.

1.1. La prima articolazione del motivo è manifestamente infondata.

Va premesso che gli esiti dell'indagine genetica condotta sul DNA, atteso l'elevatissimo numero delle ricorrenze statistiche confermate, tale da rendere infinitesimale la possibilità di un errore, presentano natura di prova, e non di mero elemento indiziario ai sensi dell'art. 192 c.p.p., comma 2, (Sez. 2, n. 8434 del 5 febbraio 2013 - dep. 21 febbraio 2013, Mariller, Rv. 255257).

Ciò posto, occorre distinguere la critica che attiene alla mancanza di consenso dell'I. alla raccolta dei mozziconi di

INDAGINI GENETICHE E VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA

sigaretta dalla censura che investe la successiva fase degli accertamenti tecnici.

Sotto il primo profilo, osserva la Corte che, in tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili, il prelievo del DNA della persona indagata, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo, e, essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive (Sez. 2, n. 2087 del 10 gennaio 2012, Bardhaj, Rv. 251775).

Sotto il secondo profilo, si rileva che, come puntualmente rilevato dalla Corte territoriale, in tema di accertamento tecnico non ripetibile nel corso delle indagini preliminari, il mancato avviso all'imputato e al difensore del conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare un consulente tecnico di parte, da luogo a nullità di ordine generale a regime intermedio, che va dedotta non oltre la conclusione del giudizio di primo grado (Sez. 3, n. 46715 del 11 ottobre 2012, Fichera, Rv. 253992).

Nella specie, il ricorrente solo con l'atto di appello, e dunque tardivamente, ha sollevato la questione.

1.2. Del pari inammissibile è la seconda articolazione del motivo.

Al riguardo, va ribadito che l'applicazione di attenuanti generiche non costituisce un diritto conseguente all'assenza di elementi negativi connotanti la personalità del soggetto, ma richiede elementi di segno positivo, dalla cui assenza legittimamente deriva il diniego di concessione delle circostanze in parola (Sez. 1, n. 3529 del 22 settembre 1993, Stentano, Rv. 195339).

Nella specie, la doglianza del ricorrente non si concentra su tali elementi, se non per sminuire la portata negativa dei precedenti e, comunque, non considera affatto gli altri profili evidenziati dalla sentenza impugnata, rappresentati dalla sottoposizione dell'*Omissis*, all'epoca della commissione del furto, a misura di prevenzione e dalla denuncia, sempre riferita allo stesso periodo, per porto abusivo d'arma.

2. Alla pronuncia di inammissibilità consegue *ex art.* 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, nonché al versamento, in favore della Cassa delle ammende, di una somma che, in ragione delle questioni dedotte, appare equo determinare in Euro 1.000,00.

[*Omissis*]

ANTONINO PULVIRENTI

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – LUMSA di Palermo

Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità?

A case of non-contradictory in terms of technical assessments unique to the analysis of DNA: invalidity or inoperability?

La Cassazione esclude che l'omesso avviso alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore dell'inizio degli accertamenti tecnici irripetibili ne determini la non utilizzabilità. La decisione, per quanto in linea con il prevalente orientamento giurisprudenziale, sembra eludere il principio costituzionale sulla necessità che la prova penale si formi nel contraddittorio delle parti.

The Supreme Court denied that, in the event of failure notice to the defendant and his counsel to the beginning of the technical assessments not repeatable, there should be a test of the hypothesis of uselessness. The decision, even if it is consistent with the prevailing jurisprudence, does not respect the constitutional principle on the need for evidence in a criminal trial is formed in the dispute of the parties.

LA RICOSTRUZIONE DELLA VICENDA PROCESSUALE

Prima di esaminare la *quaestio iuris* che connota la sentenza in esame, è metodologicamente doveroso

ricostruire la vicenda processuale dalla quale essa ha avuto origine. Vicenda che – deve essere precisato – può essere ricostruita nei limiti in cui la mera lettura della sentenza consente di farlo, vale a dire

con i pochi, e non sempre univoci, elementi descrittivi che la motivazione dedica al *modus operandi* della polizia giudiziaria e del pubblico ministero nelle fasi iniziali delle indagini, poi rivelatesi decisive per la statuizione dei giudici di merito sulla responsabilità dell'imputato e per lo stesso esito del giudizio di legittimità.

Gli elementi certi sono costituiti: *a)* dal fatto che la sentenza impugnata dinanzi alla Corte di Cassazione fonda principalmente la responsabilità dell'imputato – accusato di furto aggravato in abitazione – sulla prova derivante dalla comparazione tra il profilo genetico estratto da alcune «tracce ematiche» rinvenute sul «luogo del furto» e quello ricavato dai «mozziconi» di due sigarette «recuprate» dai carabinieri nel periodo in cui costui si «era intrattenuto» nei loro uffici; *b)* dal mancato consenso dell'imputato alla raccolta dei residui organici presenti nei mozziconi di sigaretta e dalla sua mancata partecipazione anche alla successiva fase degli accertamenti tecnici svolti su tali mozziconi al fine di ricavarne il DNA; *c)* dall'esistenza di una, non meglio specificata, «autorizzazione» preventivamente data dal Pm alla polizia giudiziaria per il «recupero» dei mozziconi di sigaretta; *d)* dall'acquisizione di elementi di prova ulteriori all'accertamento del DNA, quali la presenza sul corpo dell'imputato di alcuni «graffi» (verosimilmente riconducibili alle tracce ematiche rinvenute sul luogo del delitto) e la coincidenza tra la sagoma delle scarpe rilevata sul medesimo luogo e quella delle scarpe in possesso del suddetto; *e)* dalla eccezione formulata dall'imputato, per la prima volta con i motivi di appello, in ordine alla «violazione del diritto di difesa», posto che, come detto, non gli era stata data la possibilità di partecipare agli accertamenti tecnici per l'estrazione del DNA dai mozziconi di sigaretta.

Reiterando quest'ultima censura dinanzi ai giudici di legittimità, l'imputato invoca l'inutilizzabilità della prova del DNA¹ e sottolinea come, una

volta espunta tale prova dal bagaglio cognitivo del giudice, gli elementi residui siano talmente generici da non poter assumere alcuna capacità persuasiva.

Date queste premesse, la Cassazione, pur riconoscendo il carattere di irripetibilità degli accertamenti tecnici disposti sulla saliva residua nei mozziconi di sigaretta e, conseguentemente, la necessità che all'imputato fosse garantita la facoltà di parteciparvi, respinge il ricorso (dichiarandolo inammissibile) in ragione della tardività con la quale il ricorrente risulta aver eccipito il mancato avviso dell'inizio delle operazioni. Configurandosi, invero, una ipotesi di nullità a regime intermedio e non assoluto, egli – ammonisce la Corte – avrebbe dovuto dedurla «non oltre la conclusione del giudizio di primo grado».

LA DECISIONE DELLA CASSAZIONE ALLA LUCE DEL PREESISTENTE "DIRITTO GIURISPRUDENZIALE" SUL RAPPORTO TRA PROVA DEL DNA E ACCERTAMENTI TECNICI IR RIPETIBILI

A ben vedere, la sentenza ora descritta si muove perfettamente entro un solco giurisprudenziale già ampiamente tracciato, rispetto al quale essa non sembra contenere alcun profilo innovativo.

È, invero, ormai consolidato nella Cassazione quell'orientamento che, in relazione all'acquisizione della prova sul DNA, distingue tra l'attività di «rilievo» del reperto biologico e quella, successiva, di vero e proprio «accertamento» *sul* reperto, al fine di stabilire che soltanto per quest'ultima attività si pone un problema di utilizzabilità probatoria e, correlativamente, di osservanza delle garanzie difensive. Più precisamente, si tende a sminuire il significato giuridico della prima attività, affermando, con una certa disinvoltura, che la stessa, non determinando alcuna incidenza sulla sfera di libertà dell'indagato, rientra tra le attività «materiali» con le quali la polizia giudiziaria si limita a reperire e conservare una potenziale fonte di prova, in modo da non disperderla e assicurarne la disponibilità nelle successive attività processuali di formazione della

¹ Per un approfondimento del tema relativo all'acquisizione e all'uso della prova del DNA nel processo penale si rinvia ai numerosi studi monografici e collettanei, qui richiamati senza alcuna pretesa di esaustività, di Marafioti-Luparia *Banca dati del Dna e accertamento penale*, Milano, 2010; Fanuele *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009; Scarcella, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Milano, 2008; Felicioni, *La prova del DNA tra esaltazione mediatica e realtà applicativa*, in M. Montagna (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012, 167 ss.; Id., *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007; Kostoris, *Prelievi biologici coattivi*, in Kostoris-Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, 329 ss.; Tonini, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, *Dir. pen. proc. – Speciale banche dati*, 2/2009, 3 ss.; Ubertis, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, *Cass. pen.*, 2008, 6 ss.;

A. D'Amato, *La banca dati nazionale del Dna e le modifiche al codice di procedura in tema di prelievi coattivi di materiale biologico a fini di prova*, *Crit. pen.*, 2009, 213 ss. Inoltre, per una ricognizione critica delle fonti dell'Unione europea che si occupano dello scambio di dati genetici nella fase delle indagini penali, v. Belfiore, *Gli strumenti di scambio dei profili DNA nell'Unione Europea, nella fase investigativa*, *Cass. pen.*, 2011, 4049 ss.; e, per un ulteriore sguardo alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla compatibilità tra le modalità di conservazione delle impronte digitali e dei campioni biologici con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 Cedu, v. Casasole, *La conservazione di profili biologici e di profili del DNA nella legge italiana, alla luce del dibattito europeo*, *Cass. pen.*, 2009, 4435 ss.

prova nel contraddittorio tra le parti². In tale ottica, quindi, l'esigenza di garantire la partecipazione della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa si porrebbe solo in un momento successivo, allorché il reperto deve essere "trattato" allo scopo di ricercare ed estrarre i profili biologici che in esso siano eventualmente presenti. Questa non è più un'attività preparatoria della prova, bensì, implicando l'acquisizione di dati e valutazioni, ha i requisiti dell'accertamento tecnico. Il pubblico ministero, nelle cui competenze a quel punto non potrà che rientrare, dovrà, anzitutto, verificarne la natura di atto ripetibile o irripetibile e, sulla base di ciò, stabilire la possibilità di procedere, rispettivamente, con le modalità della consulenza tecnica di parte ex art. 359 c.p.p. o con quelle degli «accertamenti tecnici irripetibili» ex art. 360 c.p.p. Scelta il cui esito è legato ad un giudizio prognostico: la possibilità di prevedere, in base agli elementi oggettivi dei qua-

² Tra le tante, cfr. Cass., sez. I, 23 giugno 2005, n. 32925, *Guida dir.*, 2005, 38, 82; Cass., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852, *Cass. pen.*, 2008, 2972; Cass., sez. II, 13 marzo 2007, n. 12929, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1812, con nota di Galgani, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccessi di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*; Cass., sez. I, 23 ottobre 2008, n. 43002, *Guida dir.*, 2009, 1, 95; Cass., sez. I, 3 maggio 2011, n. 33070, *Guida dir.*, 2011, 46, 92; Cass., sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, *CED Cass.*, 251775; e, in tema di «"tampone a freddo" finalizzato al prelievo di eventuali residui indicativi dell'uso di armi da fuoco», Cass., sez. I, 9 maggio 2002, n. 32156, *Riv. polizia*, 2002, 229-230. Le attività qui considerate, prima che il legislatore colmasse il vuoto determinato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 2142 (la quale, com'è noto, ha escluso che il prelievo ematico coattivo potesse rientrare tra i poteri attribuibili dal giudice al perito senza specifica predeterminazione legislativa), intervenendo, dapprima, con la l. n. 155 del 2005 (che ha introdotto il prelievo coattivo in sede di identificazione dell'indagato o di altre persone ex art. 349 comma 2-bis c.p.p. e di accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone, ex art. 354 comma 3 c.p.p.) e, dopo, con la l. n. 85 del 2009 (la quale, abrogato l'art. 354 comma 3 c.p.p. nella parte modificata dalla citata l. 155/2002, ha finalmente dato una certa sistematicità alla materia, istituendo la prima banca dati nazionale del Dna e introducendo nel codice di rito dei mezzi di prova specificamente preposti al prelievo coattivo di campioni biologici dal corpo dell'individuo: artt. 224-bis, 359-bis c.p.p.), costituivano delle «piccole "astuzie" investigative elaborate dalla prassi», le quali finivano per erigere «il sotterfugio a sistema». Sulle motivazioni che la giurisprudenza normalmente adduceva al fine di sancire che i prelievi su oggetti dismessi ed usciti dalla disponibilità diretta degli interessati potessero essere compiuti dalla polizia giudiziaria senza il consenso di costoro (non limitandone in alcun modo la libertà personale), v., tra gli altri, Spriano, *Acquisizione di campioni del D.n.a. dall'imputato e dai suoi parenti*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 350 ss. È bene precisare che la nuova legge istitutiva della banca dati del Dna (l. n. 85/2009), non solo non ha escluso tale facoltà della polizia giudiziaria, ma, occupandosi del problema della conservazione del «reperto biologico» (che, l'art. 6 comma 1 lett. d) definisce come «il materiale biologico acquisito sulla scena del delitto o comunque su cose pertinenti al reato») e pur non incidendo direttamente sulle attività processuali tramite le quali esso può essere acquisito, sembra quasi averla voluta legittimare.

li in quel momento si dispone, che l'attività tecnica sia utilmente reiterabile in dibattimento. Se così non fosse, poiché vi sono già degli elementi oggettivi che rendono prevedibile l'impossibilità di ripetere l'operazione su quello stesso reperto (si pensi alle ipotesi – a dire il vero sempre meno frequenti – in cui la traccia biologica è così esigua che il suo trattamento ne comporta inevitabilmente la distruzione), il pubblico ministero dovrebbe, a meno di voler disperdere definitivamente la capacità probatoria insita in quel dato identificativo, agire in contraddittorio, attivando personalmente gli accertamenti tecnici irripetibili o richiedendo al gip un incidente probatorio.

Nel nostro caso, la sentenza ha ribadito una tale distinzione e, richiamando un precedente del 2012, ha affermato che «il prelievo del DNA della persona indagata, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo, e, essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive»³. Questa affermazione costituisce, almeno nel ragionamento della Cassazione, la risposta ad una prima censura del ricorrente, cioè quella attinente alla mancanza di un suo consenso «alla raccolta dei mozziconi di sigaretta». Censura che i giudici di legittimità tengono ben distinta dalla seconda, quella con la quale il ricorrente si duole sempre del mancato consenso ma, questa volta, alla «successiva fase degli accertamenti tecnici». In relazione a questa, la Corte non esclude la necessità del consenso dell'indagato ed anzi, ritenendo decisiva ai fini del ricorso la tardività con la quale costui ha proposto la relativa eccezione, implicitamente riconosce che il pubblico ministero, in ragione della irripetibilità dell'atto, non avrebbe potuto procedere unilateralmente.

Sul punto, la sentenza non brilla per chiarezza espositiva, giacché fonda la sua decisione sulla distinzione tra due critiche della cui coesistenza, però, nel «ritenuto in fatto» non sembra esservi traccia. Qui, invero, la pronuncia riferisce esclusivamente di un motivo nel quale il ricorrente «lamenta (...) che il test del DNA effettuato sui mozziconi di sigaretta era stato eseguito senza che egli fosse stato informato degli accertamenti, che avrebbero dovuto svolgersi in contraddittorio e, pertanto, avrebbero dovuto essere preceduti dall'avviso al difensore, e senza che si fosse raccolto il consenso del destinatario». Da questa ricostruzione non emerge in alcun

³ Cass., sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, *Cass. pen.*, 2013, 251.

modo che oggetto del ricorso sia stato anche il mancato consenso dell'imputato alla fase di raccolta (e – deve presumersi – di sequestro probatorio⁴) del reperto, posto che l'eccezione attiene univocamente (e letteralmente) al «test del DNA effettuato sui mozziconi di sigaretta». Non si comprende, in altri termini, perché la sentenza abbia concentrato il suo sforzo argomentativo (si fa per dire!) su un profilo oggettivamente superfluo e, piuttosto, non abbia ritenuto di dedicare una riflessione meno “tranciante” alla (sola) questione che, nell'economia del ricorso, appariva rilevante.

In tal senso, è difficile negare che la sentenza rasenti l'omessa motivazione, posto che, in ordine al tema dell'inutilizzabilità dell'accertamento tecnico formato in assenza di contraddittorio, essa ricorre ad una sorta di giustificazione *per relationem*, senza curarsi in alcun modo di esteriorizzare le ragioni in virtù delle quali ha elaborato e fatto proprio un pensiero altrui. Richiama, cioè, quell'orientamento giurisprudenziale in base al quale, «in tema di accertamento tecnico non ripetibile nel corso delle indagini preliminari, il mancato avviso all'imputato e al difensore del conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare un consulente tecnico, dà luogo a nullità di ordine generale a regime intermedio, che va dedotto non oltre la conclusione del giudizio di primo grado»⁵; e, però, lo fa in modo del tutto asettico, omettendo di affrontare il vero problema, ovvero di spiegare perché in casi del genere entri in gioco la sanzione della nullità dell'atto, anziché quella – invocata dal ricorrente (così, almeno, sembra, visto che anche a tal riguardo la ricostruzione in sentenza della vicenda processuale non appare interamente intellegibile) – della inutilizzabilità della prova. Il solo elemento concettuale che la sentenza aggiunge di suo pugno alla meccanica trasposizione della massima frutto della “sentenza Fichera” del 2012 è un plauso alla “puntualità” della Corte territoriale nell'averla richiamata.

Applicando a questo schema decisionale i principi che le Sezioni Unite hanno indicato come condizioni imprescindibili perché la struttura della

motivazione *per relationem* sia ammessa nel nostro sistema processuale penale⁶, dovremmo ammettere che ci troviamo quasi al cospetto di una finta motivazione o, meglio, di una *decisione senza giustificazione*. Ben consapevoli della eterogeneità delle due situazioni poste a confronto (una cosa è la motivazione con la quale il giudice rinvia al contenuto di un altro atto o provvedimento del medesimo procedimento, altra cosa è l'uso, a fini ermeneutici, del precedente giurisprudenziale), quel che si vuole, provocatoriamente, mettere in risalto è che motivazioni così lapidarie, su temi tanto delicati come quello in esame, non assolvono alla funzione di garanzia sottesa all'art. 111, comma 6, Cost., secondo cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». È noto come tale funzione si snodi nella tutela di un duplice interesse: quello delle parti del processo, le quali, solo conoscendo analiticamente le motivazioni del provvedimento, possono impugnarlo; e quello del «popolo», nel cui nome la «giustizia è amministrata» (art. 101, comma 1, Cost.), che, proprio in ragione di tale investitura costituzionale, deve essere messo nelle condizioni di verificare costantemente che la magistratura svolga correttamente il suo ruolo. In sede di giudizio di legittimità, se la prima funzione – quella, per così dire, endoprocessuale – è fisiologicamente depotenziata (in considerazione della inoppugnabilità che, di norma, contrassegna la sentenza della Cassazione), la seconda mantiene viva la sua utilità, che, però, viene vanificata tutte le volte in cui le sentenze finiscono per scaturire da abili operazioni informatiche (ricerca del precedente da una banca dati digitale, selezione del testo e sua importazione nel provvedimento: il c.d. “copia e incolla”) e non da un reale confronto con le ragioni addotte dal ricorrente.

⁴ In questi casi, il sequestro probatorio è ammesso grazie alla dilatazione concettuale con la quale la giurisprudenza interpreta la nozione di «cose pertinenti al reato», nella quale rientrano «non solo quelle con un'intrinseca e specifica strumentalità rispetto al reato per il quale si procede, ma anche quelle indirettamente legate al reato e però necessarie all'accertamento dei fatti». Così, in una fattispecie in cui la Cassazione ha ritenuto la legittimità del sequestro di un indumento intimo dell'indagato, poi utilizzato per l'extrapolazione di tracce di DNA da comparare con quelle rinvenute nei reperti, v. Cass., sez. II, 13 marzo 2007, n. 12929, *Cass. pen.*, 2008, 2025.

⁵ Cass., sez. III, 11 ottobre 2012, n. 46715, *CED Cass.*, 253992.

⁶ Cfr., in riferimento alla motivazione dei provvedimenti di autorizzazione all'intercettazione di conversazioni e di proroga delle originarie autorizzazioni, ma con affermazioni aventi portata generale, Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, *Cass. pen.*, 2001, 69: «La motivazione “per relationem” di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione.».

INDAGINI GENETICHE E VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA

NULLITÀ O INUTILIZZABILITÀ DEGLI ACCERTAMENTI TECNICI IRRIPETIBILI NON PRECEDUTI DALL'AVVISO ALLA PERSONA SOTTOPOSTA ALLE INDAGINI?

Eppure, la questione sollevata dal ricorrente non era di poco spessore. Muoviamo da un dato certo: riguardo alla condotta del Pm che, dinanzi ad un accertamento tecnico per sua natura irripetibile, procede con la consulenza tecnica di parte (art. 359 c.p.p.), invece di osservare la procedura garantita di cui all'art. 360 c.p.p.⁷, nel codice non è rinvenibile una norma sanzionatoria specifica. Di conseguenza, occorre interrogarsi sulla possibilità di inquadrare tale fattispecie in una delle due previsioni di carattere generale con le quali il codice individua le categorie della nullità e della inutilizzabilità.

Per la prima, entra in gioco l'art. 178, lett. c) c.p.p., nella parte in cui è stabilito che è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti «l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato». Per la seconda, invece, rileva l'art. 191, comma 1, c.p.p., ai sensi del quale «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Optare per l'una o per l'altra categoria non ha conseguenze di tipo semplicemente definitorio, bensì determina un differente regime di deducibilità e rilevanza dell'invalidità. Qualora, invero, si trattasse di inutilizzabilità, la stessa sarebbe «rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento» (art. 191, comma 2, c.p.p.); mentre, qualora si trattasse di nullità, occorrerebbe ulteriormente verificare la possibilità di invocare il regime delle nullità assolute (art. 179 c.p.p.) o quello delle nullità intermedie (art. 180 c.p.p.).

Ora, l'art. 360, comma 1, c.p.p., nel disciplinare le modalità di instaurazione degli accertamenti tecnici non ripetibili, onera il Pm di avvisare «senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico». Il che, nell'ipotesi in cui si ritenesse pertinente il richiamo alla nullità, non sarebbe, comunque, sufficiente a fare rientrare l'invalidità nell'ambito del regime di

deducibilità delle nullità assolute, poiché questo è circoscritto dall'art. 179, comma 1, c.p.p. alle ipotesi «derivanti dalla omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza»⁸. E, nel nostro caso, non sembrano sussistere né l'una, né l'altra ipotesi, atteso che, da una parte, l'avviso contemplato dall'art. 360, comma 1, c.p.p. è cosa diversa dalla «citazione» la cui omissione è sanzionata dall'art. 179 c.p.p. e, da un'altra parte, gli accertamenti tecnici irripetibili costituiscono attività per le quali la presenza del difensore è garantita ma non necessaria (nel senso che costui, una volta avvisato, può decidere di non partecipare senza che ciò comporti per l'autorità giudiziaria l'obbligo di procedere alla nomina di un difensore d'ufficio⁹).

Ma, a nostro avviso, nella fattispecie in esame, sebbene la Cassazione, aderendo pedissequamente ad una preesistente linea di pensiero, abbia ritenuto pertinente il richiamo alla nullità (e, nello specifico, alla nullità di ordine generale a regime intermedio), vi erano gli estremi perché fosse dichiarata l'inutilizzabilità degli accertamenti tecnici unilateralmente svolti dal pubblico ministero.

Se, difatti, la stessa sentenza presuppone l'irripetibilità dell'accertamento (tanto da ritenere che l'avviso all'imputato e al suo difensore fosse doveroso), è giocoforza concludere nel senso che quest'ultimo non avrebbe potuto fare ingresso nel fascicolo del dibattimento ed assurgere al valore di prova utilizzabile dal giudice. Ciò in quanto il «divieto» di acquisizione postulato dall'art. 191 c.p.p. affinché operi la sanzione dell'inutilizzabilità, pur non essendo esplicitato in seno all'art. 360 c.p.p. o in altra norma del codice, è implicitamente (ma univocamente) ricavabile sia a livello costituzionale che a livello di legislazione codicistica.

Sotto il primo profilo, il riferimento immediato va al combinato disposto dai commi quarto e quinto dell'art. 111 Cost., in base al quale – com'è noto – la legge può derogare al «principio del contraddittorio nella formazione della prova» nei soli casi tassativamente predeterminati dalla stessa disposizione costituzionale: consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura oggettiva e provata condotta illecita. Nella fattispecie che ci occupa nessuno di tali presupposti legittimanti la deroga al principio cardine della prova nel processo penale si è veri-

⁷ Sugli accertamenti tecnici del Pm e il concetto di irripetibilità dell'atto, cfr., oltre al fondamentale lavoro monografico di Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in Ubertis (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 112 ss.; Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, in Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 315 ss.; Conte-Loforti, *Gli accertamenti tecnici nel processo penale*, Milano, 2006; Seneci, *Accertamenti tecnici del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari*, *Nuovo dir.*, 1996, I, 719 ss.

⁸ A tale conclusione perviene Cass., sez. VI, 15 ottobre 1996, n. 10688, *Giust. pen.*, 1997, III, 688.

⁹ Quindi, si tratterebbe – rileva Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 105, nt. 1, di un «atto a contraddittorio 'imperfetto'».

ficato. Non risulta, anzitutto, che le parti abbiano concordato l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento del verbale contenente i risultati degli accertamenti tecnici irripetibili (come, in astratto, avrebbero potuto fare avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 494 comma 3 c.p.p.), né che il giudice abbia interpretato il silenzio dell'imputato, al momento delle richieste di prova in apertura del dibattimento, come una forma di consenso tacito alla suddetta acquisizione. Parimenti, non può sostenersi che non sia stato possibile eseguire gli accertamenti tecnici irripetibili nel contraddittorio tra le parti per una causa «di natura oggettiva», considerato che il mancato avviso alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore dell'inizio delle operazioni ha costituito l'effetto di una «scelta» del Pm (o, comunque, di una condotta a questi certamente riconducibile) e, dunque, di un fattore di indubbia natura soggettiva. Infine, non merita alcuna riflessione, in quanto non attinente, il presupposto relativo alla «provata condotta illecita».

In ambito codicistico, invece, il divieto può essere tratto, *a contrario*, dalle disposizioni che indicano gli atti che possono essere «raccolti» nel fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e gli atti che, pur formati in assenza di contraddittorio, possono essere letti in udienza (art. 512 c.p.p.) e, successivamente, inseriti nel suddetto fascicolo (art. 515 c.p.p.) ad uso del giudice (art. 526 c.p.p.). Tra gli atti destinati al fascicolo del dibattimento, il citato art. 431 comma 1 lett. c) c.p.p. include «i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal Pubblico ministero». Nel delimitare il significato di tale espressione, deve considerarsi prioritaria l'esigenza di muoversi entro i confini invalicabili tracciati dal già ricordato principio del «contraddittorio per la prova» sancito nell'art. 111, comma 4, Cost., così che per «atti non ripetibili» devono intendersi esclusivamente quelli la cui rinnovazione sia impossibile a causa della improrogabilità dell'urgenza con la quale devono essere compiuti (ad esempio, i sequestri e le perquisizioni). L'elemento distintivo della irripetibilità non può essere, in altri termini, il solo fatto che il contenuto dell'atto non sia intrinsecamente rinnovabile, bensì che tale caratteristica viva in un atto ad urgenza non differibile. Entrambe le caratteristiche dell'atto – l'irripetibilità congenita legata al contenuto e la non rinviabilità dipendente dalla natura di atto a sorpresa – devono sussistere originariamente, altrimenti ci si dovrebbe rassegnare ad una anomala inversione dell'ordine gerarchico delle fonti normative: sul principio costituzionale secondo cui la regola è che la prova penale debba formarsi nel contraddittorio tra le parti, mentre

l'eccezione è che a ciò possa derogarsi quando lo impongano cause oggettive, prevarrebbe l'art. 431 c.p.p. «riduttivamente» interpretato; ovvero, letto nel senso di ritenere che la prova sia comunque utilizzabile tutte le volte in cui il Pm decida, per sua libera scelta, di «consumarne» anzitempo la relativa fonte.

Se si condivide tale impostazione, non v'è dubbio che l'accertamento tecnico disposto unilateralmente dal Pm sui mozziconi di sigaretta fuoriesca dal raggio di azione dell'art. 431 c.p.p. Esso, infatti, era sì irripetibile, ma non per questo «non rinviabile». La pubblica accusa, una volta acquisito il reperto biologico dai mozziconi di sigaretta, ben avrebbe potuto (invece di «trattarlo» e distruggerlo, così da sottrarlo alla disponibilità di un nuovo accertamento) conservarlo in funzione di una possibile perizia da eseguire successivamente nelle forme dell'incidente probatorio o in dibattimento.

Al fine di sostenere le conclusioni alle quali è approdata la sentenza, sarebbe ancora meno fondato il richiamo all'art. 512 c.p.p. Qui, l'utilizzazione (previa lettura) degli atti dei quali sia «sopravvenuta» l'irripetibilità è espressamente subordinata al verificarsi di una condizione, cioè che l'irripetibilità sia derivata da «fatti o circostanze imprevedibili». Si noti che, a differenza dell'irripetibilità congenita presupposta dall'art. 431 c.p.p., l'irripetibilità che ora viene presa in considerazione è quella che «colpisce» un atto strutturalmente ripetibile (ad esempio, le sommarie informazioni rese da un soggetto che, nelle more dell'instaurazione del giudizio di primo grado, muore). Nulla, pertanto, che possa riguardare l'estrazione del DNA da una traccia biologica così esigua da essere destinata, per il solo fatto di essere trattata, alla sua distruzione. In tal caso, l'irripetibilità è originaria e non può essere ricondotta all'insorgenza di cause imprevedibili¹⁰.

Si potrebbe, ancora, tentare di alimentare la tesi della nullità, anziché della inutilizzabilità, dell'accertamento tecnico irripetibile svolto in assenza

¹⁰ Pur in riferimento ad una fattispecie parzialmente diversa, è questa la logica recepita da Cass., sez. I, 14 febbraio 2002, n. 11886, *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 573: «l'accertamento tecnico sul DNA eseguito dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 348 c.p.p., non può essere utilizzato per la decisione a norma dell'art. 512 c.p.p., qualora l'analisi comporti una modificazione irreversibile delle cose oggetto di analisi (nella specie mozziconi di sigaretta) e manchi il requisito della irripetibilità determinata da fatti e circostanze imprevedibili, non potendosi considerare fatto imprevedibile di natura oggettiva il rifiuto dell'imputato a sottoporsi a prelievo ematico, dal momento che tale condotta rientra tra i diritti della persona costituzionalmente protetti».

di contraddittorio, cercandone un sostegno tra le maglie dello stesso art. 360 c.p.p. A tale scopo, l'aggancio potrebbe essere rinvenuto nel quinto comma, dove il legislatore ha sanzionato con l'inutilizzabilità i risultati degli accertamenti che il Pm dispone nonostante la «riserva» di incidente probatorio formulata dalla persona sottoposta alle indagini e l'assenza di condizioni che rendono l'atto non utilmente differibile. A prescindere dal suo specifico contenuto (che qui non rileva), questa previsione potrebbe essere ritenuta sintomatica di una *voluntas legis* volta a limitare l'applicabilità del vizio genetico della prova alla sola violazione della riserva di incidente probatorio e ad escludere, quindi, che l'inutilizzabilità possa essere chiamata in causa in riferimento a qualsiasi altra ipotesi di violazione del procedimento disciplinato dall'art. 360 c.p.p.¹¹ L'argomento, tuttavia, non pare condizionale.

Posto che - lo abbiamo già sottolineato - il divieto di acquisizione della prova dal quale l'art. 191, comma 1, c.p.p. fa derivare l'inutilizzabilità non necessariamente deve essere formulato in maniera esplicita (potendosi, tutte le volte in cui si verta in tema di garanzie o principi fondamentali a contenuto positivo, ricavare il *vietato* da ciò che *non* è espressamente *consentito*); e che, comunque, la volontà storica del legislatore potrebbe, al più, costituire la base iniziale del ragionamento ermeneutico e non certo l'ostacolo ad una interpretazione destoricizzata che attribuisca alla norma coerenza sistematica e compatibilità costituzionale; a noi pare che la sola previsione esplicita di inutilizzabilità inserita nell'art. 360 c.p.p., non solo non costituisca un impedimento all'individuazione di altri casi di inammissibilità all'interno della medesima disposizione normativa, ma possa anche avere, sul piano logico, una portata espansiva. Si vuol dire, sotto questo diverso profilo, che l'inutilizzabilità cagionata dalla violazione della "riserva di incidente probatorio", può fungere, più che da eccezione ad un improbabile regime di generalizzata utilizzabilità degli accertamenti tecnici irripetibili, da parametro in riferimento al quale saggiare la fondatezza di altri percorsi di inutilizzabilità astrattamente configurabili. E, in siffatta accezione, è agevole riscontrare una sorta di "rapporto di continenza" tra l'inutilizzabilità di cui all'art. 360, comma 5, c.p.p. e quella addotta dal ricorrente: se, insomma, sono inutilizzabili gli accertamenti tecnici irripetibili ai quali la persona sottoposta alle indagini e il suo

difensore hanno potuto partecipare attivamente (assistendo alle operazioni, nominando un consulente, ecc.), ma con un corredo di garanzie inferiore ad un certo standard normativo (incidente probatorio) dai medesimi invocato, *a fortiori* lo devono essere quegli accertamenti tecnici irripetibili che l'autorità giudiziaria ha svolto interamente *inaudita altera parte* (esautorando, e non semplicemente depotenziando, la difesa)¹².

A chiusura del nostro ragionamento, non è superfluo rammentare che l'iter interpretativo al quale ha (passivamente) aderito la Cassazione - e che qui abbiamo criticato - non è il solo che può rinvenirsi nel più recente panorama giurisprudenziale sugli accertamenti tecnici irripetibili. Opportunamente, invero, nel formante giurisprudenziale della Corte di cassazione esiste, seppure in riferimento ad atti a contenuto probatorio diversi dall'analisi del DNA (trattasi, per lo più, delle sommarie informazioni rese al Pm da persona offesa minorenni o comunque vulnerabile, in procedimenti per reati in materia di libertà sessuale), un orientamento il quale, dinanzi ad un accertamento tecnico che, in quanto irripetibile, avrebbe dovuto svolgersi con la presenza e il controllo della difesa (pur con le cautele atte a preservare l'integrità psicofisica del dichiarante) e, invece, per scelta del pm, è stato eseguito unilateralmente, non esita a dichiararne la radicale inutilizzabilità¹³. Così statuendo, i sostenitori di tale, più lungimirante, orientamento evitano che la nullità, quale reazione dell'ordinamento alla violazione di un profilo procedimentale della prova, costituisca, di fatto, un espediente formale per sottacere un ben più grave vizio genetico della prova. Privare l'imputato della facoltà di partecipare alla fase di assunzione della prova, non incide semplicemente sul livello della sua assistenza difensiva, bensì si riflette inevitabilmente sul metodo di formazione della prova (inibendone il completamento). Quindi, le conseguenze patologiche di tale omissione, lungi dall'interferire con il solo interesse delle parti, non possono che operare sul piano oggettivo (quello al quale è, per l'appunto, destinata, di norma, la categoria dell'inutilizzabilità).

L'auspicio - lo si è intuito - è che una tale *ratio decidendi* coinvolga presto anche gli accertamenti tecnici relativi al DNA, dove, peraltro, sarebbe an-

¹¹ È questo, in sintesi, il ragionamento fatto da Cass., sez. I, 22 gennaio 1996, n. 3066, *Giust. pen.*, 1997, III, 66.

¹² Da ultimo, nello stesso senso, v. Rivello, *Gli accertamenti tecnici irripetibili previsti dall'art. 360 c.p.p. e dall'art. 391-decies, comma 3, c.p.p.*, *Cass. pen.*, 2013, 3745.

¹³ Cass., sez. III, 21 settembre 2011, n. 37490, *www.dirittoegiustizia.it*, 22 ottobre 2011; Cass., sez. III, 3 dicembre 2009, n. 3908, in *CED Cass.*, 246022.

cora più giustificata. Non si può, infatti, ignorare come oggi il progresso scientifico abbia reso sempre più residuale l'eventualità che l'operazione di estrazione del DNA da un reperto o campione biologico, anche minimo, possa svolgersi (utilmente) una sola volta; e, per converso, abbia enormemente ampliato lo spazio di manovra del Pm, il quale è tenuto a procedere con un iter garantito (incidente probatorio o accertamenti tecnici irripetibili) soltanto nelle ipotesi – per l'appunto divenute ormai eccezionali¹⁴ – in cui l'esiguità o la scarsa qualità del materiale organico dal quale deve essere effettuata l'estrazione del profilo genetico lo renda inservibile per un accertamento successivo¹⁵; ben

potendo egli, in tutti gli altri casi, risalire tempestivamente (e senza alcun pregiudizio per le esigenze di segretezza delle indagini) all'identità genetica di un certo reperto organico, disponendo che su una parte di esso operi intanto un consulente tecnico di parte, salvo poi, ovviamente, richiedere in dibattimento una perizia avente lo stesso oggetto ma su una parte diversa (e non ancora trattata) del suddetto reperto¹⁶.

¹⁴ Il presupposto dell'irripetibilità non può, comunque, essere il frutto di astratte presunzioni, dovendo essere valutato caso per caso e in riferimento agli elementi fattuali della fattispecie concreta. Conf., Cass., sez. I, 11 maggio 2005, n. 34351, *CED Cass.*, 232508: «l'accertamento tecnico sul DNA non può essere definito in astratto ripetibile o irripetibile, in quanto la natura del medesimo dipende da un insieme di fattori che vanno accertati in punto di fatto, quali per esempio la quantità di materiale ancora disponibile, le metodiche eseguite per i prelievi e per le comparazioni».

¹⁵ È proprio in riferimento a tali situazioni, peraltro, che l'esigenza di un controllo delle parti sull'operato dello scienziato assume maggiore valore. Nei casi in cui, invero, si trova ad «analizzare DNA in quantità scarsa o scarsissima» («ricavato, ad esempio, da oggetti semplicemente maneggiati o dove il materiale biologico depositato sia stato parzialmente asportato o si sia estesamente deteriorato»), oggi l'esperto impiega «una tecnica di laboratorio specifica per le micro-quantità di DNA che prevede un "potenziamento" del protocollo analitico standard così da incrementarne notevolmente la sensibilità», ma, spesso, «a scapito dell'affidabilità del risultato». Ciò, in quanto il risultato delle suddette amplificazioni «talvolta comporta che, per effetto cosiddetto stocastico, reazioni diverse, svolte sulla stessa aliquota di DNA, possano fornire risultati non completamente identici uno all'altro». Così, Gennari-Piccinini, *Dal caso Reed ad Amanda Nox; ovvero quando il DNA non è abbastanza ...*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 360-361. I quali, a tal proposito, segnalano il diverso approccio al problema della giurisprudenza inglese ed americana da una parte e quella italiana dall'altra: la prima, con il «consueto pragmatismo scienziato» ha elaborato il principio secondo cui i profili genetici ottenuti attraverso la tecnica sopra descritta

(LCN-DNA) «sono ammissibili solo se il quantitativo di DNA che può essere analizzato è al di sopra della soglia stocastica (collocata tra i 100 e i 200 pg), cioè al di sopra della soglia oltre la quale effetti stocastici sono improbabili»; mentre, la seconda, mostrando un «sostanziale disinteresse per i requisiti di "scientificità" della prova esibita (rispetto delle buone pratiche sulla scena del crimine, ripetibilità della analisi, misurazione, falsificabilità, rispetto degli standard internazionali di analisi...)», raccoglie, con atteggiamento «onnivoro», «ogni elemento di conoscenza astrattamente rilevante, senza alcun filtro preliminare di credibilità scientifica, nella falsa convinzione di avere gli strumenti per dominare la fase di valutazione» (ivi, 362 e 365).

¹⁶ Più in generale, la speranza è che, in tema di accertamenti tecnici non ripetibili, sia fatta «un pò di chiarezza», soprattutto ancorando «l'utilizzo dell'istituto, per la sua antitetività all'accusatorietà del processo, ad ipotesi circoscritte, ove lo spazio per la discrezionalità (...) sia limitato alla stretta necessità» (così, Giunchedi, *Irripetibilità della prova ed accertamenti tecnico scientifici*, in Montagna (a cura di), *L'assassinio*, cit., 165. Auspica una riforma di un tale settore normativo, in chiave di ampliamento delle garanzie del contraddittorio, anche Fanuele, *L'acquisizione dei campioni biologici: sistemi europei a confronto*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1011, secondo la quale, in particolare, «occorre che l'ordinamento giuridico predisponga - già fino dal primo momento delle indagini - gli opportuni strumenti e l'organizzazione indispensabile per rendere alle parti davvero disponibili i dati ottenuti dall'analisi specialistica, cosicché le medesime possano verificarne l'affidabilità. La non attendibilità del test del DNA, a causa di errori commessi dai laboratori, può, infatti, invalidare qualsiasi "corrispondenza" di dati utilizzabili nel dibattimento». In tema, v. anche Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 495-499.

«Operazioni di polizia» e perquisizioni sul posto

Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 19 novembre 2013, n. 46233 – Pres. Teresi; Rel. Ramacci

Il termine “operazioni di polizia” utilizzato nell’art. 4 della legge 152 del 1975 deve essere considerato in senso ampio, comprendente ogni attività peculiare della polizia giudiziaria effettuata nell’ambito di specifiche attribuzioni della stessa e non richiede una preventiva organizzazione né l’espletamento di attività coordinate e complesse per il raggiungimento di un determinato scopo preventivamente individuato, ben potendo coincidere con l’ordinaria attività di istituto.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Firenze, con sentenza dell’1.10.2012, ha confermato la decisione con la quale, in data 15.2.2011, il Tribunale di Livorno aveva ritenuto L.Z. responsabile del reato di cui all’art. 8 d.lgs. 74\2000, per avere emesso, al fine di consentire l’evasione delle imposte sui redditi e dell’IVA, a favore della ditta «W.T.», le fatture per operazioni inesistenti n. 37 del 18.3.2008, di euro 111.600,00 e n. 43 del 3.4.2008, di euro 112.800,00.

Avverso tale pronuncia il predetto propone ricorso per cassazione.

2. Con un primo motivo di ricorso deduce la violazione di norme processuali stabilite a pena di nullità, rilevando che i giudici del merito avrebbero erroneamente ritenuto infondata l’eccezione di inutilizzabilità delle prove, acquisite a seguito di perquisizione effettuata ai sensi dell’art. 4 legge 110\75, accedendo ad una interpretazione impropria della nozione di «operazione di polizia» contemplata dalla disposizione richiamata.

Osserva, a tale proposito, che le fatture oggetto di imputazione vennero sequestrate mediante il compimento dell’atto di polizia giudiziaria disciplinato dalla legge 110\75 nell’ambito di un normale controllo stradale finalizzato all’accertamento di eventuali violazioni di norme sulla circolazione e non poteva ritenersi, come avevano fatto invece i giudici del merito, che essendo tale attività pacificamente rientrando tra quelle «di istituto», potesse comunque qualificarsi come «operazione di polizia», il cui esito, peraltro, aveva portato al rinvenimento non di armi, esplosivi o strumenti di effrazione, bensì di semplice documentazione contabile.

L’illegittimità della perquisizione così eseguita, aggiunge, determinerebbe la conseguente inutilizzabilità delle prove così acquisite.

Rileva, inoltre, che la Corte di appello sarebbe incorsa in un ulteriore errore nel ritenere comunque tardiva l’eccezione di nullità del verbale di perquisizione per non essere stato l’imputato avvertito della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, perché sollevata dalla difesa con il primo atto utile e, cioè, la richiesta di riesame presentata subito dopo aver avuto conoscenza dell’atto a seguito di notifica dell’avviso di deposito del verbale di sequestro.

3. Con un secondo motivo di ricorso deduce il vizio di motivazione, sostenendo che la Corte territoriale avrebbe valutato le vicende processuali in maniera diversa dalla realtà, incorrendo così in un vizio logico, con riferimento, in particolare: alle circostanze fattuali concernenti la cancellazione dell’impresa «L. P.»; al mancato pagamento delle fatture emesse ed alla mancanza di fatture di acquisto; alla mancata presentazione della dichiarazione dei redditi; all’assenza di dipendenti e di idonea struttura aziendale; alla ritenuta falsità delle dichiarazioni del teste T.

4. Con un terzo motivo di ricorso denuncia il vizio di motivazione in relazione alla ritenuta sussistenza dell’elemento soggettivo del reato, che i giudici del gravame avrebbero dovuto escludere in considerazione del fatto che la cessazione dell’attività contrasterebbe con la coscienza e volontà di emettere fatture allo scopo di consentire a terzi l’evasione fiscale, mentre non assumerebbe rilievo la mancata annotazione delle fatture nella contabilità dei terzi, né, tanto meno, la presenza di precedenti penali specifici.

5. Con un quarto motivo di ricorso lamenta la violazione o erronea applicazione dell’art. 49 cod. pen., in quanto i giudici del merito non avrebbero considerato che l’indicazione sulle fatture di una data successiva a quella di cessazione dell’attività rendono evidente l’inidoneità a configurare la violazione contestata ed a porre comunque in pericolo il bene giuridico tutelato dall’art. 8 d.lgs. 74\2000.

6. Con un quinto motivo di ricorso deduce la violazione di legge in relazione alla mancata concessione delle attenuanti generiche, che la Corte territoriale avrebbe giustificato sulla base della sola presenza di precedenti penali specifici risalenti nel tempo, riguardanti diverse ipotesi di reato e, comunque, non rappresentativi di una situazione di pericolosità sociale.

7. Con un sesto motivo di ricorso denuncia la violazione di legge ed il vizio di motivazione in relazione al diniego dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 cod. pen. operato dai giudici del merito prendendo in considerazione l'importo complessivo delle fatture e non anche quello, di gran lunga inferiore, dei tributi evasi, pari a circa 50.000,00 euro, che ben avrebbe potuto presentare il carattere della tenuità previsto dalla richiamata disposizione codicistica.

8. Con un settimo motivo di ricorso rileva il vizio di motivazione con riferimento all'entità della pena, ritenuta eccessiva per non avere i giudici del merito considerato l'importo delle fatture emesse, la contraddittorietà degli indizi e l'assenza di recenti condanne.

Insiste, pertanto, per l'accoglimento del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

9. Il ricorso è infondato.

Riguardo al primo motivo di ricorso occorre ricordare che la legge 152\75 è stata emanata con finalità di tutela dell'ordine pubblico e la disposizione di cui all'articolo 4 consente alla polizia giudiziaria, nel corso di operazioni di polizia ed in casi di eccezionali di necessità e di urgenza che non consentono un tempestivo provvedimento dell'autorità giudiziaria, di procedere, oltre che all'identificazione, anche all'immediata perquisizione sul posto di persone il cui atteggiamento o la cui presenza, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo e di tempo non appaiono giustificabili, al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione.

In tali casi la perquisizione può anche estendersi, per le medesime finalità, al mezzo di trasporto utilizzato dalle persone suindicate per giungere sul posto.

Delle perquisizioni deve essere redatto verbale, su apposito modulo, che va trasmesso entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica e, nel caso previsto dal primo comma dell'articolo citato, consegnato all'interessato.

La particolarità della procedura è, peraltro, evidentemente finalizzata alla massima speditezza, come si evince dallo stesso tenore della disposizione, la quale prevede la redazione del verbale su apposito modulo ed è giustificata dal particolare contesto in cui si svolge l'attività di polizia.

Essa non presuppone, inoltre, la commissione di un reato, richiedendo soltanto la presenza di determinate ragioni di sospetto.

10. Ciò premesso, si osserva come, nel caso in esame, venga posto in dubbio che le circostanze in cui l'attività di perquisizione venne espletata non potrebbero essere ricondotte, come invece hanno fatto i giudici del gravame, nella nozione di «operazione di polizia» cui fa riferimento la disposizione in esame.

Il ricorrente, tuttavia, non fornisce alcuna indicazione su quelle che, a suo avviso, dovrebbero essere le caratteristiche di un'operazione di polizia, limitandosi a sostenere

che non può qualificarsi come tale la mera predisposizione di un controllo stradale volto all'accertamento di norme sulla circolazione e che detta attività era riferibile «...ad un semplice posto di controllo e non ad un posto di blocco che, magari, avrebbe potuto giustificare un'operazione di polizia in corso e, quindi, il ricorso alla perquisizione sul posto in assenza di autorizzazione del magistrato...», senza tuttavia chiarire, anche in questo caso, in cosa si differenzino, secondo la sua opinione, il posto di blocco da quello di controllo.

I giudici del gravame hanno invece ritenuto che l'attività posta in essere nella fattispecie, consistendo comunque in un'attività di istituto tipica della polizia giudiziaria, possa rientrare a pieno titolo nel concetto di «operazione di polizia» individuato dall'art. 4 legge 110/75.

11. L'assunto, ad avviso del Collegio, appare fondato.

Una concezione ampia del termine «operazioni di polizia» utilizzato nella disposizione in esame risponde, invero, adeguatamente alle finalità perseguite dalla legge, che sono evidentemente quelle di consentire una efficace tutela dell'ordine pubblico anche attraverso l'estemporanea effettuazione di perquisizioni, durante l'espletamento di altre attività di polizia, in presenza di specifiche situazioni quali, appunto, la presenza di persone il cui atteggiamento o la cui presenza risultino non giustificati in considerazione delle specifiche e concrete circostanze di luogo e di tempo.

Ciò non significa, certo, che la polizia giudiziaria possa procedere indiscriminatamente a perquisizione, in quanto l'ambito in cui tale attività può essere legittimamente espletata è chiaramente definito dalla norma, la quale, come si è detto, prevede che la perquisizione possa essere effettuata, oltre che nell'ambito, appunto, di operazioni di polizia nel senso dianzi individuato ed «al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione», in determinate circostanze previamente indicate e quando non possibile richiedere ed ottenere tempestivamente un provvedimento dell'autorità giudiziaria, cui compete la successiva verifica della sussistenza delle condizioni di legge per l'espletamento dell'atto. Il soggetto che subisce la perquisizione può, inoltre, fare ricorso ai rimedi giurisdizionali previsti dalla legge.

Tale puntuale delimitazione dell'ambito di operatività della polizia giudiziaria risulta, dunque, pacificamente rispondente ai dettami dell'art. 13 Cost.

12. Va conseguentemente affermato il principio secondo il quale il termine «operazioni di polizia» utilizzato dal legislatore nell'art. 4 legge 110\75 deve essere considerato in senso ampio, comprendente ogni attività peculiare della polizia giudiziaria effettuata nell'ambito specifiche attribuzioni della stessa e non richiede una preventiva organizzazione né l'espletamento di attività coordinate e complesse per il raggiungimento di un determinato scopo preventivamente individuato, ben potendo coincidere con l'ordinaria attività di istituto.

13. Alla luce di tali considerazioni, deve rilevarsi che, nella fattispecie, la perquisizione è stata giustamente ritenuta legittima dai giudici del merito in quanto, come emerge dalla sentenza impugnata, l'atto è stato eseguito in occasione di un controllo stradale sui mezzi in transi-

«OPERAZIONI DI POLIZIA» E PERQUISIZIONI SUL POSTO

to predisposto dalla Polizia di Stato, dando atto a verbale che l'indagato mostrava indecisione alla vista dell'auto della polizia, una volta fermato risultava privo di patente di guida e di altri documenti di identità e, ad un controllo nella banca dati, risultava gravato da numerosi precedenti di polizia, cosicché non vi era oggettivamente il tempo di ottenere il decreto di perquisizione dall'autorità giudiziaria per accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi o strumenti di effrazione come richiesto dalla norma.

Né rileva, altresì, la circostanza che, nell'ambito di tale attività, la cui legittimità, come risulta dal ricorso, è stata riconosciuta anche in sede di riesame, la polizia giudiziaria abbia poi rinvenuto le fatture poi sequestrate, non potendo certo ignorare fatti aventi rilevanza penale occasionalmente accertati nell'ambito di attività di iniziativa o delegata finalizzata, come nella fattispecie, ad altri scopi.

14. Parimenti infondata risulta l'ulteriore eccezione concernente il mancato avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore perché, come già affermato da questa Corte (Sez. III n. 8097, 2 marzo 2011), detto avviso non è dovuto quando viene effettuata una perquisizione ai sensi dell'art. 4 legge 110V75.

Pare dunque opportuno ricordare quanto affermato nella richiamata decisione, ove è stata esclusa ogni possibilità di equiparazione della perquisizione disciplinata dalla menzionata disposizione a quella consentita alla polizia giudiziaria dal codice di rito.

Invero, le attività indicate dall'articolo 356 cod. proc. pen. con riferimento alla assistenza del difensore sono tutte finalizzate alla assicurazione delle fonti di prova e sono specificamente indicate con l'indicazione dell'articolo corrispondente.

Lo stesso articolo 114 disp. att. cod. proc. pen., nell'imporre l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore, richiama unicamente l'articolo 356 cod. proc. pen.

L'espletamento della perquisizione ai sensi dell'articolo 4 Legge 152\75 non richiede, pertanto, alcun avviso, diverse essendo, come si è visto in precedenza, le finalità che la giustificano.

Conseguentemente, resta assorbita l'ulteriore questione concernente la tempestività dell'eccezione di nullità.

15. Per ciò che concerne, invece, il secondo motivo di ricorso, rileva il Collegio che le argomentazioni sviluppate si risolvono in una valutazione personale ed alternativa degli elementi fattuali valorizzati dai giudici del gravame ai fini dell'affermazione di penale responsabilità, peraltro con richiami ad atti del procedimento e documenti l'accesso ai quali è precluso al giudice di legittimità.

Invero, la consolidata giurisprudenza di questa Corte è orientata nel senso di ritenere che il controllo sulla motivazione demandato al giudice di legittimità resta circoscritto, in ragione della espressa previsione normativa, al solo accertamento sulla congruità e coerenza dell'apparato argomentativo con riferimento a tutti gli elementi acquisiti nel corso del processo e non può risolversi in una diversa lettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione o l'autonoma scelta di nuovi e diversi criteri di giudizio in ordine alla ricostruzione e valutazione dei fatti (si vedano ad esempio, limitatamente alla pronunce suc-

cessive alle modifiche apportate all'articolo 606 cod. proc. pen. dalla Legge 46\2006, Sez. III n. 12110, 19 marzo 2009; Sez. VI n. 23528, 6 luglio 2006; Sez. VI n. 14054, 20 aprile 2006; Sez. VI n. 10951, 29 marzo 2006).

Si è altresì precisato che il vizio di motivazione ricorre nel caso in cui la stessa risulti inadeguata, perché non consente di riscontrare agevolmente le scansioni e gli sviluppi critici che connotano la decisione riguardo a ciò che è stato oggetto di prova ovvero impedisce, per la sua intrinseca oscurità od incongruenza, il controllo sull'affidabilità dell'esito decisorio, sempre avendo riguardo alle acquisizioni processuali ed alle prospettazioni formulate dalle parti (Sez. VI n.7651, 25 febbraio 2010).

Nella fattispecie, i giudici del merito hanno valutato gli elementi oggetto di critica nel motivo di ricorso In esame con argomentazioni assistite da tenuta logica e coerenza strutturale, rilevando come le fatture, di rilevante importo, fossero state emesse da ditta che risultava aver cessato la propria attività; che risultavano non pagate, ad eccezione di un modesto acconto; che la sede della ditta coincideva con l'abitazione dell'imputato, presso la quale lo stesso risultava irreperibile; che la ditta non disponeva di un deposito ove custodire le ingenti quantità di pneumatici, di una sede operativa e di dipendenti e che l'imputato non aveva presentato la dichiarazione dei redditi per tali attività.

La Corte territoriale ha, inoltre, fornito adeguata risposta ad ogni singola doglianza prospettata nell'atto di appello,

16. Quanto al terzo motivo di ricorso, deve ricordarsi che l'elemento soggettivo del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti è rappresentato dal dolo specifico di favorire l'evasione fiscale di terzi (Sez. III n. 17525, 7 maggio 2010) e che quest'ultima non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, bensì un elemento del dolo specifico, in quanto per integrare il reato è necessario che l'emittente delle fatture si proponga il fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ma non anche che il terzo consegua effettivamente la programmata evasione (Sez. III n., 39359, 21 ottobre 2008).

Anche sul punto la Corte territoriale, contrariamente a quanto rilevato in ricorso, non è incorsa nel vizio di motivazione denunciato.

Richiamati, ancora una volta, l'ambito di operatività dell'articolo 606, lettera e) cod. proc. pen., deve rilevarsi come i giudici del gravame abbiano dato dimostrazione della capacità di gestire il testo secondo gli essenziali criteri di coerenza e coesione richiesti, individuando adeguatamente la sussistenza del dolo nel fatto che le fatture sono state emesse dopo la cessazione dell'attività della ditta e nella dimostrata mera apparenza delle operazioni commerciali documentate nelle fatture, che non risultavano pagate e nell'assenza di qualsivoglia documento comprovante il preventivo acquisto, da parte dell'imputato, degli pneumatici che assumeva poi aver rivenduto a terzi.

La Corte del merito non manca, inoltre, di confutare puntualmente, anche in questo caso, le censure formulate con l'atto di gravame.

17. Parimenti corretta risulta poi la risposta data dai giudici del gravame alla questione riproposta in questa sede con il quarto motivo di ricorso, avendo giustamente escluso che possa ravvisarsi, nella fattispecie, una ipotesi di reato impossibile, ponendo in evidenza una circostanza in fatto ritenuta determinate e, cioè, l'avvenuta utilizzazione delle fatture da parte del destinatario, il quale, come accertato dalla Guardia di Finanza, le aveva annotate in contabilità utilizzandole per far apparire costi fittizi ed indebiti crediti di IVA, con conseguente danno per l'erario.

18. Quanto la mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, di cui tratta il quinto motivo di ricorso, si ricorda che la concessione di dette attenuanti presuppone la sussistenza di positivi elementi di giudizio e non costituisce un diritto conseguente alla mancanza di elementi negativi connotanti la personalità del reo, cosicché deve ritenersi legittimo il diniego operato dal giudice in assenza di dati positivi di valutazione (Sez. III n. 19639, 24 maggio 2012; Sez. I n. 3529, 2 novembre 1993; Sez. VI n. 6724, 3 maggio 1989; Sez. VI n. 10690, 15 novembre 1985; Sez. I n. 4200, 7 maggio 1985).

Nella fattispecie, come risulta dal provvedimento impugnato, non solo tali elementi positivi non sono stati individuati, ma i giudici del gravame hanno espressamente considerato, quale elemento ostativo, la presenza di plurimi e gravi precedenti penali.

La decisione risulta pertanto giuridicamente corretta sul punto ed adeguatamente motivata.

19. Nondimeno, anche il diniego dell'attenuante di cui

all'art. 62 n. 4 cod. pen., cui si riferisce il sesto motivo di ricorso, appare adeguatamente motivata.

Correttamente la Corte del merito ha considerato insussistenti i presupposti per l'applicazione della invocata attenuante in relazione all'importo complessivo delle fatture, ammontante ad oltre 200.000,00 euro ma, anche a voler considerare, come fa il ricorrente, il solo importo dei tributi evasi, pari a circa 50.000,00 euro, come dallo stesso affermato, non ricorrerebbe comunque il requisito della speciale tenuità del danno patrimoniale, del lucro o dell'evento dannoso o pericoloso richiesto dalla norma.

20. Per ciò che concerne, infine, il settimo motivo di ricorso, occorre ricordare che il giudice, nel quantificare la pena, opera una valutazione complessiva sulla base dei criteri direttivi fissati dall'articolo 133 cod. pen.

La determinazione della misura della pena tra il minimo e il massimo edittale rientra nell'ampio potere discrezionale attribuito al giudice di merito, che risulta legittimamente esercitato anche attraverso la globale considerazione degli elementi indicati nella richiamata disposizione (Sez. IV n.41702, 26 ottobre 2004).

Nella fattispecie, il giudice del gravame ha espressamente specificato che la determinazione della pena operata dal primo giudice risultava corretta in considerazione della oggettiva gravità dei fatti, rilevata sulla base di elementi puntualmente indicati e della negativa personalità dell'imputato, già autore di condotte dello stesso tipo.

21. Il ricorso deve pertanto essere rigettato, con le conseguenti statuizioni indicate in dispositivo.

[Omissis]

IRENE GUERINI

Dottore di ricerca in Giustizia penale ed internazionale – Università degli Studi di Pavia

La perquisizione sul posto: ambito di operatività e profili problematici

Perquisition in Place: Application Requirements and Problematic Aspects

Chiamata a pronunciarsi sull'ambito di operatività della "perquisizione sul posto", la Suprema Corte fornisce, per la prima volta, una definizione dell'espressione «operazioni di polizia» di cui all'art. 4 l. 152/75 e risolve il deficit di tassatività della disposizione normativa tramite una lettura combinata dei diversi presupposti applicativi. La soluzione individuata dalla Cassazione, tuttavia, lascia irrisolti profili problematici, sia in tema di compatibilità dell'istituto con i principi costituzionali, sia in ordine alle sanzioni processuali applicabili alla perquisizione illegittima.

Asked to rule on the scope of operation of the "perquisition in place", for the first time the Supreme Court provides a definition of the term «police operations» in article 4 l. 152/75 and solves the problem of the not specific definition of the law by a combined reading of the different application requirements. The solution found by the Supreme Court, however, leaves unresolved problematic aspects, both in terms of compatibility with the constitutional principles, both concerning the procedural penalties applicable to the unlawful perquisition.

«OPERAZIONI DI POLIZIA» E PERQUISIZIONI SUL POSTO

PREMESSA

Il caso di specie ha visto la Suprema Corte pronunciarsi sui presupposti di operatività delle c.d. perquisizioni sul posto, così come disciplinate dall'art. 4, l. 22 maggio 1975, n. 152. Prevede la norma che, ove ricorrano situazioni di necessità ed urgenza, che non consentano un tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, gli ufficiali, gli agenti di polizia giudiziaria e della forza pubblica, nel corso di operazioni di polizia, ed al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione, hanno il potere di eseguire oltre all'identificazione anche l'immediata perquisizione sul posto di persone il cui atteggiamento e la cui presenza, in relazione a specifiche circostanze di luogo e di tempo, non appaiono giustificabili. Alle stesse condizioni è consentita altresì la perquisizione del mezzo di trasporto utilizzato per giungere sul posto. Nello specifico, l'imputato veniva fermato dalla Polizia di Stato durante un controllo stradale volto all'accertamento del rispetto delle norme sulla circolazione, risultando privo di patente di guida e di altri documenti di identità nonché gravato da numerosi precedenti di polizia. Procedendo alla perquisizione sul posto, della persona e dell'autoveicolo, venivano trovate (e sequestrate) fatture per operazioni inesistenti sulla base delle quali era instaurato un procedimento penale per il reato di cui all'art. 8, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, che si concludeva con una sentenza di condanna in primo grado, confermata nel giudizio d'appello.

Sollecitata dal ricorrente, che eccepiva tra l'altro l'inutilizzabilità delle prove acquisite a seguito della perquisizione e la nullità del relativo verbale per omesso avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore, la Cassazione si è concentrata in particolare su due problematiche interpretative: l'esatta definizione delle «operazioni di polizia» nel corso delle quali è possibile disporre la perquisizione sul posto; l'operatività o meno delle garanzie difensive tipiche del processo penale. A fronte di un intervento selettivo della giurisprudenza di legittimità, caratterizzato da scarso apparato motivazionale (e da qualche errore materiale)¹, l'analisi delle problematiche sottese al caso di specie richiede, per contro, una panoramica più ad ampio spettro, che

¹ Sia nel corpo della motivazione, sia nell'enunciazione del principio di diritto, la sentenza in commento individua in modo erroneo la fonte normativa della perquisizione «nell'art. 4 legge 110/75». Deve ritenersi un mero errore materiale, proprio a fronte del fatto che il contenuto della disposizione richiamata e l'analisi della *ratio* legislativa ad essa sottesa fanno chiaramente riferimento alla l. n. 152/75.

origini da un inquadramento dell'istituto, dall'individuazione dei suoi presupposti, dai profili di possibile contrasto con il quadro dei principi costituzionali.

Più in generale, il termine «perquisizione» individua tutte quelle attività di ricerca che abbiano ad oggetto il corpo della persona o il luogo: rientrano nel medesimo ambito definitorio sia le attività d'indagine svolte d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, sia le attività di impulso giurisdizionale². Il tema, invece, è caratterizzato da una certa «asistematicità»³ (che ne rende difficile una trattazione unitaria) determinata essenzialmente da due fattori: il primo, derivante dalla non organica previsione normativa, che vuole sulla base del dato puramente cronologico la distinzione tra perquisizioni adottate prima del 1988⁴, perquisizioni disciplinate nel Codice di procedura penale⁵ e perquisizioni introdotte con leggi successive⁶; il secondo, basato sulla differen-

² Più approfonditamente: Bargis, *Perquisizione*, *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, 488 ss. L'art. 2, n. 31, l. 16 febbraio 1987, n. 81, ammette espressamente, in casi predeterminati di necessità ed urgenza, che la polizia giudiziaria possa procedere di propria iniziativa a perquisizioni, cioè ad attività consistenti nella «diretta osservazione di luoghi, cose o persone tendente a ricercare cose pertinenti al reato, che possono essere sottoposti a sequestro, ovvero persone da sottoporre a provvedimenti limitativi della libertà personale». Su tale base, peraltro, trova fondamento l'art. 352 c.p.p.

³ L'espressione è ripresa da Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 306.

⁴ Nella vigenza del codice di procedura penale del 1930 erano previste varie tipologie di perquisizioni, alcune espressamente contenute nell'impianto codicistico (artt. 332 ss. c.p.p. abr., nonché art. 224 c.p.p. abr.), altre disposte da leggi speciali (per esempio, l'art. 8 d.p.r. 19 marzo 1955, n. 520); per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia a Cerqua, *La perquisizione sul posto prevista dall'art. 4 della legge 22 maggio 1975 n. 152*, *Giur. merito*, 1976, IV, 307 s. Tra le perquisizioni adottate prima del 1988 ed attualmente ancora in vigore si annoverano, oltre alla perquisizione sul posto di cui all'art. 4, l. 152/75, le perquisizioni locali eseguite da ufficiali di polizia tributaria sulla base della mera notizia o del fondato sospetto di violazione di leggi finanziarie (art. 33, l. 7 gennaio 1929, n. 4) e le perquisizioni in sede di indagini su armi, munizioni o materiali esplosivi (art. 41 t.u.l.p.s.).

⁵ Il modello codicistico prevede due differenti declinazioni del mezzo di ricerca della prova: giurisdizionale, ad impulso dell'autorità giudiziaria (artt. 247 ss.) ed amministrativa, quale attività d'indagine che, per i caratteri della necessità e dell'urgenza, si svolge su iniziativa diretta della polizia giudiziaria (art. 352).

⁶ Successivamente all'entrata in vigore del codice, la legislazione speciale ha delineato ulteriori ipotesi di perquisizioni, ampliando l'ambito dell'iniziativa della polizia giudiziaria e ricalcando in alcuni casi i presupposti della perquisizione sul posto. Varie le ipotesi, classificabili in relazione alla tipologia di reato: delitti di criminalità organizzata e terrorismo (art. 27, comma 2, l. 19 marzo 1990, n. 55; art. 25 bis, d.l. 8 giugno 1992, n. 306; art. 3, d.l. 18 ottobre 2001, n. 374); stupefacenti (artt. 99 e 103, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309); reati di discriminazione razziale (art. 5, d.l. 26 aprile 1993, n. 122); lotta all'immigrazione clandestina (art. 12, comma 7, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Per

te finalità –preventiva o repressiva- per cui possono essere predisposte.

L'ISTITUTO DELLA PERQUISIZIONE SUL POSTO: NATURA GIURIDICA...

La perquisizione sul posto trova la propria fonte normativa in una legge speciale di data anteriore rispetto all'entrata in vigore del Codice di procedura penale del 1988 ed ha carattere certamente preventivo⁷. Il dato temporale impone di affrontare preliminarmente la questione circa la attuale vigenza dell'art. 4, l. n. 152/75, risolta in senso positivo sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, seppure non risultante in via immediata dalla lettura delle previsioni di legge. Ed, infatti, nelle disposizioni di coordinamento tra Codice di procedura penale e norme previgenti, l'art. 225, norme att. c.p.p., fa espressamente salva –in tema di perquisizioni domiciliari- la sola applicazione degli istituti di cui all'art. 41 t.u.l.p.s. ed all'art. 33, l. 7 gennaio 1929, n. 4. Ciò nonostante, la qualificazione della perquisizione sul posto come istituto a natura preventiva disciplinato dalla legislazione speciale ne giustifica la permanenza in vigore: vuoi perché l'art. 207 norme att. c.p.p. –che definisce l'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice- ha efficacia limitata alle norme di natura processuale⁸; vuoi perché l'art. 35, l. n. 152/75, prevede la caducazione delle sole ipotesi processuali contenute nella legge al momento di entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale⁹; vuoi, infine, perché la *ratio* di ultra-vigenza

una trattazione sistematica, si rinvia a Felicioni, *Le ispezioni* cit., 325 ss.

⁷ Pressoché unanime la dottrina sul punto, con la sola eccezione di Fortuna, *Un nuovo istituto: la perquisizione sul posto*, *Giur. merito*, 1975, IV, 193 ss. L'A. sottolinea che la normativa, oggettivamente interpretata, condurrebbe ad attribuire a questa figura di perquisizione natura "mista", non essendo soltanto ed esclusivamente finalizzata alla prevenzione bensì comunque fondata sul presupposto di un fatto costitutivo di reato ed avente quindi anche finalità repressiva. Tale opinione dottrinale è rimasta isolata e deve ritenersi superata anche in sede interpretativa, dalla Corte Costituzionale, che con sent. 26 settembre 1983 n. 261, *Cass. pen.*, 1984, 22 ss., riconduce espressamente l'esercizio dell'attività di polizia ai sensi dell'art. 4 l. 152/75 nella sfera della prevenzione.

⁸ Così anche Cass., sez. II, 26 giugno 2008, n. 34615, *Guida dir.*, 2008, 41, 78, che evidenzia come in assenza di un espresso richiamo da parte dell'art. 225 norme att. c.p.p., il carattere preventivo (pre-processuale) della perquisizione sul posto esclude una implicita abrogazione a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale.

⁹ In dottrina, isolata opinione contraria era stata espressa da Risi, *Perquisizioni e nuovo codice di procedura penale*, *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 147 s., che argomentava in favore della tacita abrogazione dell'istituto richiamando il disposto dell'art. 35 l. n. 152/75 e dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale. Concorda con la maggioritaria dottrina anche la giurisprudenza.

emerge anche da interventi del legislatore successivi al 1988¹⁰. La predisposizione al perseguimento di finalità esclusivamente preventive condiziona, inevitabilmente, sia la natura giuridica di questa forma di perquisizione sia l'applicabilità o meno della disciplina codicistica in generale (ai sensi del già citato art. 207, norme att. c.p.p.) e in particolare delle garanzie difensive tipiche del procedimento penale.

L'istituto è stato introdotto dal legislatore del 1975 quale strumento di controllo del territorio, in un momento storico in cui l'emergenza terroristica aveva portato alla ribalta l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico, attribuendo alla polizia strumenti di contrasto alla criminalità ulteriori e più efficaci di quelli ordinari, allora previsti dal codice di procedura penale del 1930¹¹. Il risultato è stato il conferimento di un potere certamente dotato di significativi tratti di coercizione, antecedente rispetto all'individuazione di una *notitia criminis* specifica, necessariamente provvisorio (cioè sottoposto, per espressa previsione costituzionale, al controllo giurisdizionale). Del *genus* delle perquisizioni di carattere preventivo condivide pertanto la natura amministrativa, svolgendo una funzione esplorativa volta alla scoperta di eventuali reati "qualitativamente e quantitativamente indeterminati" all'inizio della

Da ultimo, Cass., sez. VI, 9 dicembre 2002, n. 1808, *Cass. pen.*, 2003, 2580 ss., affermava che l'art. 4, l. 152/75 «è da considerare tuttora vigente, non avendo natura di norma "processuale" e non rientrando nella previsione dell'art. 35 della stessa legge, per il quale le sole disposizioni processuali in essa contenute dovevano cessare di avere applicazione con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale».

¹⁰ In particolare, alcune disposizioni di legge emanate dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale richiamano espressamente l'art. 4, l. n. 152/75: così l'art. 27, comma 2, l. n. 55/90; l'art. 1, comma 2, d.l. 25 giugno 1992, n. 349; nonché da ultimo l'art. 19, l. 26 marzo 2001, n. 128. Condivide l'assunto che gli espliciti richiami operati dal legislatore successivamente al 1988 valgano a ritenere pacifica la sopravvivenza dell'istituto della perquisizione sul posto Paulesu, *Perquisizioni "sul posto"*, Kostoris-Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2009, 292 s.

¹¹ Questa la logica più in generale della l. n. 152/75, che introduceva disposizioni a tutela dell'ordine pubblico, in una prospettiva estensiva delle potestà a carattere preventivo. Nell'impianto legislativo originario, infatti, si allargava oltre la flagranza il potere di arresto della polizia giudiziaria, disancorandolo dal mandato d'arresto obbligatorio e fondandolo su di un quadro indiziario non più "grave" ma "sufficiente"; si estendevano i casi di operatività del giudizio direttissimo; si introduceva nell'ordinamento una nuova misura di prevenzione (la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni). In senso critico sull'effettivo conseguimento degli obiettivi perseguiti dal legislatore Cerqua, *La perquisizione* cit., 306; nonché Fortuna, *Un nuovo istituto* cit., 193, che osserva come l'istituto della perquisizione sul posto sia emblematico di come alle volte la c.d. interpretazione oggettiva della legge possa importare il riconoscimento (nella norma) di significati e portata precettiva notevolmente difforni dall'intento e dalla volontà (storica) del legislatore.

«OPERAZIONI DI POLIZIA» E PERQUISIZIONI SUL POSTO

perquisizione¹². Ne consegue, tra l'altro, che non trovano applicazione in questo momento preliminare le garanzie difensive previste dal codice di procedura penale: è solo con il configurarsi degli estremi della flagranza del reato che si apre la fase "procedimentale" e le operazioni compiute d'iniziativa dalla polizia giudiziaria vengono attratte nell'orbita di operatività dell'art. 352 c.p.p. e sottoposte alla disciplina codicistica¹³.

Indipendente dalla natura giuridica (preventiva o repressiva) è, per contro, la copertura costituzionale che la perquisizione sul posto condivide con tutte le altre perquisizioni personali¹⁴ eseguite *motu proprio* dagli organi di polizia¹⁵: l'art. 13, comma 3, Cost., infatti, derogando alla riserva di giurisdizione, conferisce all'autorità di pubblica sicurezza -in casi eccezionali di necessità ed urgenza tassativamente indicati dalla legge- il potere di adottare provvedimenti provvisori, da comunicare entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, la quale deve convalidarli nelle successive quarantotto ore, pena la perdita di efficacia¹⁶. Ed è proprio con riferimento al parametro costituzionale che l'istituto di cui all'art. 4, l. n. 152/75, presenta rilevanti problematiche di compatibilità¹⁷: l'evidente *deficit* di tassa-

tività della previsione normativa¹⁸, fondata su una pluralità di presupposti "troppo vaghi", aleatori, non sufficientemente determinati, rischia di rendere "troppo fluidi"¹⁹ i confini applicativi dell'istituto ed impone, per contro, una loro interpretazione coordinata e costituzionalmente orientata. La linea di confine è sottile: assicurare l'efficienza di attività a carattere preventivo per il tramite dell'esercizio di potestà necessariamente discrezionali in capo alla polizia giudiziaria, evitando però che tale potere si risolva in un arbitrio indiscriminato.

... (SEGUE) E PRESUPPOSTI APPLICATIVI

Lo stretto legame con la fonte costituzionale si evince fin dall'*incipit* dell'art. 4, l. n. 152/75, che, richiamando i «casi eccezionali di necessità ed urgenza», si pone in stretta continuità (per non dire identità, quantomeno dal punto di vista letterale) con il dettato del comma 3 dell'art. 13 Cost. Tuttavia, proprio la genericità della formulazione, segna la distanza tra la fonte costituzionale -nella quale peraltro si richiama la necessità che tali casi siano tassativamente indicati dalla legge- e la fonte legislativa ordinaria, che proprio per essere conforme al parametro sovraordinato dovrebbe caratterizzarsi per una maggiore specificità²⁰. Un tentativo di definire tale presupposto in termini di maggiore tassatività passa, necessariamente, dalla valorizzazione delle circostanze di tempo e di luogo: il compimento della perquisizione dovrebbe risultare indifferibile²¹, nel senso che un suo rinvio in attesa del provvedimento autorizzativo emanato dall'autorità giudiziaria

¹² L'espressione è ripresa da Riccio, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, 7.

¹³ Concorda sul punto Felicioni, *Le ispezioni* cit., 322 s., che precisa come l'impossibilità di qualificare la perquisizione *de qua* come attività di polizia giudiziaria determina altresì l'inapplicabilità delle norme del codice di procedura penale che, viceversa, troveranno applicazione solo laddove nell'espletamento della perquisizione sul posto emergessero gli indizi di un reato con conseguente trasformazione dell'attività di polizia di sicurezza in attività di polizia giudiziaria. Così anche Bellagamba-Vigna, *Armi munizioni esplosivi*, Milano, 2008, 455.

¹⁴ L'art. 4 l. n. 152/75 introduce nell'ordinamento una perquisizione personale, seppure estesa al mezzo di trasporto. Sul punto Cerqua, *La perquisizione* cit., 311, evidenzia come tale istituto potrebbe avere il carattere di perquisizione domiciliare solo nel caso in cui il mezzo di trasporto sia chiuso ed adibito ad abitazione (come per esempio nel caso di *roulottes*).

¹⁵ Il riferimento è, da un lato, alla disciplina ordinaria di cui all'art. 352 c.p.p.; dall'altro alle figure di perquisizione ad iniziativa della polizia rinvenibili all'interno di alcune leggi speciali: art. 27, l. n. 55/90; art. 103, d.p.r. 309/90; art. 25bis, d.l. 306/92.

¹⁶ Per una specifica trattazione dei confini di operatività della garanzia costituzionale in relazione alle attività a carattere preventivo si veda Amato, sub art. 13 Cost., Branca (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna, 1977, 6 ss.

¹⁷ Né può ritenersi esaustiva l'unica sentenza della Corte costituzionale sul punto. Chiamata a pronunciarsi sui sospetti di incostituzionalità dell'art. 4, l. n. 152/75, la Consulta, con sent. 20 settembre 1983, n. 261, ha respinto le questioni sollevate dai giudici di merito osservando che la perquisizione sul posto è attività di polizia amministrativa e pertanto rientra nella sfera della prevenzione, estranea ed irriducibile al sistema (ed alle garanzie) del processo penale. Concorda circa la permanente attualità di dubbi di legittimità costituzionale Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 456 ss., che evidenzia come la natura giuridica amministrativa o giurisdizionale sia in sé un dato neutro, che non

incide sulla indeterminatezza dei criteri usati dalla disposizione normativa e sul rispetto del principio di tassatività.

¹⁸ Così, tra gli altri, in dottrina Paulesu, *Perquisizioni* cit., 293 ss. Contrario Amato, sub art. 13 Cost., cit., 43 s. che, con riguardo al potere di perquisizione introdotto dall'art. 4, l. 152/75, ritiene che la fattispecie sia definita in modo sufficientemente univoco a fronte della lievità della restrizione imposta, ritenuta un *minus* rispetto ad altri poteri conferiti alla polizia giudiziaria sempre in una logica preventiva; nonché Cerqua, *La perquisizione* cit., 312 s.

¹⁹ Entrambe le espressioni sono riprese da Paulesu, *Perquisizioni* cit., 295.

²⁰ Come evidenziato da Paulesu, *Perquisizioni* cit., 295, non è sufficiente riprodurre testualmente nella legge ordinaria una formula contenuta al più alto grado della gerarchia delle fonti per garantire l'ortodossia costituzionale della norma sotto-ordinata. Così anche Bricola, *Politica criminale e politica dell'ordine pubblico*, *Questione criminale*, 1975, 254; Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 458. Fortuna, *Un nuovo istituto* cit., 194 s., sottolinea come il requisito di «necessità ed urgenza» di rango costituzionale non avrebbe mai evidenziato una particolare capacità di porsi quale referente di legittimità con le norme processuali ordinarie, ponendosi quasi in posizione subordinata rispetto al requisito (sempre di fonte costituzionale) di tassatività.

²¹ Cerqua, *La perquisizione* cit., 331, parla di atto "indispensabile ed indilazionabile".

pregiudicherebbe la possibilità di compierlo²² ovvero ne vanificherebbe la finalità preventiva²³. Questa interpretazione, espressamente ribadita nella stessa disposizione normativa (che parla di «immediata perquisizione sul posto»), è coerente con l'esigenza di immediatezza tipica delle attività di prevenzione, connaturata all'esigenza di garantire il "fattore-sorpresa" evitando al tempo stesso situazioni di stallo: dalla constatazione di sussistenza dei presupposti al compimento dell'atto coercitivo da parte della polizia non c'è soluzione di continuità.

Vi è poi un requisito che potrebbe definirsi di carattere funzionale: la potestà di eseguire la perquisizione sul posto ai sensi dell'art. 4, l. n. 152/75, è attribuita a soggetti specificamente legittimati (ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria e della forza pubblica)²⁴ «nel corso di operazioni di polizia». A fronte di un chiaro intento limitativo della previsione normativa, tuttavia, la dottrina registra un orientamento interpretativo estensivo, ritenendo che debbano essere incluse tra le operazioni di polizia non soltanto quelle programmate "a vasto raggio", ma anche quelle attività di vigilanza normalmente compiute dalle pattuglie e rientranti nel novero

delle funzioni tipiche della polizia giudiziaria²⁵. Su questa base, dovrebbero restare fuori dall'ambito di operatività della legge speciale esclusivamente le "situazioni-limite", vale a dire i soli casi in cui l'ufficiale od agente non sia nell'esercizio delle funzioni (perché, per esempio, ha terminato il turno di lavoro o è in ferie) ovvero, se pur in servizio, intervenga occasionalmente e quindi al di fuori delle proprie mansioni. Tale interpretazione, peraltro, risulta certamente coerente con le finalità perseguite dal legislatore: consentire una efficace tutela dell'ordine pubblico, anche attraverso l'estemporanea effettuazione di perquisizioni durante l'espletamento di altre attività di polizia.

Infine, la perquisizione sul posto deve essere teleologicamente e soggettivamente disposta al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione in capo a persone il cui atteggiamento o la cui presenza non appaia giustificabile in relazione a specifiche e concrete circostanze di tempo e di luogo. Anche in questo caso la descrizione normativa è decisamente generica e muove all'interno di un quadro, quello delle disposizioni a tutela dell'ordine pubblico introdotte dal legislatore del 1975, che non richiede né la sussistenza né l'indizio né il fondato sospetto di un reato. Ad integrare questo presupposto è il solo atteggiamento del soggetto in sé considerato che, posto in correlazione con il dato spazio-temporale, appaia non plausibile²⁶, generando pertanto una situazione di "mero sospetto" che lascia preoccupanti spazi valutativi all'arbitrio degli organi di polizia e pare eludere le esigenze di tassatività prescritte dalla fonte costituzionale²⁷. Da un lato, infatti, la base cognitiva dalla

²² Così Bellagamba-Vigna, *Armi cit.*, 451. Definito dalla dottrina quale requisito della "occorrenza estrema" (la definizione è ripresa da Paulesu, *Perquisizioni cit.*, 296, che parla al riguardo di necessità ed urgenza "qualificata"), tale presupposto ha carattere residuale rispetto agli altri e si sostanzia nella assoluta impossibilità di ottenere un tempestivo decreto di perquisizione da parte dell'autorità giudiziaria. Una posizione minoritaria in dottrina era critica nel senso che il requisito dell'eccezionalità potesse qualificare la necessità e l'urgenza ed intravedeva nella previsione legislativa l'autorizzazione per la polizia giudiziaria ad effettuare la perquisizione sul posto nei soli casi in cui l'autorità giudiziaria potrebbe in astratto provvedere adottando un decreto di uguale contenuto; così Fortuna, *Un nuovo istituto cit.*, 194 e 199 s. Da tali considerazioni, l'A. faceva discendere la natura mista preventivo-repressiva della perquisizione sul posto.

²³ Si rinvia a Bellagamba-Vigna, *Armi cit.*, 451. Per quanto concerne più nel dettaglio il recupero di tassatività della norma tramite l'ipervalutazione della finalità perseguita dal legislatore, anche in senso critico, Paulesu, *Perquisizioni cit.*, 296, che intravede il rischio di giustificare a posteriori situazioni di "urgenza presunta".

²⁴ Per una esatta definizione delle nozioni di ufficiale e di agente di polizia giudiziaria si rinvia al disposto dell'art. 57 c.p.p., così come integrato da specifiche leggi speciali. Il riferimento alla «forza pubblica», invece, è mutuato dall'art. 5 t.u.l.p.s. e si connota per una evidente *ratio* estensiva: consentire anche a soggetti che non rivestono la qualità di organi di polizia giudiziaria –ma che comunque sono istituzionalmente preposti a garantire l'ordine pubblico– di porre in essere attività preventive necessarie e improcrastinabili. Una isolata posizione in dottrina ricava dal riferimento estensivo alla forza pubblica una argomentazione a sostegno della natura anche processuale della perquisizione sul posto; così Fortuna, *Un nuovo istituto cit.*, 199. Per maggiori approfondimenti si rinvia a Paulesu, *Perquisizioni cit.*, 294 s.

²⁵ Sul punto, nello specifico, Bellagamba-Vigna, *Armi cit.*, 451.

²⁶ Si rinvia, nello specifico, a Bellagamba-Vigna, *Armi cit.*, 451 s., anche per una sommaria esemplificazione delle c.d. "situazioni tipiche". Si evidenzia come il richiamo alle circostanze spazio-temporali, seppure non determinate in modo preciso, ben potrebbe essere valorizzato in concreto per riportare entro confini più ristretti l'ambito di operatività della perquisizione sul posto: vuoi dal punto di vista spaziale, ponendo l'accento su obiettivi "sensibili"; vuoi dal punto di vista temporale, sottolineando la contestualità con particolari eventi (si pensi, per esempio, alle manifestazioni sindacali) ovvero avendo riguardo all'orario notturno. Critico sul punto Paulesu, *Perquisizioni cit.*, 301, che osserva come questa forma di aggettivazione finisca per rivelarsi in concreto poco rassicurante.

²⁷ Interessanti, sul punto, le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale con le sentenze 19 giugno 1974, n. 173 e 6 maggio 1976, n. 110. Chiamata a pronunciarsi in riferimento alla legittimità costituzionale dell'art. 41 t.u.l.p.s., la Corte aveva evidenziato come la possibilità di procedere a perquisizione o sequestro è subordinata all'esistenza di elementi indiziari circa il possesso di armi, chiarendo altresì che l'indizio non equivale al mero sospetto (che può trarre origine anche da un semplice personale convincimento) ma deve, invece, ricollegarsi ad un

«OPERAZIONI DI POLIZIA» E PERQUISIZIONI SUL POSTO

quale muove la discrezionalità della polizia giudiziaria è totalmente autoreferenziale, trattandosi di attività preventiva *ante delictum* finalizzata esclusivamente a prevenire il compimento di un reato²⁸. Dall'altro lato, la verifica della esistenza in concreto del fine di accertare l'eventuale possesso di armi o esplosivi è totalmente slegata da criteri oggettivi di valutazione²⁹.

La soluzione paventata dalla dottrina è pertanto nel senso di un recupero della tassatività in via interpretativa, che compensi l'eccessiva genericità dei singoli presupposti in sé considerati tramite una loro lettura combinata, comunque vincolata a dati di fatto concreti e tra loro concordanti, desunti dalle specifiche circostanze di luogo e di tempo³⁰. La valutazione *ex ante* della integrazione dei requisiti di cui all'art. 4, l. n. 152/75, pertanto, si dovrebbe tradurre in un onere motivazionale particolarmente rigoroso in capo alla polizia giudiziaria in sede di redazione del verbale di perquisizione³¹, che consenta un pregnante controllo *ex post* da parte del pubblico ministero in sede di convalida³². Tale orientamento ermeneutico, tuttavia, non pare fornire una risposta

risolutiva all'esigenza di tassatività imposta dall'art. 13 Cost.: rimettere alla discrezionalità della polizia giudiziaria e della forza pubblica la valutazione circa la pericolosità sociale di talune situazioni, infatti, elude il precetto costituzionale che impone, per contro, la predeterminazione legislativa ancorata a parametri oggettivi.

LA SOLUZIONE INTERPRETATIVA DEL CASO DI SPECIE: I PROFILI PROBLEMATICI ANCORA APERTI IN TEMA DI DEFINIZIONE DELLE «OPERAZIONI DI POLIZIA» E DI INTEGRAZIONE DEL REQUISITO SOGGETTIVO-TELEOLOGICO

La sentenza in commento costituisce la prima pronuncia della giurisprudenza di legittimità con riguardo all'esatta interpretazione da attribuire all'espressione «operazioni di polizia». Analogamente alla dottrina, la Suprema Corte afferma che la locuzione debba essere considerata in senso ampio, comprendendo «ogni attività peculiare della polizia giudiziaria effettuata nell'ambito di specifiche attribuzioni della stessa e non richiede una preventiva organizzazione né l'espletamento di attività coordinate e complesse per il raggiungimento di un determinato scopo preventivamente individuato, ben potendo coincidere con l'ordinaria attività di istituto». Il percorso motivazionale che porta all'affermazione di questo principio di diritto muove dalla individuazione della finalità legislativa (la tutela dell'ordine pubblico) quale elemento da valorizzare per giustificare una lettura in senso estensivo del dettato normativo, lettura estensiva che porta ad includere tra le «operazioni di polizia» ogni ordinaria (tipica) attività di istituto. Se pure ispirata dalla necessità di evitare l'attribuzione di poteri arbitrari alla polizia giudiziaria³³, la Cassazione si accontenta di recuperare tassatività, a monte, tramite una implicita valorizzazione del contenuto degli altri presupposti previsti dalla legge (nello specifico, l'atteggiamento o la presenza delle persone sul posto non giustificabili in relazione alle circostanze di luogo e di tempo, il fine di accertare il possesso di armi, l'impossibilità di ottenere tempestivamente un provvedimento dell'autorità giudiziaria). Questo percorso motivazionale si traduce, a valle, nella compensazione del ridotto compendio di garanzie del procedimento (necessario per far fronte all'esi-

fatto obiettivamente certo od a più fatti certi e concordanti tra loro. L'art. 41 t.u.l.p.s., invero, ha però natura processuale come si desume proprio (anche) dal riferimento all'«indizio» in esso contenuto. Per maggiori approfondimenti si rinvia a Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 445 ss.

²⁸ Così Paulesu, *Perquisizioni* cit., 300 s., che pone in evidenza come invece in sede di applicazione di misure cautelari l'ambito della ricostruzione del quadro gnoseologico trova fondamento in un indizio «eteroreferenziale» poiché ricollegato ad una *notitia criminis* già acquisita.

²⁹ Sul punto, Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 452, pone in evidenza come, seppure la finalizzazione del potere di perquisire sia stata introdotta dal legislatore in una logica limitativa, la verifica della esistenza del fine in concreto, al momento dell'azione, è problematica (se non impossibile), in quanto la legge non indica criteri oggettivi alla cui stregua possa essere valutata la motivazione dell'atto di perquisizione.

³⁰ Così in particolare Paulesu, *Perquisizioni* cit. 295 e 300 s.; Gualtieri, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979, 114.

³¹ L'obbligo di un doveroso onere motivazionale da parte della polizia giudiziaria, se consentirebbe di recuperare profili di compatibilità costituzionale, pare porsi in contrasto con il comma 3 dell'art. 4, l. n. 152/75, che, viceversa, proprio in una logica di semplificazione e di maggiore speditezza processuale, prevede che il verbale debba essere redatto su apposito modulo e che debba essere trasmesso entro un breve termine (quarantotto ore) al pubblico ministero. In dottrina, Fortuna, *Un nuovo istituto* cit., 208, attribuisce al verbale di perquisizione, oltre al valore di atto documentativo, la funzione di mezzo di informazione del reato a carico del perquisito.

³² Tale argomentazione, tuttavia, presta il fianco a significative critiche. Da un lato, non convince del tutto il recupero di garanzie postumo rispetto alla lesione ormai consumata del diritto. Dall'altro lato, si dubita che nella prassi il controllo nel merito sulla sussistenza dei presupposti operato dal pubblico ministero in sede di convalida possa tradursi in una diversa valutazione delle circostanze di fatto specifiche e concrete. In termini simili, Fortuna, *Un nuovo istituto* cit., 196.

³³ In motivazione la sentenza in commento esclude che la polizia giudiziaria possa procedere indiscriminatamente a perquisizione, ritenendo che la compatibilità con l'art. 13 Cost. sia garantita dalla «puntuale delimitazione dell'ambito di operatività» che sarebbe chiaramente definito dall'art. 4, l. n. 152/75.

genza di immediatezza) tramite l'attivazione *ex post* dei controlli giurisdizionali. La soluzione cui giunge la giurisprudenza, di certo evocativa delle posizioni espresse dalla dottrina, sconta tuttavia, nell'inquadramento del caso di specie, carenze argomentative (in parte dettate dall'impostazione del ricorso, incentrato esclusivamente sulla nozione di «operazioni di polizia»), sotto una duplice prospettiva: da un lato, trascura di approfondire il rapporto con le attività «atipiche» poste in essere dalla polizia giudiziaria; dall'altro, omette di sottoporre al sindacato di legittimità una valutazione di sussistenza più ad ampio spettro di tutti i presupposti della perquisizione sul posto³⁴.

Quanto al primo profilo, nel caso di specie la perquisizione veniva eseguita nel corso di una attività «tipica» della Polizia di Stato (il controllo stradale sui mezzi in transito). Questo dato fattuale consente ai giudici di legittimità di risolvere la problematica circa la riconducibilità o meno dell'attività di controllo stradale tra le operazioni di cui all'art. 4, l. n. 152/75, sulla base di una sorta di (implicito) automatismo tra lo svolgimento di una attività ordinaria da parte della polizia giudiziaria e l'integrazione del presupposto. Tale lettura ermeneutica, se pure potrebbe ricondurre a tassatività la disposizione normativa (tramite il rinvio alle disposizioni che regolamentano l'attività della polizia), omette di ancorare la definizione di «operazioni» a parametri oggettivi, delimitando qualitativamente entro confini certi l'ambito di operatività dell'istituto. Tanto è vero che la stessa formulazione del principio di diritto ne risente, individuando una definizione in negativo («non richiede una preventiva organizzazione né l'espletamento di attività coordinate e complesse») e non in positivo di cosa debba intendersi per «operazioni di polizia». Ne consegue, che resta irrisolto il problema interpretativo se rientrano o meno nell'ambito di operatività della perquisizione sul posto le attività di iniziativa «atipica» della polizia giudiziaria, attività che proprio per loro natura sono quelle che presentano maggiori problemi in rapporto al principio di tassatività³⁵. Inoltre, una valutazione più completa avrebbe imposto di ana-

lizzare il rapporto di contestualità spaziale e temporale tra il presupposto di necessità ed urgenza e lo svolgimento dell'attività di polizia³⁶.

Quanto all'omesso sindacato sulla sussistenza degli altri presupposti previsti dall'art. 4, l. n. 152/75, la valorizzazione vuoi della finalità teleologica, vuoi del requisito soggettivo, avrebbe potuto fornire argomenti per un giudizio se non diverso nell'esito comunque più articolato e completo in ordine alla legittimità della perquisizione svolta. *Sub specie* del presupposto soggettivo, ben avrebbe potuto essere evidenziato dal ricorrente che le circostanze di luogo e di tempo e l'atteggiamento del soggetto, così come riportati nel verbale di perquisizione³⁷, non giustificavano di per sé nemmeno il mero sospetto che potesse essere in possesso di armi, esplosivi o strumenti di effrazione³⁸. Ma è certamente con riguardo al requisito teleologico che si manifestano le problematiche di maggiore rilevanza, quale riflesso della mancanza di parametri oggettivi cui ancorare la valutazione di sussistenza. Punto di partenza è il dato, condiviso in dottrina, che il (solo) fine di accertare l'eventuale possesso di armi sia presupposto essenziale della perquisizione sul posto e pertanto debba essere *ex ante* integrato nel momento in cui gli agenti della polizia giudiziaria decidono di procedere d'iniziativa ai sensi dell'art. 4, l. n. 152/75, pena l'illegittimità della perquisizione e la sua mancata convalida. È altrettanto intuitivo che la valutazione di sussistenza *a priori* debba altresì essere autonoma, non potendo risultare in alcun modo assorbita dalle risultanze della perquisizione in concreto svolta: né in caso di esito positivo (ritenendo sempre sussistente la finalità laddove siano state effettivamente ritrovate armi al soggetto perquisito)³⁹; né in negati-

³⁴ Vero è però che la sede più opportuna nella quale valutare questi aspetti sarebbe forse dovuta essere quella del giudizio cautelare incidentale sulla legittimità del provvedimento di sequestro conseguente alla perquisizione. Si ricorda che la Cassazione, nella sentenza in commento, è chiamata a pronunciarsi nel giudizio principale sulla responsabilità penale.

³⁵ Si rinvia a Paulesu, *Perquisizioni* cit., 298 ss., anche per una ricognizione delle attività atipiche poste in essere dalla polizia e maggiormente diffuse nella prassi (tra le altre: sopralluoghi, pedinamenti, appostamenti, rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici nonché l'impiego di sistemi di localizzazione satellitare).

³⁶ Sul punto Paulesu, *Perquisizioni* cit., 297 s., pone in evidenza come dal punto di vista temporale, il requisito della contestualità dovrebbe essere desunto dal testo normativo laddove espressamente richiede che le operazioni di polizia siano «in corso»; per quanto concerne la prospettiva spaziale, la contestualità potrebbe essere desumibile dalla necessità di immediatezza ma, per contro, presenta profili di criticità con la finalità preventiva dell'istituto.

³⁷ Come si ricava dalla motivazione della sentenza in commento l'atto era stato eseguito da agenti della Polizia di Stato in occasione di un controllo stradale sui mezzi in transito nei confronti di una persona che mostrava indecisione al momento del controllo e, una volta fermata, risultava sprovvista di patente di guida e di altri documenti di identità nonché gravata da numerosi precedenti di polizia.

³⁸ Il mezzo tramite il quale introdurre una diversa valutazione delle circostanze di fatto nel giudizio di Cassazione dovrebbe essere quello della censura del provvedimento giurisdizionale di convalida nella parte in cui, recependo il verbale di perquisizione redatto dalla polizia giudiziaria ne condivide i vizi di illegittimità.

³⁹ Seppure l'art. 4, l. n. 152/75, non lo preveda espressamente, nel caso in cui all'esito della perquisizione venga reperita

«OPERAZIONI DI POLIZIA» E PERQUISIZIONI SUL POSTO

vo (giudicando non sussistente la finalità per il semplice fatto che non sia stato ritrovato nulla di penalmente rilevante)⁴⁰. Vi è però una terza eventualità possibile ed è, come nel caso di specie, l'ipotesi in cui a seguito della attività della polizia giudiziaria vengano ritrovati, sul soggetto perquisito ovvero all'interno dell'autoveicolo, cose penalmente rilevanti ma diverse rispetto ad armi, esplosivi e strumenti di effrazione. In questo caso, infatti, oltre alla valutazione della legittimità della perquisizione si prospetta il tema della utilizzabilità delle risultanze probatorie così ottenute. La Suprema Corte nella sentenza in commento dedica poco spazio alla risoluzione del problema, limitandosi a rilevare come, una volta giudicata legittima la perquisizione, non è mai possibile ignorare fatti aventi rilevanza penale solo per il fatto che gli stessi siano stati accertati occasionalmente, nell'ambito di attività della polizia giudiziaria (irrilevante sotto questo profilo che si tratti di attività d'iniziativa ovvero delegata) finalizzata ad altri scopi. La questione, invero, pare meritevole di qualche riflessione ulteriore, soprattutto in relazione al potere di controllo *a posteriori* da parte dell'autorità giudiziaria ed alle eventuali sanzioni processuali applicabili.

ILLEGITTIMITÀ DELLA PERQUISIZIONE E SANZIONI PROCESSUALI

Nel silenzio della norma, è pacifico che la trasmissione del verbale di perquisizione entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica (così come prevista dall'art. 4, comma 3, l. n. 152/75) sia strettamente funzionale alla convalida che, per espressa previsione costituzionale (art. 13, comma 3, Cost.) deve avvenire entro le successive quarantotto ore⁴¹. Nell'esercitare il potere di controllo, l'autorità giudiziaria è chiamata a verificare se la polizia abbia agito

un'arma, esplosivi o strumenti di effrazione sarà necessario distinguere tra detenzione legittima e detenzione penalmente illecita. Nel primo caso, il verbale darà conto del rinvenimento delle cose ma la polizia giudiziaria non potrà procedere al loro sequestro; nella seconda ipotesi, viceversa, l'attività degli agenti operanti accerta la commissione di un reato e muta la propria natura da amministrativa in processuale. Sul punto, anche, Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 455.

⁴⁰ In questo caso si è in presenza di una mera attività amministrativa alla quale non consegue alcun effetto, salva la possibilità di controllo attraverso la convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Sulla necessità che anche il verbale di perquisizione avente esito negativo sia oggetto di convalida da parte del pubblico ministero, pena in caso contrario la violazione degli artt. 8 e 13 Cedu, si è pronunciata la giurisprudenza europea; così Corte e.d.u., 8 febbraio 2005, L.M. c. Italia.

⁴¹ Così, tra gli altri, Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 454; Felicioni, *Le ispezioni* cit., 324; Paulesu, *Perquisizioni* cit., 303 s.

all'interno dei limiti previsti dalla legge, dovendo in caso contrario ritenere illegittima la perquisizione. Il fenomeno della mancata convalida genera la caducazione dell'atto, con automatica perdita di ogni effetto. Inoltre, laddove fosse accertata la arbitrarietà ovvero la delittuosità della condotta degli agenti operanti, potrebbero configurarsi in capo agli stessi responsabilità disciplinari (art. 16, norme att. c.p.p.) o penali (artt. 609 e 610 c.p.). Controversa, in dottrina e giurisprudenza, è la questione circa la utilizzabilità di quanto accertato in sede di perquisizione nel caso in cui l'attività della polizia giudiziaria sia poi giudicata illegittima all'esito del controllo giurisdizionale. La problematica risente, inevitabilmente, del dibattito sul rapporto tra perquisizione e sequestro. In estrema sintesi: laddove si ritenga che tra perquisizione e sequestro sussista un rapporto di dipendenza causale, logica e giuridica, il vizio che colpisce il primo atto si estenderebbe al secondo, inficiandone la validità⁴²; viceversa, se si parte dall'assunto che le due attività sono tra loro indipendenti, l'invalidità dell'una non sarebbe produttiva di alcun effetto sulla validità dell'altro⁴³.

Con specifico riguardo al caso in cui, all'esito della perquisizione sul posto, siano state reperite cose diverse da armi, esplosivi o strumenti di effrazione - la cui detenzione costituisca comunque reato, in dottrina sono state manifestate opinioni discordanti. Secondo un primo orientamento, che valorizza il requisito teleologico nella sua stretta dimensione letterale, tale attività sarebbe stata effettuata *contra legem* e, pertanto, non dovrebbe essere convalidata da parte del pubblico ministero: opererebbe, in questo senso, una sorta di presunzione assoluta di illegittimità dell'atto⁴⁴. Una diversa impostazione ri-

⁴² Così, tra gli altri, in dottrina, Cerqua, *La perquisizione* cit. 314, Comoglio, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, *Cass. pen.*, 1996, 1547 ss. In giurisprudenza *Cass.*, sez. V, 22 settembre 1995, n. 2051, *Cass. pen.*, 1996, 1545 ss. sottolinea che l'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. è posta a protezione del procedimento di acquisizione della prova e, nella logica di equiparazione tra profilo funzionale e genetico, è sanzione a portata generale. Ne consegue che, in virtù dello stretto nesso strumentale che lega la perquisizione al sequestro, l'illegittimità dell'una non può non estendersi al secondo, determinando l'inutilizzabilità probatoria delle cose sequestrate.

⁴³ Sostiene tale tesi Cordero, *Procedura penale*, VI, Milano, 2001, 819 s.; nonché in giurisprudenza *Cass.*, sez. V, 27 novembre 1995, n. 2793, *Cass. pen.*, 1996, 1934 ss., con nota di Mendoza, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*. Questa opzione ermeneutica contiene l'ambito di operatività dell'art. 191 c.p.p. ai soli casi in cui vi sia violazione di una norma processuale esplicitamente o implicitamente proibitiva.

⁴⁴ Sostiene questa tesi Paulesu, *Perquisizioni* cit., 303 s., nota 53. Portando alle estreme conseguenze questa linea interpretativa, Cerqua, *La perquisizione* cit., 315 s., afferma che anche il

tiene indipendente il giudizio sulla sussistenza dei presupposti per disporre la perquisizione rispetto all'esito in concreto della stessa: il particolare scopo di ricerca imposto dall'art. 4, l. n. 152/75, si risolve in un requisito di legittimità; una volta che detto requisito venga riconosciuto sussistente in sede di convalida, il rinvenimento di altri oggetti ulteriori (di per sé o unitamente ad altri) rilevatori di un altro delitto, non può che rientrare nel paradigma della *notitia criminis* non particolarmente qualificata⁴⁵. Pare, in ogni caso, che ove gli oggetti rinvenuti costituiscano il corpo del reato ovvero cose pertinenti al reato permanga -indipendentemente dalla sussistenza o meno dei presupposti di legittimità della perquisizione- un autonomo obbligo d'ufficio in capo alla polizia di disporre il sequestro; nonché in capo al pubblico ministero di procedere nei confronti del perquisito per il diverso reato accertato⁴⁶.

Resterebbe da analizzare la questione dell'utilizzabilità della prova reperita a seguito di una perquisizione sul posto accertata come illegittima. Il problema coinvolge la prova illecitamente formata all'interno del procedimento in quanto ottenuta attraverso un comportamento criminioso dell'organo investigante. Se, infatti, è pacifico che l'atto di perquisizione compiuto dall'agente in assenza dei presupposti stabiliti dalla legge può integrare l'applicazione di sanzioni disciplinari e penali, non altrettanto unanime è il giudizio in ordine alle conseguenze che la condotta può determinare in termini

sequestro di armi, esplosivi e strumenti di effrazione il cui possesso riveli la commissione di un reato diverso da quello che con la perquisizione si tendeva ad accertare debba essere considerato "giuridicamente inesistente", proprio perché assunto in assenza della condizione legittimante di cui al particolare scopo di ricerca previsto dall'art. 4, l. n. 152/75. Per contro, l'A., ritiene valido ed efficace il sequestro di oggetti diversi da armi, esplosivi o strumenti di effrazione, se disposto all'esito di una perquisizione legittima perché svolta nel rispetto di tutti i requisiti di legge.

⁴⁵ Si rinvia, sul punto, a Fortuna, *Un nuovo istituto cit.*, 209.

⁴⁶ Questo, peraltro, l'orientamento espresso in giurisprudenza da Cass., sez. un., 16 maggio 1996, n. 5021, *Cass. pen.*, 1996, 3268 ss., che afferma: «allorquando la perquisizione sia stata effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e non nei "casi" e nei "modi" stabiliti dalla legge, come prescritto dall'art. 13 Cost., si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è compatibile con la tutela del diritto di libertà del cittadino [...]. Ne consegue che, non potendo essere qualificato come inutilizzabile un mezzo di ricerca della prova, ma solo la prova stessa, la perquisizione è nulla e il sequestro eseguito all'esito di essa non è utilizzabile come prova nel processo, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti». Concorde, in dottrina, Fortuna, *Un nuovo istituto cit.*, 209. Conforme anche la più recente giurisprudenza, da ultimo Cass., sez. I, 28 ottobre 2010, n. 42010, *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 223. Critico, per contro, Bellantoni, *Sequestro probatorio e processo penale*, La Tribuna, 2005, 42 nota 50.

di utilizzabilità della prova acquisita per il tramite di una perquisizione illegittima. La problematica è stata diffusamente affrontata in dottrina con riguardo alla mancata integrazione dei presupposti previsti dall'art. 352 c.p.p. Da un lato, vi è chi sostiene che l'art. 191, comma 1, c.p.p., laddove stabilisce l'inutilizzabilità delle prove «acquisite» in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non sia applicabile alle diverse fattispecie di rinvenimento della prova⁴⁷. Dall'altro, un secondo orientamento afferma che l'art. 352 c.p.p., attribuendo alla polizia giudiziaria un potere che può essere esercitato soltanto sulla base dei limiti e dei presupposti normativamente indicati, introduce un divieto probatorio la cui violazione deve essere sanzionata con l'inutilizzabilità della prova così ottenuta⁴⁸. Una interessante posizione intermedia suggerisce di accertare, caso per caso, se la norma processuale violata sia, oltre che volta a tutelare l'organizzazione dell'attività investigativa, anche preposta a garantire la genuinità dell'accertamento probatorio⁴⁹. Tale soluzione imporrebbe di verificare se l'attività della polizia giudiziaria, svolta al di là ed al di fuori dei presupposti fissati dal legislatore, possa in qualche modo incidere sulla idoneità dei risultati ottenuti. E così, a valle, il pubblico ministero dovrebbe astenersi dal convalidare l'atto eseguito in assenza dei presupposti in ogni caso in cui la distanza dal modello prescritto dal legislatore possa generare risultati probabilmente non obiettivi. L'applicazione di quanto sopra allo specifico istituto della perquisizione sul posto suggerirebbe di sostenere la generale utilizzabilità dei risultati ottenuti a seguito dell'atto illegittimo -per violazione dell'art. 4, l. n. 152/75- proprio in quanto non pare che la disposizione normativa sia espressione di una disciplina legislativa volta a tutelare la genuinità del risultato probatorio raggiunto. Ed, infatti, basti considerare che la norma in analisi si limita a fissare i presupposti sulla base dei quali è consentita l'iniziativa della polizia giudiziaria, mentre per le modalità operative di svolgimento dell'atto devono intendersi applicabili (seppure si tratti di attività di natura amministrativa) le disposizioni codicistiche in tema di perquisizione personale e domiciliare⁵⁰.

⁴⁷ Così Cordero, *Procedura cit.*, 604 e 819 s.

⁴⁸ Si esprime in questo senso Nobili, sub art. 191 c.p.p., Chia-vario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1991, 412.

⁴⁹ Questa posizione viene sostenuta da Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 205 ss. ed in particolare 218 ss.

⁵⁰ Per maggiori approfondimenti si rinvia a Bellagamba-Vigna, *Armi cit.*, 453 s.

«OPERAZIONI DI POLIZIA» E PERQUISIZIONI SUL POSTO

GARANZIE DIFENSIVE ED OMESSO AVVISO AL DIFENSORE

Da ultimo, la sentenza in commento affronta il problema della necessità (o meno) che prima dello svolgimento della perquisizione il soggetto sia avvisato della facoltà di farsi assistere da un difensore. Il tema, invero, dovrebbe essere esteso alla più generale applicabilità, all'istituto della perquisizione sul posto, delle norme processuali poste a tutela del diritto di difesa; applicabilità esclusa dalla maggioritaria dottrina, proprio in base alla natura giuridico-amministrativa del potere attribuito alla polizia giudiziaria⁵¹. Ed, infatti, come già sopra evidenziato, solo all'esito della perquisizione ed in presenza di determinati elementi l'attività di polizia uscirà dall'alveo della finalità esclusivamente preventiva per diventare attività più propriamente processuale, come tale soggetta alle disposizioni del codice di procedura penale. Questo orientamento ermeneutico risulta coerente con lo specifico procedimento della perquisizione sul posto⁵² e trova conferma nel quadro normativo di riferimento: l'art. 220, norme att. c.p.p., richiama l'osservanza delle disposizioni

del codice quando, nel corso delle attività ispettive, emergano "indizi di reato"; l'art. 114, norme att. c.p.p., prescrive l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore nei casi in cui sia compiuto uno degli atti indicati nell'art. 356 c.p.p.; l'art. 356 c.p.p. individua una serie di ipotesi tassative (tramite richiamo espresso di specifiche disposizioni normative, tra le quali non è incluso l'art. 4, l. n. 152/75), tutte accomunate dalla finalità di assicurare delle fonti di prova. In aderenza alla posizione della dottrina, la giurisprudenza, già in una precedente pronuncia⁵³, aveva escluso che l'espletamento della perquisizione ai sensi della l. n. 152/75 richiedesse il preventivo avviso alla persona della facoltà di farsi assistere da un difensore. Questa la soluzione adottata dalla Cassazione nella sentenza in commento, che tuttavia (anche) con riguardo a tale specifica tematica, lamenta carenze argomentative ed estrema sinteticità espositiva.

Concludendo, se pure sono condivisibili gli esiti cui giunge la Suprema Corte nel caso di specie, pare che i giudici di legittimità abbiano perso una (buona) occasione per analizzare più nel dettaglio l'istituto della perquisizione sul posto, che ancora presenta molteplici (ed irrisolti) nodi problematici.

⁵¹ Così Bellagamba-Vigna, *Armi* cit., 455; Felicioni, *Le ispezioni* cit., 322; Paulesu, *Perquisizioni* cit., 302.

⁵² La particolarità della procedura, finalizzata alla massima speditezza, è giustificata peraltro dal contesto in cui si svolge l'attività di polizia, che prescinde non soltanto dalla commissione di un reato ma più in generale dalla sussistenza di un quadro indiziario qualificato.

⁵³ Si tratta di Cass., sez. III, 9 febbraio 2011, n. 8097; peraltro richiamata in chiave adesiva (se non addirittura *per relationem*) dalla sentenza in commento.

Estradizione passiva e tutela dei diritti fondamentali

Corte di Cassazione, Sezione VI, 15 ottobre 2013, n. 1490 – Pres. Milo; Rel. Conti

Deve essere cassata con rinvio la sentenza della Corte di appello con cui sono state dichiarate sussistenti le condizioni per l'estradizione verso la Repubblica del Brasile, per l'esecuzione della pena, di un cittadino brasiliano, allorché non sia stato accertato che la situazione di inaccettabile degrado materiale e umano che caratterizza il trattamento carcerario brasiliano possa dirsi se non risolta quanto meno significativamente attenuata.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte di appello di Roma dichiarava sussistenti le condizioni per la estradizione verso la Repubblica del Brasile del cittadino olandese V.C.R., per l'esecuzione della pena di diciassette anni, sei mesi e un giorno di reclusione, residua rispetto alla condanna di venti anni di reclusione, pronunciata dal Tribunale Federale di Espirito Santo emessa il 26 giugno 1995, divenuta definitiva il 13 luglio 1998, per il reato di traffico di sostanze stupefacenti. Nel corso della procedura di estradizione, nei confronti del V. C., detenuto per fatti analoghi commessi in Italia, la Corte di appello di Roma aveva emesso in data 10 ottobre 2012 ordinanza di custodia cautelare.

2. Rilevava la Corte di appello che sussistevano tutti i presupposti per la estradizione e, in particolare, che non poteva costituire ostacolo ad essa, salve eventuali determinazioni discrezionali del Ministro della Giustizia, la denunciata condizione strutturale degli stabilimenti carcerari brasiliani come implicante di per sé la sottoposizione dei detenuti a trattamenti crudeli, disumani e degradanti, tale da costituire una violazione dei diritti fondamentali del condannato, perché, in primo luogo, dalla documentazione prodotta (in particolare quella dal sito Internet di Amnesty International) risultava che la denunciata situazione riguardava episodi occasionali e non aspetti considerabili come connotativi di una generale condizione dei detenuti in Brasile; in secondo luogo, il divieto di estradizione di cui all'art. 705 c.p.p., comma 2, lett. c), per costante giurisprudenza, riguarda ipotesi in cui simili trattamenti derivino da una scelta normativa o di fatto dello Stato richiedente, che non ricorreva nel caso in esame, tanto più che il Ministro della Giustizia di quel Paese aveva in data 15 maggio 2011 adottato una risoluzione per l'adozione di un piano di

emergenza finalizzato all'impiego di risorse idonee a risolvere le carenze del trattamento carcerario brasiliano.

3. Ricorre personalmente per cassazione l'estradando che deduce la violazione dell'art. 698 c.p.p., comma 1, art. 705 c.p.p., comma 2, lett. c), art. 5, lett. b) del Trattato di estradizione Italia- Brasile firmato a Roma il 17 ottobre 1989, 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, e il vizio di motivazione, in punto di mancata considerazione, come dato ostativo alla estradizione verso il Brasile, della cronica, costante e generalizzata violazione dei diritti umani sistematicamente perpetrata nelle carceri di quel Paese, ove vi è una condizione di sovraffollamento spaventoso nell'ambito di edifici fatiscenti e malsani, non sono assicurate le minime condizioni igieniche e di assistenza sanitaria in un contesto di diffusione di malattie infettive quali tubercolosi, affezioni dermatologiche e AIDS, ove i detenuti, spesso costretti a dormire sul pavimento e privi di aria, luce e servizi igienici, sono per di più frequentemente sottoposti ad atti di violenza fisica condotti fino allo stupro o all'uccisione e derubati dei loro averi da parte di bande criminali interne e perfino di guardie carcerarie diffusivamente corrotte e comunque assolutamente inadeguate numericamente a fare fronte alla pandemica violenza regnante negli istituti, ove viene inoltre spesso praticata la tortura, il tutto come attestato da numerosi studi di autorevoli studiosi e dai rapporti annuali di accreditate e affidabili istituzioni non governative quali Amnesty International e Human Rights Watch; condizioni terrificanti non attenuatesi nonostante le pressanti raccomandazioni rivolte dall'ONU al Governo brasiliano e i propositi, rimasti inattuati, espressi da quest'ultimo.

Si osserva che la sentenza impugnata, oltre a svalutare illogicamente la univoca produzione documentale depositata dalla difesa, interpreta erroneamente la giurisprudenza di legittimità, che in realtà si è limitata a precisare che

ESTRADIZIONE PASSIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

non costituiscono indici di un sistema generalizzato episodi occasionali di persecuzione, di maltrattamenti e di violenze riconducibili a iniziative estemporanee, e paradossalmente adduce come argomento contrario alle deduzioni difensive il fatto che anche l'Italia ha subito una condanna dalla Corte EDU per il sovraffollamento carcerario, situazione peraltro lontanissima dalla endemica condizione di illegalità e di abbandono in cui versano le prigioni brasiliane.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.
2. Fra l'Italia e il Brasile vige il Trattato di estradizione sottoscritto a Roma il 17 ottobre 1989, entrato in vigore il 1 agosto 1993, il cui art. 5, alla lettera b), prevede un divieto di estradizione "se vi è fondato motivo di ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta a pene o trattamenti che comunque configurano violazione dei diritti fondamentali".
3. Questa norma convenzionale è contenutisticamente analoga alla disciplina codicistica, nell'ambito della quale l'art. 705, comma 2, lett. c), rinviando all'art. 698, comma 1, dello stesso codice, pone il divieto di estradizione ricorrendo la previsione che l'estradando, in caso di consegna, sia sottoposto a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona. Come ricordato dalla stessa Corte di appello, da parte della giurisprudenza di legittimità si è più volte espresso il principio che la condizione ostativa alla estradizione collegata alla violazione dei diritti fondamentali deve derivare da una scelta normativa o solo di fatto dello Stato richiedente, e non da mere iniziative estemporanee da parte di apparati pubblici agenti a titolo personale ed estemporaneo (ex plurimis, Sez. 6, n. 21985 del 24/05/2006, Radnef, Rv. 234767; Sez. 6, n. 10106 del 27/10/2005, dep. 2006, Aradi, Rv. 233856; Sez. 6, n. 26900 del 26/04/2004, Martinez, Rv. 229172; Sez. 6, n. 3702 del 18/11/1998, dep. 1999, Frederik, Rv. 212256). In applicazione di questo principio, si è ad esempio in un caso negata l'extradizione verso la Repubblica della Turchia in presenza di un documentato e generalizzato impiego da parte delle forze di polizia di sistematici atti di violenza fisica o comunque di maltrattamenti nei confronti dei detenuti, evidentemente sul presupposto che ciò fosse tollerato dalle autorità di quel Paese (v. Sez. 6, n. 32685 del 08/07/2010, Seven, Rv. 248002).
4. In termini non dissimili si è più volte espressa la Corte EDU, in relazione alla analoga previsione dell'art. 3 Cost., da cui si è ricavato che è fatto divieto a uno Stato aderente alla Convenzione Europea dei Diritti Umani di disporre la estradizione o la espulsione di individui esposti al rischio di subire nel Paese di destinazione simili trattamenti (sent. 11/01/2007, Salah Sheekh c. Paesi Bassi); con la precisazione che il divieto sussiste anche qualora tali condotte siano poste in essere da privati, qualora il Paese di destinazione le tolleri, non avendo posto in essere misure adeguate allo scopo di prevenirle (sent. da ultimo cit.; nonché, fra le altre, sent. 02/05/1997, D. c. Regno Unito).
5. Poiché in gran parte dei casi non ricorre, per intuibile ragioni, una previsione a livello normativo che possa

autorizzare o addirittura imporre in un determinato Paese simili trattamenti contrari ai diritti umani, è appunto a una situazione di fatto, che non sia episodica, ma sia apprezzabilmente consolidata, conosciuta e tollerata dagli organi dello Stato di destinazione, cui occorre fare riferimento per verificare se sussista un impedimento alla estradizione. Al fine dell'accertamento di una siffatta situazione di fatto, tra le fonti di conoscenza dell'a.g. deputata a decidere su una domanda di estradizione, ben possono essere annoverati documenti e rapporti elaborati da organizzazioni non governative la cui affidabilità sia generalmente riconosciuta sul piano internazionale, tra le quali Amnesty International e Human Rights Watch (v. per questa specifica affermazione Sez. 6, n. 32685 del 2010, Seven, cit. che richiama a sostegno Corte EDU, Grande Camera, sent. 28/02/2008, Saadi c. Italia; cfr. inoltre, tra le altre, nell'ambito di una costante giurisprudenza della Corte EDU, sent. 22/09/2009, Abdolkhani e Karimnia c. Turchia).

6. Venendo al caso in esame, risulta dai rapporti di varie fonti non governative, quali appunto Amnesty International e Human Rights Watch, che la situazione delle carceri brasiliane è da tempo endemicamente caratterizzata, soprattutto in alcuni distretti statali - tra i quali quello di Espírito Santo, che interessa specificamente la presente procedura - dalla pratica della violenza e della sopraffazione nei confronti dei detenuti ad opera sia di bande criminali interne, conosciute e tollerate dalle autorità carcerarie, sia degli stessi agenti di custodia; il tutto nell'ambito di una condizione strutturale di fatiscenza e inadeguatezza degli edifici carcerari che è causa di vistose condizioni di sovraffollamento e di carenze igieniche sanitarie, tali da favorire la propagazione di gravi malattie infettive. Tale inquietante situazione di fatto, stando a Sez. 6, n. 7911 del 17 gennaio 2011, Lopes (n.m.), è stata accertata anche nel Rapporto elaborato dai capi-missione dell'Unione Europea nella loro visita in Brasile del dicembre 2009, comunicato in estratto con nota del Ministero degli Affari esteri n. 171028 del 13 maggio 2010; e, quel che appare decisivo, è ben conosciuta, come riconosce la sentenza impugnata, dalle stesse autorità brasiliane, tanto che il Ministro della Giustizia di quel Paese in data 15 maggio 2011 adottò una risoluzione per l'adozione di un piano di emergenza finalizzato all'impiego di risorse idonee a risolvere le carenze del trattamento carcerario brasiliano.

7. A fronte di questi univoci dati, indicativi di una condizione non contingente ma protrattasi da tempo, ammessa dallo stesso Governo brasiliano, sicuramente di per sé presuntivamente tale da rendere concretamente configurabile l'assoggettamento dei detenuti a trattamenti carcerari quantomeno degradanti, se non crudeli o disumani, la sentenza impugnata si limita a rilevare che essa non dipende da una scelta normativa e neppure di fatto dello Stato richiedente; non considerando tuttavia che è appunto una "scelta di fatto" quella di conoscere lo stato di degrado in cui versano da tempo le carceri di quel Paese senza approntare le misure (edilizie, igieniche, sanitarie, educative, di polizia interna) idonee ad assicurare ai detenuti le condizioni per ragguagliare il loro trattamento a minime esigenze di rispetto della dignità umana. Non

è comprensibile il rilievo secondo cui anche l'Italia è stata "sanzionata per la situazione in cui si trovano le carceri nel nostro paese": in disparte la considerazione che la inaccettabile condizione di sovraffollamento che ha dato causa ai recenti rilievi mossi all'Italia dalla Corte EDU non sembra sia lontanamente comparabile con quella di grave offesa alla dignità umana che emerge dai rapporti degli organismi internazionali a proposito della situazione del Brasile - non connessa invero al solo problema del sovraffollamento - non si vede come la deprecabile realtà carceraria italiana possa condizionare l'autorità giudiziaria nella valutazione ad essa imposta dalle norme interne e convenzionali circa il presupposto del rispetto dei diritti umani ai fini della decisione in tema di estradizione.

Altrettanto oscuro è il riferimento fatto nella sentenza impugnata alla circostanza che l'estradando vive abitualmente in Brasile, posto che qui non è questione di dove egli viva da libero ma di quale possa essere il suo trattamento da detenuto. Nel fare riferimento, poi, al proposito espresso dal Ministro della Giustizia brasiliano nel maggio del 2011, la Corte di appello non ha considerato che perché possa ritenersi superata la critica condizione delle carce-

ri di quel Paese, (che, per come rappresentata dagli organismi internazionali e ammessa dalle stesse competenti autorità brasiliane, inibirebbe allo stato l'estradizione del ricorrente), non è sufficiente una simile presa di impegno, ma occorre acquisire informazioni, con le forme previste dall'art. 10 del Trattato di estradizione Italia - Brasile, circa l'esito di tali annunciate iniziative, onde verificare se la situazione di inaccettabile degrado materiale e umano che caratterizza il trattamento carcerario brasiliano secondo le fonti di informazione sino ad ora acquisite possa dirsi se non risolta quanto meno significativamente attenuata.

8. Per le suesposte considerazioni, si impone l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Roma, che, all'esito delle informazioni che vorrà acquisire presso l'autorità brasiliana, nei termini sopra chiariti, valuterà se sussistono le condizioni per l'estradizione in quel Paese di V.C.R., con specifico riferimento alla prospettiva che egli possa essere sottoposto a trattamenti crudeli, disumani o degradanti, avendo riguardo alle norme interne e convenzionali e ai principi di diritto sopra richiamati.

[Omissis]

FABIO FIORENTIN

*Magistrato di Sorveglianza – Componente della Commissione Mista C.S.M. –
Ministero della giustizia per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*

Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia?

Extradition Denial in Case Of Prisoner's Fundamental Rights Violation: What Risks Italy?

Dopo una sintetica illustrazione del percorso motivazionale seguito dalla sentenza in rassegna, l'Autore affronta la tematica della tutela dei diritti fondamentali della persona in stato di detenzione, alla luce dei tracciati giurisprudenziali dei giudici nazionali e della Corte EDU, soffermandosi sulle novità recentemente introdotte nell'ordinamento interno dal d.l. n. 146/2013. Nella seconda parte del commento, sono delineate le analogie della condizione di strutturale degrado e sovraffollamento delle strutture penitenziarie brasiliane con la situazione italiana e sono ipotizzati gli sviluppi possibili nel caso di persistente inadempimento dell'Italia alle prescrizioni imposte dalla Corte di Strasburgo con la sentenza "Torreggiani" che ha condannato l'Italia per il trattamento detentivo contrario alla dignità della persona umana a causa del sovraffollamento degli istituti di pena.

After briefly illustrating the motivation of the sentence in review, the Author deals extensively with the subject of the prisoners' fundamental rights in the light of what both national courts and the EDU Court have dealt with, dwelling upon the developments that followed the d.l. n. 146/2013. In the second part of the comment to the sentence above, the treatment conditions of the prisoners in Brasil and the structural overcrowding of its prisons are compared with the situation in Italy, and the Author hypothesizes the consequences of Italy's lack of accomplishment to the sentence "Torreggiani" by the EDU Court in Strasburg, by which Italy was condemned for prisoners' ill treatment caused by the overcrowding and the consequent violation of the European Convention of Human Rights, art. 3.

ESTRADIZIONE PASSIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

IL CASO ALL'ESAME DELLA CORTE DI LEGITTIMITÀ

La pronuncia in rassegna concerne la vicenda di un detenuto nei cui confronti la competente Corte di appello aveva disposto l'assenso all'extradizione in Brasile, nonostante le allegazioni difensive – suffragate dalle relazioni di una nota organizzazione non governativa impegnata a tutela dei diritti umani – sullo strutturale degrado delle carceri brasiliane e sulla sistematica sottoposizione dei soggetti ivi ristretti a pratiche di tortura e trattamenti penitenziari inumani e degradanti. La decisione della corte territoriale aveva ritenuto non accertato il carattere sistematico e generalizzato delle violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti riportate dalle relazioni delle organizzazioni non governative, rilevando inoltre che il diniego dell'extradizione sarebbe stato giustificato soltanto qualora tale *ill treatment* fosse riconducibile alla politica legislativa dello Stato richiedente, o dovuta alla tolleranza di fatto delle sopra dette situazioni da parte delle autorità preposte. Quest'ultima condizione – secondo il giudice di merito – nella fattispecie non si era verificata, posto che il Ministro della giustizia brasiliano aveva adottato, già nel 2011, una risoluzione per affrontare il problema delle condizioni di vita nelle carceri di quel Paese. In definitiva, secondo i giudici territoriali, difettava tanto il profilo “oggettivo” della violazione dei diritti (poiché non strutturale bensì meramente episodico); quanto il parametro “soggettivo” della medesima, non potendosi ravvisare una volontà normativa dello Stato richiedente di praticare trattamenti inumani e degradanti nei propri istituti penitenziari, né una tolleranza *de facto* dei medesimi. Anche l'Italia – chiosa la corte di appello – ha recentemente subito una condanna in sede europea per le condizioni di sovraffollamento dei propri stabilimenti penitenziari, ma ciò non ha comportato il verificarsi di dinieghi all'extradizione verso il nostro Paese.

La Cassazione ha annullato la decisione della corte territoriale, sulla base dell'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p., che stabilisce il divieto di assenso all'extradizione del detenuto nei cui confronti vi sia motivo di ritenere che sarà sottoposto, nello Stato richiedente, a trattamenti crudeli, disumani o degradanti, o comunque ad atti che integrano la violazione di diritti fondamentali della persona. Per consolidato orientamento, la disposizione è intesa nel senso che la violazione deve ricondursi alla volontà dello Stato *ad quem*, anche implicita nella tolleranza di abusi sistematici e di violenze nei confronti dei detenuti da parte delle autorità che dovrebbero, invece, reprimere e scoraggiare tali pratiche. Tale con-

dizione di tolleranza è integrata – osserva l'arresto qui in commento – qualora non siano state adottate adeguate misure repressive o dissuasive dei comportamenti illegali censurati. Sulla base dei rapporti forniti da organizzazioni non governative e dal Rapporto elaborato dai capicommissione dell'Unione Europea in seguito alla visita negli istituti di pena brasiliani, la Cassazione riconosce che la situazione delle carceri nel Paese sudamericano integra oggettivamente quella condizione di endemico sovraffollamento, degrado e sistematica violazione dei diritti umani tale da integrare il presupposto di cui al comma 2, lett. c), art. 705, c.p.p. La detta situazione, pacificamente nota agli organi centrali, tenuto conto che il ministro competente ha adottato un piano di emergenza per affrontare il problema, non è stata risolta, così da non potersi ritenere esclusa la componente “soggettiva” della situazione cui si riferisce la evocata disposizione processuale, anche perché non erano stati svolti gli opportuni accertamenti per valutare se l'iniziativa del governo brasiliano abbia ottenuto effetti concreti sul piano deflativo del sovraffollamento penitenziario e del contrasto ai diffusi fenomeni di violenza sui detenuti nelle carceri di quel Paese.

VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI DETENUTI E DIVIETO DI ESTRADIZIONE

L'arresto che si annota analizza la struttura della disposizione di cui all'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p., distinguendo una componente oggettiva (la situazione di incisione sistematica e grave dei diritti fondamentali dei detenuti) ed una soggettiva (la detta situazione deve essere quantomeno tollerata dallo Stato, che non adotti alcuna iniziativa concretamente efficace per contrastare tale patologico fenomeno), individuandone la *ratio* nell'intento di scongiurare il grave pregiudizio che all'estradando può derivare dalla violenza o dal trattamento detentivo non conforme a dignità e umanità praticato dagli organi o dai pubblici funzionari dello Stato richiedente nel contesto dell'esecuzione penale¹. La situazione di

¹ Deve, tuttavia, trattarsi di episodi non occasionali o denunciati in modo generico, così da non potere essere generalizzati e ritenuti come peculiari di un sistema (Cass., sez. VI, 3 settembre 2010, n. 32685, CED Cass., 248002; Cass., sez. VI, 5 febbraio 2008, n. 15626, CED Cass., 239672). Secondo la giurisprudenza, i possibili atti di violenza ad opera di persone estranee agli apparati istituzionali, che agiscano di propria iniziativa per motivi di privata vendetta o di altro genere non sarebbero rilevanti ai fini della previsione dell'art. 705 c.p.p., comma 2, per «la possibilità che in un regime democratico quelle evenienze siano ben prevenibili con le opportune cautele e che contro di esse sia sempre praticabile la tutela legale» (Cass., sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10905, CED

tolleranza delle violazioni in questione deve essere, in definitiva, «apprezzabilmente consolidata», «conosciuta» e «tollerata» dagli organi statuali preposti.

L'indagine su tale *periculum* è spesso assai difficoltosa. Se è, infatti, relativamente agevole accertare, da parte del giudice italiano, il quadro normativo vigente nel Paese richiedente ai fini della verifica di eventuali disposizioni di legge direttamente contrastanti con i principi di civiltà giuridica sopra evocati; è spesso problematica l'acquisizione di dati sufficientemente univoci in relazione all'atteggiamento effettivo delle istituzioni e degli organi deputati all'esecuzione penale nello Stato *ad quem*. Tale accertamento – un passaggio obbligato del percorso logico-giuridico che il giudice è tenuto a compiere in tema di assenso all'estradizione² – va svolto in termini di attualità e concretezza, con riferimento al complessivo quadro politico-istituzionale e sociale del Paese richiedente³.

Sotto il profilo soggettivo, il divieto di *refoulement* in esame trova applicazione, in quanto *jus cogens* di derivazione europea (art. 3 CEDU), ad ogni persona, senza considerazione del suo *status* giuridico, della tipologia di imputazione o di condanna⁴.

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Il pregiudizio che la disposizione dell'art. 705 c.p.p., comma 2, lett. c), c.p.p., integrata dal richiamo all'art. 698, comma 1, del medesimo codice, concerne la probabilità che l'estradando potrà essere sottoposto a pene, trattamenti o atti costituenti “violazione di uno dei diritti fondamentali della persona”⁵. L'espressione “diritti fondamentali” non trova una precisa caratterizzazione nella Carta costituzionale,

Cass., 254768). In questo senso, non rileva il timore di ritorsioni da parte di soggetti privati (correi, familiari delle vittime, ecc.), nei confronti dell'estradando (Cass., sez. VI, 5 febbraio 2010, n. 9082, CED Cass., 246285).

² Così espressamente Cass., sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 41642, *inedita*.

³ Un orientamento (Cass., sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10905, *cit.*), affrontando il caso di un condannato di religione cristiana copta richiesto di estradizione in Egitto, ha affermato che la cognizione del giudice deve estendersi alla valutazione delle vicende politico istituzionali (e, pertanto, direttamente afferenti la condotta e l'orientamento di momenti istituzionali pubblici), del Paese richiedente, con il correlato obbligo di approfondire il dato contestuale, «per verificare se questo, proprio in relazione all'appartenenza dell'estradando a minoranza religiosa in atto oggetto di attacchi e violenze non controllate, non controllabili, o addirittura agevolate, da parte delle istituzioni o di sue articolazioni, potesse avere un immediato, almeno seriamente verosimile, riverbero sulla futura espiazione di pena dell'estradando».

⁴ Cass., sez. VI, 8 luglio 2010, n. 32685, *cit.*

⁵ V., in tema, Cass., Sez. II, 1° aprile 2011, n. 26588, CED Cass., 250884.

e analoghe espressioni (“diritti fondamentali”, “diritti inviolabili”, “valori supremi dell'ordinamento”, “diritti inalienabili”, “diritti di particolare rilevanza costituzionale”, “diritti umani”), sono spesso utilizzate, dalle fonti normative e nelle elaborazioni scientifiche e giurisprudenziali, quali sintagmi fungibili per indicare facoltà soggettive che dovrebbero costituire patrimonio inalienabile di ciascun individuo, in quanto persona umana⁶. La stessa giurisprudenza costituzionale qualifica “fondamentali” i diritti afferenti a quei principi cardinali dell'ordinamento che si pongono, a loro volta, nella gerarchia delle fonti in posizione di primazia rispetto al diritto comunitario e alle altre norme della Costituzione⁷. Una certa ritrosia a precisare e comprimere entro un *numerus clausus* la categoria dei “diritti fondamentali” si giustifica con il timore che una siffatta limitazione comprima eccessivamente la sfera di tutela della persona, che si vuole, invece, sempre più ampia anche grazie al “sistema multilivello” di garanzie assicurato dalla sinergia degli ordinamenti, aspirazione che spiega il sempre più frequente richiamo della giurisprudenza interna (è anche il caso della pronuncia qui in commento) agli arresti delle Corti di garanzia straniere, quale strategia argomentativa in funzione rafforzativa delle proprie decisioni⁸.

⁶ Sulla inutilità di un “catalogo” dei diritti fondamentali, cfr. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, Riv. int. fil. dir., 1965, 302 ss. Nell'ordinamento costituzionale italiano, l'art. 2 Cost., riferendosi genericamente alla protezione accordata ai «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» sembra suggerire l'esistenza di un “catalogo aperto” di situazioni soggettive suscettibili di identificazione con i “diritti fondamentali”. In tema, cfr. Barbera, sub Art. 2, *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.; Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, Quaderni costituzionali, 2001, 35 ss.; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 343 ss., e, volendo, Fiorentin, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte europea*, Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 2037 ss.

⁷ «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale» (C. cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, *Giur. cost.*, 1988, I, 5570, con nota di Bartole, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*).

⁸ Sull'utilizzo, da parte del giudice nazionale, del richiamo alla Convenzione EDU e/o a precedenti arresti della giurisprudenza di Strasburgo quale vero e proprio strumento ermeneutico

ESTRADIZIONE PASSIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Limitando l'oggetto dell'analisi ai diritti fondamentali suscettibili di essere incisi dall'esecuzione penale e penitenziaria, si osserva che la selezione delle posizioni soggettive tutelate ai sensi dell'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p., presenta molteplici punti di contatto con l'analoga operazione effettuata con riferimento alle garanzie assicurate dalla legislazione di matrice penitenziaria ai "diritti" delle persone detenute o internate: *vexata quaestio* da tempo oggetto del dibattito dottrinale e oggi riattualizzata in seguito all'introduzione nell'ordinamento penitenziario, ad opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, di uno strumento di reclamo di nuovo conio (l'art. 35bis, della l. 26 luglio 1975, n. 354), che si riferisce anch'esso genericamente ai "diritti" delle persone detenute, senza procedere ad una tipizzazione specifica delle posizioni soggettive meritevoli della speciale tutela giurisdizionale di nuova introduzione. Scelta, quest'ultima, che complica le operazioni di identificazione di tali "diritti" anche per la fisiologica tendenza della elaborazione giurisprudenziale a enucleare ipotesi specifiche di "diritti" dei soggetti detenuti (a es. in tema di colloqui visivi o telefonici, in tema di diritto alla procreazione, di diritto di difesa, ecc.), senza enunciare principi o categorie generali cui l'interprete possa fare riferimento. In altri termini, la devoluzione dalla politica ai giudici dell'*actio finium regundorum* della tutela che dovrà essere accordata ai "diritti" delle persone detenute o internate, pone l'oggettiva difficoltà di stabilire a quali facoltà soggettive si riferisca la legge di ordinamento penitenziario quando afferma che «i detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale» (art. 4, l. 354/75) e quali "diritti" si propone di tutelare lo stesso neointrodotta "reclamo giurisdizionale", che espressamente richiama nella sua intitolazione la «tutela dei diritti fondamentali dei detenuti»⁹.

atto a "riempire di contenuto" il diritto fondamentale evocato, v. *ex multis*, Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 839 ss.

⁹ Sui limiti dell'approccio pretorio alla materia dei "diritti" dei detenuti, autorevole dottrina osserva: «Destano, invero, più d'una perplessità quelle decisioni che continuano a dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione proposto avverso ordinanze emesse dal magistrato di sorveglianza, assumendo che i relativi *petita* non veicolino diritti soggettivi violati da provvedimenti amministrativi. Trattasi, spesso, di provvedimenti concernenti il rigetto delle richieste di avere copia di un'istanza, di dotazione di acqua calda e docce nelle celle ovvero di rimozione di un pannello posto sulle finestre della cella (cfr. Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, *CED Cass.*, 239885). Più di recente, con riferimento al provvedimento di rigetto della richiesta di latte caldo in occasione della prima colazione, Cass., Sez. VII, 12 dicembre 2012, n. 23379, *inedita*». (Fiorio, *Poteri*

Nell'affrontare il problema classificatorio, pertanto, occorre piena consapevolezza delle sopra evocate difficoltà. Compiuta questa necessaria premessa, l'ordinamento interno e quello europeo riconoscono nel detenuto un "soggetto debole", destinatario di specifiche norme di tutela della sfera di facoltà personali nei confronti di eventuali limitazioni o pregiudizi che non trovino valida giustificazione in motivi di ordine e sicurezza pubblica e, in generale, nell'esigenza di assicurare la regolare esecuzione della pena; ovvero che derivino da un trattamento penitenziario che in concreto non sia conforme agli *standard* minimi di dignità della persona detenuta¹⁰. Tale compendio è raccolto, principalmente, nella legge di ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) e nel relativo regolamento di esecuzione (d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230). Sono, anzitutto, queste fonti a cristallizzare quel nucleo di "diritti" che – a prescindere dalla loro sistemazione – formano oggetto della tutela sottesa al divieto di pronuncia favorevole all'extradizione di cui all'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p. All'interno di tale articolata gamma di posizioni soggettive, gli esiti della elaborazione giurisprudenziale in tema di "diritti" tutelabili *in vinculis*, sembrano avere ormai definitivamente aggirato le secche della questione classificatoria (diritti fondamentali? diritti? interessi legittimi?) delle posizioni giuridiche soggettive rilevanti, trattandosi, nella materia qui di interesse, essenzialmente di assicurare ai soggetti ristretti una tutela giurisdizionale avente ad oggetto tutte le violazioni alla sfera soggettiva provocate da atti o comportamenti dell'amministrazione, adottati in relazione all'esecuzione penale e penitenziaria e incisivi di quella sfera di diritti non comprimibili dal potere organizzativo dell'amministrazione penitenziaria, coincidenti con i diritti fondamentali enunciati dall'ordinamento costituzionale e dai trattati internazionali che vincolano l'Italia.

A titolo meramente esemplificativo, viene in rilievo il diritto alla salute, che la Corte costituzionale individua quale diritto fondamentale della persona: «L'art. 32, comma 1, Cost., secondo il quale «La Repubblica tutela la salute come fondamentale di-

dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità, *Giur. cost.*, 2013, 2092).

¹⁰ I principi costituzionali affermano, infatti, il primato della persona e dei suoi diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2, Cost. pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico. «La restrizione della libertà personale, in altri termini, non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione» (C. Cost., 17 febbraio 1999, n. 26, <http://www.giurcost.org/decisioni/1999/0026s-99.html> <http://www.giurcost.org/decisioni/1999/0026s-99.html>).

ritto dell'individuo [...]» fa ritenere che il bene della salute sia tutelato dal disposto costituzionale, non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo» (Corte cost., sent. 11-18 luglio 1991, n. 356). Tra i diritti fondamentali tutelati in ambito penitenziario viene, inoltre, in particolare considerazione il riconoscimento della dignità umana, che deve essere salvaguardata anche nella condizione restrittiva della libertà personale. Assume, inoltre, primaria importanza la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, fonte normativa – per inciso – direttamente applicabile dal giudice nazionale alla stregua di una disciplina normativa interna. In ordine al problema di individuazione precisa dei “diritti fondamentali” oggetto di copertura da parte dell'art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p., la già ricordata caratterizzazione quale catalogo necessariamente aperto, funzionale alla massima estensione della tutela accordata ai diritti, lascia, in definitiva, ai giudici la funzione maieutica di “scoprire” e salvaguardare, accanto ai diritti “tradizionali” facenti parte del bagaglio tradizionale della civiltà giuridica, i “nuovi diritti” che nascono e si sviluppano nella coscienza collettiva dei popoli europei¹¹.

LA CRISI DEL SISTEMA PENITENZIARIO ITALIANO POTRÀ DETERMINARE CONSEGUENZE IN TEMA DI RAPPORTI ESTRADIZIONALI?

Sulla base del quadro che si è fin qui delineato, v'è da chiedersi se l'attuale situazione di drammatico sovraffollamento delle strutture penitenziarie italiane possa esporre il nostro Paese ad essere inserito in una sorta di *black list* ai fini del rifiuto da parte di altri Stati di concedere l'estradiizione verso l'Italia. La questione si pone con riferimento sia alla sussistenza di condizioni oggettive di detenzione contrarie alla dignità della persona detenuta, in relazione alla situazione di strutturale sovrappopolamento

¹¹ Invero, «La persona detenuta, pur trovandosi in situazione di privazione della libertà personale in forza dell'esecuzione penale, rimane pur sempre titolare di diritti incompressibili, così che non è soggetta alla mera discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva, potendo rivolgersi al giudice per la tutela dei propri diritti» (C. cost., 3 luglio 1997, n. 212, <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0212s-97.html>). A titolo di esempio, il diritto all'integrità fisica è ritenuto un diritto inderogabile, cioè non prevede la possibilità di limitazioni, deroghe o interpretazioni da parte degli Stati (Corte e.d.u., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, GC, n° 26772/95, CEDH 2000-IV; CEDU, Corte e.d.u., 18 gennaio 2002, Indelicato c. Italia, n. 31143/96). Analogo presidio assoluto e inderogabile conosce il divieto di tortura dei detenuti e di pene o trattamenti inumani o degradanti, quali che siano i fatti commessi dalla persona interessata (Corte e.d.u., Kudła c/Polonia [GC], n. 30210/96, § 92-94, CEDU 2000-XI).

penitenziario; quanto alla valutazione dell'atteggiamento tenuto dall'autorità nazionale di fronte a tale patologica situazione.

Sotto il primo profilo, la Corte di Strasburgo, con l'arresto dell'8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*¹², richiamando un proprio costante indirizzo (si veda, con riferimento alla realtà penitenziaria italiana, la sentenza del 16 luglio 2009 sul caso *Sulejmanovic c. Italia*)¹³, ha adottato un *pilot judgement*, con il quale, accertata la sussistenza di una violazione dell'art. 3 della CEDU, ha imposto allo Stato italiano di introdurre, entro il termine perentorio di un anno dal momento in cui la pronuncia europea sarà definitiva, «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte». La sentenza europea si articola su due direttrici principali: l'accertamento della natura sistemica, cioè strutturale, del sovraffollamento penitenziario nelle carceri italiane, e la presa d'atto che il nostro Paese non ha ancora approntato misure effettivamente adeguate a risolvere efficacemente e in via stabile la patologica criticità delle condizioni di vita all'interno degli istituti di pena dovute all'*overcrowding* delle carceri; né assicurato la possibilità ai detenuti, che assumano di avere subito una lesione dei propri diritti per effetto di condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU, di proporre un ricorso giurisdizionale, effettivo sul piano giuridico e sufficiente ad assicurare la tutela dei diritti incisi per effetto del sovraffollamento. La pronuncia dell'assise europea si pone idealmente in linea di continuità con quanto già la Corte costituzionale italiana aveva affermato con la sentenza 17 febbraio 1999, n. 26, dichiarativa dell'incostituzionalità, per difetto della garanzia giurisdizionale sancita dall'art. 24 Cost., degli art. 35 e 69, l. 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui non prevedono, in favore di chi subisca restrizioni della libertà personale, una tutela giurisdizionale nei confronti di atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti, quando la lesione sia conseguenza del regime di sottoposizione a quella restrizione¹⁴.

¹² Corte e.d.u., Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a./Italia*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), *Dir. pen. cont. online*, con nota di Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*.

¹³ Corte e.d.u., sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c./Italia* n. 22635/03, con nota di Garuti, *La situazione carceraria in Italia*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 1175.

¹⁴ C. cost., 17 febbraio 1999, cit. Tra le riflessioni sull'evocato arresto costituzionale, cfr., *ex multis*, Della Casa, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale del detenuto*, *Dir. pen. proc.*, 1999, 859.

Ci sono pochi dubbi sul fatto che la situazione italiana “certificata” dalla sentenza *Torreggiani* sia inquadabile, sotto il profilo oggettivo, nella fattispecie sussunta dall’art. 705, comma 2, lett. c), c.p.p., con riguardo alla probabilità che un soggetto estradando verso l’Italia possa subire condizioni detentive contrarie alla dignità della persona umana, a motivo del sovraffollamento strutturale degli stabilimenti penitenziari italiani. Come ha ribadito la pronuncia in commento, tuttavia, al positivo riscontro di tale parametro oggettivo deve accompagnarsi anche la valutazione dell’atteggiamento delle autorità nazionali in relazione a tale deprecabile situazione. Vi è, al proposito, un precedente specifico riferito alla realtà penitenziaria italiana, laddove la Corte europea puntualizza che il nostro Paese, a fronte della sofferenza provocata ai detenuti dal sovraffollamento, aggiuntiva a quella inevitabilmente connessa alla privazione della libertà, «avrebbe potuto prestare particolare attenzione alla situazione, ad esempio concedendo altri vantaggi ai detenuti. Ciò sarebbe servito a far passare loro il messaggio che lo Stato, pur dovendo far fronte ad un’improvvisa crisi carceraria, non era indifferente alla sorte dei detenuti e intendeva creare condizioni detentive che, tutto sommato, non facessero pensare al detenuto come a nient’altro che un corpo da dover sistemare da qualche parte. Nel caso di specie, la mancanza di attenzione da parte dello Stato aggiunge una punta d’indifferenza all’acuta sofferenza causata dalla punizione¹⁵. Il problema del sovraffollamento penitenziario è, inoltre, certamente questione «riconosciuta» dalle autorità italiane: la gravissima condizione di sovraffollamento ha indotto il Governo a dichiarare, il 13 gennaio del 2010, lo “stato di emergenza nazionale” delle carceri italiane e, nello stesso anno, sono stati adottati il c.d. “Piano carceri” per l’ampliamento e il miglioramento del patrimonio edilizio penitenziario, e si è introdotta una misura speciale per l’esecuzione della pena a domicilio, con finalità deflativa delle carceri (l. 199 del 2010). Ulteriori disposizioni sono state adottate con il d.l. 78/2013, che ha nominato il Commissario straordinario del governo per le infrastrutture carcerarie e ne ha rafforzato i poteri (art. 4, d.l. n. 78/2013), prorogati al 31 dicembre 2014. Ma è con il recente d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, che l’Italia ha messo in campo una serie più articolata di innovazioni, concentrate attorno a due principali direttrici di intervento, che intendono fornire una risposta alle criticità eviden-

ziate dalla sentenza CEDU *Torreggiani* ed a queste ultime si propongono di porre strutturale rimedio. Tra le novità di più incisiva portata, si registra l’introduzione di una misura premiale marcatamente deflativa (la “liberazione anticipata speciale”); del “reclamo giurisdizionale” a tutela dei diritti delle persone detenute; cui si accompagna, con una disposizione di grande valore simbolico, l’istituzione della figura del Garante nazionale dei detenuti, quale Authority indipendente preposta alla tutela extra-giudiziale dei diritti dei soggetti detenuti, così adeguando il nostro ad altri ordinamenti europei che già conoscono tale autorità di garanzia.

Non si potrebbe quindi sostenere, a fronte dell’ampiezza dell’intervento messo in campo dal Governo italiano, che il nostro Paese abbia dato prova di inerzia o soltanto che abbia tollerato la protrazione delle condizioni intollerabili in cui versano le carceri, restando indifferente al pericolo che i detenuti siano esposti a trattamenti penitenziari inumani e degradanti. Ma tale conclusione non è sufficiente a sottrarre l’Italia al rischio di incontrare difficoltà, sotto il profilo critico indicato, nell’ottenere assenso alle estradizioni. È, infatti, necessario che le misure adottate dallo Stato italiano siano anche idonee a incidere in modo effettivo sulle criticità del sistema penitenziario, soprattutto sul fronte della riduzione della eccessive presenze di detenuti nelle carceri. In tale prospettiva, le stime del Governo circa le percentuali di sfollamento dai penitenziari per effetto delle nuove misure (segnatamente, della liberazione anticipata speciale) sembrano delineare una possibile insufficienza, tanto sotto il profilo del numero di detenuti scarcerati (circa 3.000) rispetto al soprannumero stimato (circa 17.000); quanto in rapporto alla tempistica della detta riduzione, che, essendo fondata su provvedimenti di natura discrezionale della magistratura, è inevitabilmente soggetta a incertezze sia con riguardo ai tempi di definizione dei procedimenti quanto al loro possibile esito, così che non pare affatto scontato che l’Italia possa presentarsi con le carte in regola all’appuntamento con la scadenza del termine assegnato dalla sentenza *Torreggiani* (27 maggio 2014) per la risoluzione del problema legato al sovraffollamento penitenziario. È inevitabile che, qualora si delineasse quest’ultimo, più negativo scenario, sarebbero inevitabili ripercussioni anche sotto il profilo delle procedure estradizionali, non potendosi dimostrare (ed anzi, essendoci evidenza di segno contrario) che le misure varate dal nostro Paese abbiano sortito concreti effetti nella direzione di eliminare il pericolo di trattamenti inumani e degradanti nelle nostre carceri.

¹⁵ Cfr. Corte e.d.u., sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c./ Italia*, cit. (opinione concordante del giudice Sajò).

GIULIO UBERTIS

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Singularità di oggetto del processo penale e prescrizione *à la carte*

Singularity of Subject in the Criminal Proceedings and Statute of Limitation à la carte

Essendo state modificate le norme sulla prescrizione, il giudice deve applicare quelle più favorevoli (tra le vecchie e le nuove) all'imputato di due reati giudicati in uno stesso processo e operare una scelta unitaria. Conseguentemente, proscioglie l'imputato per uno soltanto. Viola così il principio secondo cui ogni processo riguarda un solo imputato per una sola imputazione (anche in caso di trattazione congiunta per più reati), nonché gli art. 3, 25 e 111 Cost., consentendo al pubblico ministero di determinare l'applicazione o no della prescrizione, a seconda di come decida di agire (separatamente o congiuntamente).

The rules of limitation being amended, where the accused is tried of two offences in the same proceedings, the judge must apply the more favorable rules (between the old and new) and he makes a single choice. Consequently, he acquits the accused of only one offence. Thus he infringes the principle that each process involves a single defendant for a single accusation (also in the joint handling of multiple offences), as well as art. 3, 25 and 111 of the Constitution, by allowing the prosecutor to determine whether or not the limitation period be enforced on the basis of how he decides to proceed (separately or jointly).

IL CASO E I PRECEDENTI

L'imputata, condannata in primo grado sia per furto aggravato in concorso con altra persona non identificata sia per uso indebito della carta di credito precedentemente sottratta, interpone appello, relativamente al quale il giudice¹, dopo aver confermato la sentenza di primo grado quanto alla responsabilità, ritiene, dato il tempo trascorso, di dover verificare se sia intervenuta o no la prescrizione dei due reati.

Per risolvere la questione, deve scegliere il modo di applicare al processo, pendente al momento del

ricambio normativo, l'art. 10, commi 2 e 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251 (palesamente ispirato al *favor rei* pure per l'espresso richiamo all'art. 2 c.p.), qualora, rispetto alla prescrizione dei reati, l'imputato sia avvantaggiato dalla normativa anteriore per alcuni aspetti e da quella vigente per altri.

Infatti, la giurisprudenza iniziale e prevalente ritiene che «non è consentito procedere ... ad una contaminazione della disciplina previgente (quanto all'individuazione del termine di prescrizione ordinario) con quella nuova (quanto al computo dei periodi di sospensione), occorrendo applicare integralmente l'una o l'altra disciplina»²

¹ App. Torino, sez. IV, 11 dicembre 2013, inedita.

² Cass., sez. I, 19 dicembre 2007, *CED Cass.*, 238639 (in motivazione). Analogamente: Cass., sez. V, 5 ottobre 2010, *CED Cass.*,

al medesimo reato, dopo aver valutato quale sia la più favorevole all'imputato «comparando i due sistemi in astratto e non con riferimento al caso concreto»³.

In senso difforme, invece, si è stabilito che il criterio ispiratore del *favor rei* «deve guidare anche l'applicazione in concreto della normativa»⁴, conseguentemente decidendo di osservare la normativa anteriore per calcolare il termine base di prescrizione (art. 157 c.p.) e quella nuova per il computo della durata delle sospensioni del corso della prescrizione (art. 159 c.p.).

In proposito, la Corte torinese opera, per così dire, una sorta di "chiasmo concettuale".

Cita come unico precedente (cui afferma di aderire) la sentenza favorevole all'apprezzamento «in concreto della normativa» (che, come appena rilevato, implicherebbe la simultanea applicazione dei due differenti regimi in materia), ma poi utilizza per ambedue le imputazioni la disciplina vigente, preferita perché più favorevole all'accusata con riguardo al reato più grave. Sostenendo infatti l'inapplicabilità di due diversi regimi prescrizionali «nell'ambito di un medesimo processo», dichiara estinto per prescrizione il solo uso indebito della carta di credito e conferma la condanna (con pena necessariamente rideterminata) per il furto aggravato, sebbene evidenziando che secondo il regime anteriore anch'esso sarebbe prescritto.

CRITICA

Se il problema della successione di leggi penali sostanziali incidenti sulle cause estintive del reato compete specificamente a un cultore del diritto sostanziale, a un processualista vengono spontanee due osservazioni sui profili della sentenza torinese riassuntivamente esposti.

La prima concerne l'apparente contraddizione argomentativa tra l'asserzione di condividere un'impostazione giurisprudenziale e la conclusione di accogliere la tesi dell'indirizzo opposto, per di più inteso in senso ancor più rigoroso, perché applicato non a una stessa fattispecie penale (secondo quanto sembrerebbe emergere dalla lettura dei precedenti giurisprudenziali prima ricordati), ma a due reati distinti.

In secondo luogo (ed è la considerazione dogmaticamente più importante), stupisce che venga tralasciata l'attenzione a ciò che rientrerebbe tra quelli che potrebbero denominarsi i "fondamentali" della procedura penale. Non può ignorarsi, invero, «il concetto ortodosso di azione penale, il cui esercizio ha per soggetto passivo un singolo imputato e per oggetto un singolo fatto»⁵, né che i procedimenti connessi sono «distinti non solo sotto l'aspetto della loro sussistenza formale, ma anche per l'oggetto specifico, dovendo riguardare imputazioni diverse»⁶ ovvero che l'unità di regime processuale conseguente alla loro trattazione congiunta non fa venir meno «la pluralità delle regiodicande»⁷.

Dunque, il processo è volto all'accertamento del dovere di punire ciascun singolo imputato per ciascuna singola imputazione, né l'eventuale realizzarsi di un cumulo processuale incide su tale essenziale carattere, tanto meno agli effetti sanzionatori.

Dimenticare ciò, oltre a essere in contrasto con il sistema, conduce altresì a risultati irragionevoli, confliggenti quindi con l'art. 3 Cost. e per di più dipendenti da comportamenti dell'autorità giudiziaria implicanti la violazione del principio di legalità penale in almeno uno dei suoi profili (sostanziale ex art. 25, comma 2, Cost. o processuale ex art. 111, comma 1, Cost.).

Per sincerarsene, basti anzitutto pensare all'ipotesi (impossibile da accertare non conoscendo gli atti giudiziari) che a Torino si sia contemporaneamente iniziato un procedimento contro il concorrente nel furto per il quale è stata condannata l'imputata della vicenda qui esaminata. Esso avrebbe dovuto indubbiamente concludersi con la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, così che per un illecito penale commesso da due complici e giudicato nel medesimo lasso temporale quanto a rilevanza di tale causa estintiva, uno sarebbe prosciolto e l'altro condannato solo per essersi proceduto separatamente.

E occorre segnalare che, in generale, l'evenienza di processi separati può essere cagionata tanto da fatti involontari (come l'impossibilità a comparire al dibattimento di uno degli imputati, salvo che la riunione dei processi sia ritenuta

248783; Cass., sez. I, 1° luglio 2008, *CED Cass.*, 240863; Cass., sez. VI, 24 aprile 2008, *CED Cass.*, 240575.

³ Cass., sez. VI, 24 aprile 2008, *CED Cass.*, 24075 (in motivazione).

⁴ Cass., sez. V, 1° ottobre 2009, *CED Cass.*, 245529, § 2 della motivazione.

⁵ Conso, *Relazione introduttiva, Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 9.

⁶ Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, 1961, 407.

⁷ Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 66.

UBERTIS / SINGOLARITÀ DI OGGETTO DEL PROCESSO PENALE E PRESCRIZIONE À LA CARTE

assolutamente necessaria: art. 18, comma 1, lett. c) c.p.p.) quanto da scelte dell'organo dell'accusa, che (per esigenze investigative o di organizzazione dell'ufficio, senza tuttavia potersi escludere opzioni arbitrarie) promuova l'azione penale per diversi imputati o differenti imputazioni in tempi

o modi distinti, tali da non consentire il cumulo processuale.

Accogliere la prospettiva della Corte torinese significherebbe che, in caso di successione di leggi nel tempo, l'applicazione della prescrizione dei reati o no sarebbe come una tra le alternative di un pranzo *à la carte*.

MANFREDI BONTEMPELLI

Ricercatore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano

Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice

Procedural Guarantees and EU System, between Law and Judge

C'è una nuova linea d'intervento sviluppata dall'Unione europea nel campo della giustizia penale, lungo cui si muove la direttiva del 2013 sul diritto di difesa, nel solco tracciato dal "Programma di Stoccolma" del 2009. Questa forma di azione europea adotta la prospettiva liberale della «sicurezza dei diritti» che tende a riequilibrare la visuale securitaria coltivata dai primi atti normativi assunti dall'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. La tecnica dell'interpretazione conforme alle norme UE può contribuire a valorizzare le garanzie difensive, a fronte delle "prassi devianti" interne, recuperando i principi fondamentali dell'ordinamento processuale italiano. Il presente scritto si sofferma sulla disciplina dei colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare e sulla disciplina degli "accertamenti urgenti" di polizia giudiziaria.

There is a new line of action developed by the European Union in the field of criminal justice, along which moves Directive of 2013 on the right of defense in the footsteps of the Stockholm Programme 2009. This kind of european action adopts the liberal perspective of «security of rights» which tends to balance the visual of security cultivated by the first legislative acts undertaken by the EU in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters. The technique of interpretation, which is conform to EU law may help to enhance procedural guarantees in the face of internal "deviant practices", recovering the fundamental principles of the Italian trial. The present work is concentrated on the discipline of conversations between lawyer and defendant when this last one is in custody and on discipline of urgent inspections by Police.

LA DIRETTIVA 2013/48/SUL DIRITTO DI DIFESA E LA «SICUREZZA DEI DIRITTI» NEL CONTESTO DELL'UNIONE EUROPEA

Con la direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, "relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto

delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari"¹, il

¹ Direttiva 2013/48/UE, Gazz. Uff. UE, 6 novembre 2013, L 294, 1. Per un commento puntuale alle norme della direttiva, v. Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale. Alcune note a prima lettura*, www.penalecontemporaneo.it; Vigoni, *Novità sovranazionali*, *Proc. pen. giust.*, 2014, 2, 14 ss. Si veda l'inquadramento proposto da Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale*

variopinto mosaico originato dal diritto UE si arricchisce di un'ulteriore componente di matrice garantista. È un nuovo passo del «lento» cammino di costruzione di uno «statuto europeo» delle garanzie difensive², mosso nella direzione tracciata dal «Programma di Stoccolma» del 2009³, di cui la prima tappa è stata la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, «sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali»⁴, mentre la seconda tappa è stata la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, «sul diritto all'informazione nei procedimenti penali»⁵.

europea, Milano, 2014, 109 ss. Sulle difficoltà registrate durante il percorso legislativo di adozione della direttiva v., ad es., Bargas, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, Riv. dir. proc., 2013, 922.

² Per l'uso di queste espressioni, v. F. Siracusano, *Una lenta progressione verso la costruzione di uno «statuto europeo» delle garanzie difensive*, Ruggieri-Rafaraci-Di Paolo-Marcolini-Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, 2013, 77. Di «codificazione europea» delle regole minime per la tutela dei diritti della difesa» parla Vigoni, *Novità sovranazionali*, cit., 14.

³ Si tratta della risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, relativa a una «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali» (Gazz. Uff. UE, 4 dicembre 2009, C 295, 1), poi recepita dal «programma di Stoccolma» del Consiglio europeo adottato il 10 dicembre 2009 (Gazz. Uff. UE, 4 maggio 2010, C 115, 1). Per un inquadramento dei dati normativi ricavabili dai Trattati dell'Unione Europea v., ad es., Gualazzi, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, Filippi-Gualtieri-Moscarini-Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, 2010, 187 ss. Circa la proposta di adozione di tre direttive e due raccomandazioni, presentata dalla Commissione Europea il 27 novembre 2013, nel senso del rafforzamento dei diritti processuali dell'imputato, v. Cagossi, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea*, www.penalecontemporaneo.it.

⁴ Direttiva 2010/64/UE, Gazz. Uff. UE, 26 ottobre 2010, L 280, 1. V., al riguardo, ad es., Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, Padova, 2010, 82 ss.; Amalfitano, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 83; Biondi, *La tutela processuale dell'imputato alloglotto alla luce della direttiva 2010/64/UE: prime osservazioni*, *Cass. pen.*, 2011, 2412 ss.; Rafaraci, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione Europea*, Id. (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 124 ss.; Kalb-Izzo, *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di «qualità» per lo svolgimento di un procedimento effettivamente «equo»*, Kalb (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, 313 ss. Gialuz, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, Riv. dir. processuale, 2013, 1193 ss.; Id., *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, www.penalecontemporaneo.it; Troisi, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, *Proc. pen. giust.*, 2014, 1, 109 ss.

⁵ Direttiva 2012/13/UE, Gazz. Uff. UE, del 1° giugno 2012, L 142, 1. V., al riguardo, ad es., Camaldo, *Novità sovranazionali*, *Proc. pen. giust.*, 2012, 5, 16 ss.; Ciampi, *La direttiva del Parlamento*

Dunque un'ottica, anche in questa terza tappa, di progressivo e, per così dire, «timido»⁶ riequilibrio, a favore della tutela dei diritti dell'imputato, rispetto alla prospettiva «repressiva e preventiva, o meglio [...] dell'efficienza disgiunta dall'interesse per una legislazione garantista omogenea»⁷, coltivata dai primi atti normativi assunti dall'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁸. Cioè sembra registrarsi un passaggio epocale da una concezione dell'armonizzazione della procedura penale degli Stati membri come *mezzo* per conseguire il fine di una più efficace cooperazione nella lotta alla criminalità transnazionale⁹, a una concezione dell'armonizzazione delle garanzie processuali allestite dal diritto degli Stati membri come *valore in sé*.

Infatti, è vero che l'armonizzazione normativa resta, nel sistema UE, «finalizzata – e conseguentemente anche limitata – alla necessità di facilitare il mutuo riconoscimento»¹⁰: l'armonizzazione costituisce il presupposto del mutuo riconoscimento¹¹ e,

europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, www.penalecontemporaneo.it; Id., *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 21 ss.; Pierro, *Primi spunti di riflessione sulla direttiva europea relativa al diritto all'informazione nei procedimenti penali*, Mastroianni-Savy (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, 97 ss.

⁶ Secondo Kistoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, *Manuale di procedura penale*, cit., 79, la direttiva 2013/48 non «sembra offrire tutele particolarmente incisive». Di «prudentissima gradualità» parla, in riferimento all'approccio dell'Unione europea al tema dei diritti procedurali, Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 129. Più in generale, sull'«incerto» percorso di integrazione europea nella materia processuale penale, v., ad es., Catalano, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 522.

⁷ Così, in chiave critica, Mazza, *La procedura penale*, *Dir. pen. proc.*, 2011, *Speciale Europa e giustizia penale*, 34.

⁸ V., per i problemi particolari della cooperazione amministrativa e giudiziaria nel settore penale tributario, Corso, *Scambio di informazioni tra Paesi UE: dalla cooperazione amministrativa a quella giudiziaria?*, *Corriere trib.*, 2013, 465 ss.

⁹ Ritiene che l'armonizzazione costituisca una priorità rispetto alla cooperazione, v. Galantini, *Prime osservazioni sul mandato d'arresto europeo*, *Foro ambrosiano*, 2002, 271.

¹⁰ Kistoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 76. Cioè l'armonizzazione delle garanzie difensive facilita «l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, dato che l'esistenza di una cornice comune di garanzie individuali essenziali accresce la fiducia reciproca su cui quel principio si fonda»: così, fra i molti, Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 120.

¹¹ A sua volta, il principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie costituisce il fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione (v. art. 82, par. 1, TFUE). Di «autentica «pietra angolare» della cooperazione giudiziaria nell'Unione» parla, al proposito, Caprioli, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 391. V., sul punto, F. Siracusano, *Nuove prospettive in materia di processo in absentia e procedure di consegna*, *La cooperazione di polizia e giu-*

quindi, della cooperazione giudiziaria¹². Ma è anche vero che lo scopo, sancito al massimo livello della scala delle fonti del diritto UE, di realizzare una effettiva «area di libertà, sicurezza e giustizia» (v. art. 3, par. 2, TUE)¹³ si colloca in una dimensione concernente la tutela dei diritti fondamentali, primo fra tutti il diritto di difesa dell'imputato e dell'indagato, che va ben al di là della cooperazione giudiziaria¹⁴. Con il possibile superamento dell'idea di cooperazione fondata sul solo principio del mutuo riconoscimento, inteso come «succedaneo»¹⁵ dell'armonizzazione¹⁶. Nella costruzione europea trova infatti spazio, a fianco del profilo securitario, quel «profilo liberale della *sicurezza dei diritti* (del concreto esercizio dei diritti e delle libertà giuridiche) anche di fronte ai poteri istituzionali», di cui recentemente ha parlato autorevole dottrina penale¹⁷.

L'approccio seguito dall'UE nel settore della tutela dei «diritti procedurali» presenta lacune, anche sul piano del metodo¹⁸. La prospettiva di ampio respiro coltivata con il «Programma di Stoccolma», nella selezione delle garanzie processuali oggetto di armonizzazione, rischia di «non mantenere alcun diretto collegamento con la tutela dei diritti secondo *standards* minimi comuni nelle situazioni propriamente transnazionali, che sono il campo specifico e legittimo della competenza dell'Unione ai sensi dell'art. 82 TFUE»¹⁹. Peraltro, l'impulso culturale

ad incrementare il livello di protezione dei diritti fondamentali, con precipuo riguardo alle situazioni transnazionali, anche e soprattutto nel settore dell'assistenza probatoria²⁰, sembra poter convivere con un approccio di sperimentazione delle potenzialità offerte dal diritto UE, sul fronte della tutela delle garanzie processuali nelle situazioni «interne»²¹.

NUOVE PROSPETTIVE DI TUTELA DELLE GARANZIE DIFENSIVE, NELL'INTRICATO QUADRO DEI RAPPORTI FRA DIRITTO UE E DIRITTO INTERNO

Inoltre, la direttiva in esame si colloca in un contesto giuridico-istituzionale sempre più propenso a conferire rilievo preminente alle fonti normative di provenienza UE, rispetto a quelle interne, anche nel settore della giustizia penale. Sia con riferimento al dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne incompatibili con le norme dell'Unione dotate di «efficacia diretta» e di interpretare le disposizioni italiane, in conformità alle norme UE che non godono di effetto diretto²², sia con riferimento al

e, per altro verso, meno saldamente legittima un'azione dell'Unione che non ripristini il collegamento con il contesto procedurale proprio delle situazioni transnazionali.

²⁰ Cfr. Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 130-131. V., in ordine ai vari aspetti della cooperazione giudiziaria e dell'armonizzazione in materia probatoria, ad es., da diverse prospettive, Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova*, Lanzi-Ruggieri-Camaldo (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002, 103; Catalano, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione*, cit., 527 ss.; Fanchiotti, *Acquisizione e utilizzabilità della prova all'estero: verso un regime uniforme?*, *L'area di libertà sicurezza e giustizia*, cit., 97 ss.; Allegrezza, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, *Cass. pen.*, 2008, 3882 ss.; Balsamo-Recchione, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, *Cass. pen.*, 2010, 3620 ss.; Perduca, *Prove, investigazioni e cooperazione giudiziaria su scala europea*, AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Atti del Convegno, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, 347 ss.; Marchetti, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*, cit., 135 ss.; Menna, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, *ivi*, 169 ss.; Daraio, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, «Spazio europeo di giustizia», cit., 503 ss.; Kostoris, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, *Cass. pen.*, 2013, 4745-4747; Menna, *Prova delle concrete aspettative sociali e giurie elettive di esperti per favorire la cooperazione transnazionale a scopo probatorio*, *Processo penale, lingua e Unione Europea*, cit., 281 ss.

²¹ Sul differente modo di percepire l'azione europea in ambito processuale penale, quale fattore ora d'involuzione ora di propulsione nella tutela delle garanzie processuali v., ad es., Catalano, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione*, cit., 525.

²² Cfr., ad es., Sotis, *Il caso "Pupino": profili sostanziali*, Sgubbi-Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 33 ss.; Allegrezza, *Il caso "Pupino": profili processuali*, *ivi*, spec. 69 ss.; Vigano, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, Corso-Zanetti

diziaria in materia penale, cit., 85; Gaito, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, AA.VV., *Procedura penale*, II ediz., Torino, 2012, 33-34.

¹² Per il collegamento fra cooperazione giudiziaria ed armonizzazione, v. art. 82, par. 2, TFUE. Cfr., dal punto di vista della tutela del diritto di difesa, ad es., Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 119; dal punto di vista della materia probatoria v., ad es., Allegrezza, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, *L'area di libertà sicurezza e giustizia*, cit., 691 ss.

¹³ Per il rilievo che l'«ostinata indolenza del legislatore europeo» sul fronte della creazione di *standards* comuni di garanzie «può minare le basi del mutuo riconoscimento, rallentando la costruzione di un'effettiva Area di libertà, sicurezza e giustizia», v., ad es., F. Siracusano, *Una lenta progressione*, cit., 78. Cfr., già, Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 119.

¹⁴ Rileva come la protezione dei diritti fondamentali assuma un «ruolo centrale» nel funzionamento dell'UE, dopo il Trattato di Lisbona, ad es., Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 119.

¹⁵ Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 57.

¹⁶ Per la sottolineatura del rischio «di produrre effetti sbilanciati in senso repressivo e contrari all'equità del processo», insito nell'idea richiamata nel testo, v., ad es., Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., 119-120.

¹⁷ Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1628 (corsivo nel testo).

¹⁸ V., ad es., Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., spec. 130. Cfr. F. Siracusano, *Verso la costruzione di uno «statuto europeo»*, cit., 88.

¹⁹ Così, ancora, Rafaraci, *Il diritto di difesa*, cit., spec. 130, secondo il quale «resta probabilmente, per un verso, insufficiente

dovere del giudice nazionale di aderire all'interpretazione del diritto UE fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea²³.

Il che sembra determinare anche un mutamento del rapporto fra il giudice e la legge, nell'applicazione di questa al fatto. Ciò è evidente laddove il giudice nazionale maneggi norme UE a efficacia diretta, dove la disapplicazione postula una posizione preminente del giudice rispetto alla legge nazionale²⁴. Ma anche nei casi di norme UE a "efficacia indiretta", dove la legge nazionale mantiene pur sempre un ruolo naturale di supremazia, cambiano le coordinate tradizionali dell'attività ermeneutica. Il giudice penale ricostruisce la fattispecie (processuale) astratta, mettendo in campo un'attività interpretativa, per così dire, di secondo grado, che può sfociare in una vera e propria opera di "creazione" della norma processuale penale da applicare al caso concreto, rispetto a quanto stabilito dal legislatore interno²⁵. La legge interna costituisce oggetto di una operazione ermeneutica che ha come parametri i formanti legislativo (interno e di diritto UE) e giurisprudenziale (C. giust. UE)²⁶. Cioè il giudice nazio-

nale effettua un'interpretazione del diritto interno "mediata" dall'interpretazione fornita dal giudice europeo sulla norma UE con cui contrasta la norma interna (o una certa interpretazione della norma interna)²⁷.

«Il giudice resta, anche in un orizzonte improvvisamente ampliato alla prospettiva europea, pur sempre "soggetto alla legge", come recita l'art. 101 Cost.»²⁸. Peraltro, l'adeguamento dell'ordinamento italiano al "diritto europeo" implica un assoggettamento della legge italiana alla giurisprudenza europea che sembra incidere sulla garanzia costituzionale della soggezione del giudice "soltanto alla legge".

Dal suddetto quadro di supremazia del diritto dell'Unione, rispetto al diritto interno, conseguono nuove problematiche nella tutela delle garanzie processuali²⁹. Infatti, tenuto conto che le ipotesi più frequenti di interazione fra norme UE e norme processuali penali interne riguardano casi di "efficacia indiretta" delle prime sulle seconde³⁰, bisogna considerare che il congegno dell'interpretazione conforme è idoneo, in astratto, a provocare (e in concreto, a volte, ha provocato) una riduzione degli *standards* di garanzia assicurati dalla legge processuale interna, in forza di scelte giudiziarie sostanzialmente "politiche" che sfuggono ai connotati della legalità pro-

(a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617 ss.; Id., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, www.penalecontemporaneo.it. Sulla distinzione fra norme UE a "effetti diretti" e norme a "effetti indiretti", v. la recente ricostruzione di Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale, Manuale di procedura penale europea*, cit., 35 ss.

²³ Al proposito v., ad es., Manes, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti, L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, cit., 15 ss.; cfr. anche, da ultimo, Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo"*, cit., 3.

²⁴ In ordine alla posizione di preminenza indicata nel testo v., di recente, Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 36.

²⁵ Di «effetto "integrativo"» prodotto dall'interpretazione conforme parla Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 39, che sottolinea come l'esito ermeneutico «sarà il risultato della combinazione tra la norma interna e quella sovranazionale». V. Caianiello, *Il caso "Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia, L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, cit., 95-96, il quale parla di «soluzioni che non si esita a definire prettamente creative, più che propriamente esegetiche». V., ampiamente, Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 22 ss.

²⁶ La C. giust. UE ben può affermare l'incompatibilità con il diritto UE di una certa interpretazione della norma interna e, dunque, in ultima analisi, vincolare il giudice nazionale «a dare la prevalenza nella soluzione della controversia alla fonte di diritto UE (così come autoritativamente interpretata dalla Corte di giustizia)». Così, Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano, Dir. pen. proc.*, 2011, *Speciale Europa e giustizia penale*, 14. Va da sé che il meccanismo ricordato nel testo implica il rischio che l'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto dell'Unione si svolga sulla base di una vincolante giurisprudenza della C. giust. UE fondata su una non esatta ricostruzione del diritto nazionale, da parte del giudice sovranazionale. V., ad es., con riferimento al problema posto dal fatto che la C. giust. UE, ai fini

della pronuncia di incompatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto UE, conosce il diritto nazionale tramite le indicazioni fornite dal giudice rimettente, indicazioni che però potrebbero essere scorrette o lacunose, Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 31. V., in merito al caso "Pupino", Lupària, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, *Cass. pen.*, 2005, spec. 3544-3545; Allegrezza, *Il caso "Pupino": profili processuali*, cit., 65; Caianiello, *Il caso "Pupino"*, cit., p. 91; Bargis, *Relazione, Processo penale e giustizia europea*, cit., 80; nonché Sotis, *Il caso "Pupino": profili sostanziali*, cit., 47. V. anche le considerazioni di Campailla, *L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo*, *Proc. pen. giust.*, 2012, 4, 99 ss.

²⁷ In ordine all'ipotesi che il diritto derivato dell'UE funga da «canone ermeneutico» del diritto interno, v. Allegrezza, *Il caso "Pupino"*, cit., 80. V. l'importante precisazione metodologica di Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 42, secondo il quale «non sembra corretto far giocare alla norma sovranazionale con cui quella interna è in contrasto contemporaneamente il ruolo di parametro rispetto al quale misurare l'antinomia e di strumento per superarla».

²⁸ Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo"*, cit., 2, che così prosegue: «e ciò resta vero anche se per "legge" si intenda – come non può non intendersi oggi – l'intero "diritto" vincolante per il giudice, derivante dalle fonti interne e quelle sovranazionali» (corsivo nel testo). Cfr., nella prospettiva della legalità processuale, Mazza, *La procedura penale*, cit., 37.

²⁹ V., da una più ampia prospettiva, Chiavario, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, *Legislazione pen.*, 2008, 461 ss.

³⁰ Cfr. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 38. V., con riferimento al diritto penale, ad es., Sotis, *Il caso "Pupino"*, cit., 34.

cessuale interna (art. 111, comma 1, Cost.), come si è potuto constatare con il celebre “caso Pupino”³¹. Da questo punto di vista, appare quanto mai indispensabile riaffermare l’esistenza in capo al giudice penale nazionale del dovere di interpretare la norma interna, in conformità ai principi fondamentali dell’ordinamento processuale interno³², oltreché del divieto di interpretazione *contra legem*, che costituisce un «limite logico» del dovere d’interpretazione conforme³³, nell’ottica di mantenere la distinzione con l’istituto della disapplicazione³⁴.

Ma dal medesimo quadro emergono anche nuove prospettive di tutela delle garanzie processuali. Nel panorama degli strumenti protettivi dei diritti fondamentali (processuali) dell’imputato, l’ordinamento dell’Unione Europea può fungere da resistente leva, innanzitutto, per riaffermare la legalità, a fronte delle *prassi* giurisprudenziali interne «devianti»³⁵, inoltre, per superare eventuali carenze strutturali delle norme interne, anche disapplicando tali norme laddove contrastanti con i diritti fondamentali delineati a livello UE e sempreché la disciplina europea sia idonea a produrre effetti diretti³⁶. Insomma, una nuova frontiera nella tutela del diritto di difesa, tramite i congegni offerti dall’ordinamento sovranazionale, e una grande sfida per il

giurista processualista, peraltro da affrontare nella consapevolezza delle insidie nascoste in un sistema di tutela dei diritti «multilivello»³⁷.

Ne discende l’utilità di adottare una duplice prospettiva nell’analisi degli atti UE che, come la direttiva 2013/48, dettano “norme minime comuni” finalizzate a tutelare i “diritti della persona nella procedura penale”. Si tratta di verificare quale portata innovativa tali atti abbiano sul piano della concretizzazione delle garanzie processuali, rispetto ai livelli di tutela assicurati dalla legge italiana e dalla prassi giudiziaria di applicazione delle norme interne. L’analisi non può essere impostata senza tener presente un aspetto peculiare all’interpretazione delle norme UE che delineano garanzie processuali.

Sussiste, in generale, in capo al giudice penale, il dovere di interpretare la norma europea «in base ai canoni ermeneutici vigenti nell’ordinamento di provenienza, e non a quelli consolidati nell’ordinamento italiano»³⁸. Tuttavia, in forza della “clausola di non regressione” usualmente prevista nelle direttive emanate in questo settore (v., ad es., art. 14 dir. 2013/48)³⁹, nessuna disposizione di questi testi normativi può essere interpretata in senso limitativo delle garanzie processuali sancite dalla disciplina (costituzionale e ordinaria) interna, oltreché dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dalla Conv. e.d.u., dal diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi altro Stato membro. Ne deriva, in questo settore del processo, un recupero della posizione (naturale) di preminenza della legge nazionale sul giudice penale.

“NORME COMPORTAMENTALI” E “NORME PROGRAMMATICHE” DELLA DIRETTIVA 2013/48

Se ci si pone nell’ottica di valutare quale impatto concreto sul processo penale italiano abbiano i doveri nascenti dalla direttiva 2013/48, conviene muovere da una distinzione enucleabile sul piano della struttura delle disposizioni europee. È il problema di capire se da questo atto UE siano ricavabili norme puntuali oppure soltanto disposizioni di principio. È chiaro che la presenza di fonti del primo tipo ren-

³¹ V. Caianiello, *Il caso “Pupino”*, cit., 96, il quale parla di «attacco alla disposizione interna [...] frontale, per così dire, e puramente politico, nella misura in cui si asserisce inadeguato, *tout court*, un determinato assetto normativo in relazione al fine posto dal legislatore europeo».

³² Per la riaffermazione del dovere indicato nel testo v., ad es., Caianiello, *Il caso “Pupino”*, cit., 99; Gaito, *L’adattamento del diritto interno alle fonti europee*, cit., 31. Cfr., altresì, Lupària, *Una recente decisione della Corte di Giustizia*, cit., 3545.

³³ V., ad es., Manes, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., 14; Allegrezza, *Il caso “Pupino”*, cit., 80; Gaito, *L’adattamento del diritto interno alle fonti europee*, cit., 31; Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 40-41; Viganò, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo”*, cit., 10.

³⁴ A ben vedere, risultano di problematica definizione i confini fra i due istituti, tanto che, a volte, l’interpretazione conforme conduce a una sorta di “disapplicazione mascherata”. V., per una recente rilettura dei problemi posti dal travalicamento sistematico del divieto di interpretazione *contra legem* da parte della C. giust. UE, Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 40-42. Ritiene che «affermare che gli effetti interpretativi della norma comunitaria sprovvista di effetti diretti possano arrivare fino al punto di rendere non applicabile la norma nazionale successiva vuol dire spingersi molto in avanti nella ricerca degli effetti interpretativi di una norma», Sotis, *Il caso “Pupino”*, cit., 43. Cfr. anche Trogu, *Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 249 ss.

³⁵ V., su questa fenomenologia, in ottica processuale penale, Amodio, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, *Indice pen.*, 2003, 8; Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., 40.

³⁶ V., con riferimento a questo profilo dell’istituto della disapplicazione, Gaito, *L’adattamento del diritto interno alle fonti europee*, cit., 40.

³⁷ V., dal punto di vista processuale, da ultimo, Kostoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 63. Dal punto di vista sostanziale, ad es., Manes, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., 21.

³⁸ Viganò, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo”*, cit., 3.

³⁹ Cfr., al riguardo, Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore*, cit. e, da una visuale di sistema, ad es., F. Siracusano, *Verso la costruzione di uno «statuto europeo» delle garanzie difensive*, cit., 92.

derà più stringente il vincolo del giudice ad attuare le garanzie sancite a livello sovranazionale, tanto più in mancanza dei presupposti per ricorrere alla disapplicazione delle norme interne, eventualmente contrastanti⁴⁰.

Prima della scadenza del termine per la trasposizione (cioè il 27 novembre 2016, con riguardo alla direttiva in esame: v. art. 15), non vi sarà spazio per applicare immediatamente le norme UE, pur se chiare, precise e a carattere incondizionato, cioè tali da non richiedere ulteriori interventi normativi ai fini del loro uso nel caso concreto⁴¹; né vi sarà modo, quindi, per disapplicare le norme processuali interne confliggenti⁴². Tuttavia, quantomeno secondo la tesi che appare preferibile, si dovrà da subito dare fondo alla tecnica dell'interpretazione conforme⁴³ e, pertanto, definire il significato delle norme interne in linea con gli *standards* di garanzia fissati a livello UE, ove questi siano più elevati di quelli interni. In quest'ottica, va da sé che tanto maggiore sarà il tasso di determinatezza della previsione della direttiva, quanto più intenso sarà il grado di recezione della normativa UE, da parte del diritto interno, attraverso l'attività ermeneutica⁴⁴.

⁴⁰ Infatti, il presupposto dell'interpretazione conforme è che la norma UE non produca effetti diretti. V., da ultimo, Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale*, cit., 10.

⁴¹ V., in merito ai suddetti requisiti di applicazione immediata delle norme UE, di recente, Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 22; Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo"*, cit., 8.

⁴² Distingue fra disapplicazione, interpretazione conforme e diretta applicazione, Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo"*, cit., 7.

⁴³ Per la possibilità che le norme di una direttiva UE producano effetti indiretti, cioè relativi al dovere d'interpretazione conforme gravante sul giudice interno, sin dalla loro entrata in vigore v., ad es., con riferimento alla direttiva 2010/64/UE in materia di interpretazione e traduzione, Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 434 ss., in senso critico rispetto alla contraria posizione interpretativa di Cass., sez. III, 18 marzo 2011, n. 26703, *www.dirittoegiustizia.it*. In questo pronunciamento la Suprema Corte ha fatto perno sulla previsione di cui all'art. 8 della direttiva medesima, a norma della quale gli Stati membri hanno tempo, per emanare le norme interne necessarie per attuare la direttiva, fino al 27 ottobre 2013, per escludere l'esistenza di un dovere di traduzione della sentenza a favore dell'imputato che non comprenda la lingua italiana. Per il superamento di questa posizione interpretativa, v. però Cass., sez. III, 12 luglio 2012, n. 5486, *Cass. pen.*, 2013, 2185, con nota di Gialuz, *La Corte di cassazione riconosce l'obbligo di tradurre la sentenza a favore dell'imputato alloggio*. V., altresì, in dottrina, nel senso della esistenza di un obbligo d'interpretazione conforme operante a partire dall'adozione della direttiva, Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 22-23.

⁴⁴ Aggancia l'operatività del dovere di interpretazione conforme, in pendenza del termine per il recepimento della direttiva, alla presenza di norme UE *self-executing*, Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme*, cit., 440. V. anche Id., *La Corte di cassazione*, cit., 2191.

Ciò premesso, è necessario considerare come la tecnica impiegata dal legislatore sovranazionale non coincida con quella tipica della disciplina processuale interna. Tenuto conto che «l'Europa non si sostituisce allo Stato nell'amministrazione della giustizia per il caso singolo, ma riconosce ai singoli una serie di diritti e detta regole di organizzazione e di funzionamento rivolte agli Stati»⁴⁵, si può ben dire che le regole della direttiva delineano obblighi per gli Stati di congegnare la legge interna di modo da attuare le "norme minime" previste a livello UE. Il che spiega l'uso di formule quali "gli Stati membri assicurano" (v. art. 3, par. 1), "gli Stati membri garantiscono" (v. art. 3 par. 3, art. 5, parr. 1, 2 e 4, art. 7, par. 1, art. 9, parr. 1 e 3, art. 10, par. 1, artt. 12 e 13), "gli Stati membri si impegnano" (v. art. 3, par. 4), evidentemente estranee alle prescrizioni legislative di provenienza nazionale. Le norme processuali interne «di comportamento»⁴⁶ sono costruite in chiave di doveri posti a carico degli organi pubblici del procedimento⁴⁷.

Ai fini di distinguere le norme in base alla loro struttura, non è però sufficiente registrare gli indici terminologici impiegati dalla direttiva, nelle sue varie componenti⁴⁸. Non è da escludere che previsioni in cui si faccia uso di accorgimenti letterali del suddetto tipo, apparentemente inquadrabili nello schema dell'obbligo (di risultato) sancito in capo agli Stati, in realtà nascondano qualcosa di più specifico, tipico delle regole nazionali. Si pensi a quanto prescritto dall'art. 3, par. 3, lett. b), della direttiva, in ordine al fatto che "il diritto di avvalersi di un difensore" comporta, fra l'altro, il "diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del [...] difensore" in sede d'interrogatorio. Se si prescinde da quanto previsto in tema di garanzie *participative*, non sembra azzardato ricondurre la norma istitutiva del diritto alla presenza dell'avvocato alla categoria delle disposizioni puntuali. Può parlarsi, al riguardo, di "norme comportamentali": pur non immediatamente applicabili, in pendenza del termine di recepimento della

⁴⁵ Gaito, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, cit., 26.

⁴⁶ V. Amodio, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, XXX, che parla di «norme di struttura» e «norme di comportamento».

⁴⁷ Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 120 ss.

⁴⁸ Va anche considerato che in alcuni casi la direttiva abbandona la terminologia tipica degli obblighi di risultato a carico degli Stati. V., ad es., l'art. 3, par. 3, lett. c), che con una disposizione "di dettaglio" prevede quanto segue: "Ove un difensore partecipi all'interrogatorio, il fatto che ci sia stata tale partecipazione è verbalizzato utilizzando la procedura di verbalizzazione conformemente al diritto dello Stato membro interessato".

direttiva, esse definiscono schemi di azione idonei a sovrapporsi a quelli dettati dalle norme interne (e, peraltro, in larga parte già esistenti quantomeno nell'ordinamento italiano). Configurando vere e proprie fattispecie processuali⁴⁹, le norme UE del suddetto tipo si distinguono dalle disposizioni che lasciano al legislatore interno margini di discrezionalità nel costruire i modelli delle attività processuali, con l'obbligo di realizzare gli interessi perseguiti a livello sovranazionale. Sul piano del contenuto, queste prescrizioni risultano più pregnanti delle norme autorevolmente definite "intermedie"⁵⁰.

Occorre, poi, svolgere una precisazione di carattere metodologico. Il legislatore europeo individua il contenuto di alcune garanzie procedurali impiegando più norme di diversa caratura, collocate su piani distinti, articolando un reticolo di situazioni soggettive che influenzano l'ordinamento interno con forza diversa. Il che apre la strada a una forma di efficacia "variabile" delle garanzie predette, nella diversa modulazione degli aspetti qualificanti da parte delle norme UE. Si consideri ciò che l'art. 3 prevede in ordine al "diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale"⁵¹. Il par. 1, rivolgendosi agli "Stati membri", si limita a tracciare la linea degli interventi da doversi poi definire a livello di legge interna. Spetta ai legislatori nazionali stabilire "tempi" e "modalità" di esercizio della garanzia di difesa tecnica.

A ben vedere, la portata precettiva del diritto di avvalersi di un difensore è precisata dalle norme successive, con riguardo sia ai tempi (par. 2) che alle modalità di esercizio del diritto stesso (par. 3). Si consideri, ad esempio, il par. 2 del sud-

detto art. 3. Qui è vero che il legislatore europeo formula la regola generale, in termini piuttosto elastici, prevedendo che "gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore senza indebito ritardo": evidentemente, stabilire cosa sia ritardo "debito" è lasciato alla legge interna che, dunque, in questo caso ha il compito di tradurre una componente della direttiva solo "programmatica". Ma è anche vero che la direttiva richiama ipotesi specifiche in cui scatta la garanzia della difesa tecnica "in ogni caso". La fonte europea descrive in termini puntuali alcuni dei "momenti" a partire dai quali "gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore", vale a dire prima dell'interrogatorio condotto "dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria" (lett. a))⁵² e "quando le autorità inquirenti o altre autorità competenti procedono" a compiere ricognizioni di persone, confronti o ricostruzioni della scena di un crimine, laddove a tali atti "all'indagato o all'imputato sia richiesto o permesso di essere presente all'atto in questione" (lett. b), in relazione al par. 3, lett. c))⁵³.

Inoltre, l'art. 3, par. 3, della direttiva distingue il diritto di avvalersi di un difensore dalle situazioni soggettive in cui tale diritto si concreta, situazioni esse stesse qualificate in termini di diritti e consistenti, precisamente, nel "diritto di incontrare in privato e di comunicare con il difensore" (lett. a)), nel "diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva" del difensore all'interrogatorio, con necessità di verbalizzare l'avvenuta partecipazione (lett. b)) e nel "diritto alla presenza" del difensore ai già richiamati atti di indagine o di raccolta delle prove di cui alla lett. c) del par. 3. Ne deriva una differente forma di manifestazione delle garanzie attraverso cui si esprime il diritto di avvalersi del difensore tecnico. Ad esempio, il regime del diritto di incontrarlo privatamente e di comunicare riservatamente (v. art. 4) varia a seconda che l'individuo sia o meno privato della libertà personale. La garanzia opera incondizionatamente, vale a dire tramite una vera e propria "norma comportamentale", per l'imputato libero; si manifesta, invece, in forza di una disposizione di natura programmatica, per l'imputato detenuto (v.

⁴⁹ Sottolinea la disomogeneità strutturale fra le previsioni codicistiche nazionali, «formulate in termini di *fattispecie*», e «le previsioni sovranazionali, di tenore spesso generale e generico, formulate in termini di *principi*», Kistoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., 39.

⁵⁰ Chiavario, *Frammenti di riflessione sul contesto europeo della codificazione processuale penale, ieri e oggi*, *Cass. pen.*, 2011, 3286: «norme che, quanto a contenuti, dovrebbero avere un tasso di specificità superiore a quello delle norme di principio (come sono per la più gran parte le norme prodotte da fonti di tutela dei diritti umani) ma pur sempre inferiori a quello delle norme dei codici: e dunque, da un lato, norme dotate di una capacità d'incidenza più diretta di quella propria delle prime, ma al tempo stesso più delle seconde idonee a raccogliere sotto un denominatore comune l'impegno dei vari Stati europei».

⁵¹ Sull'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della garanzia, v. Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore*, cit.; Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 109. Sul momento a partire dal quale opera, nel contesto della Conv. e.d.u., la garanzia dell'individuo di essere informato di un'accusa elevata a proprio carico v., ad es., Ubertis, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, 21 ss.; Ciampi, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, 116 ss.

⁵² V. il considerando n. 20, che precisa ciò che rientra nel concetto di "interrogatorio" ai fini della direttiva. Sul punto, cfr. le osservazioni di Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore*, cit.

⁵³ V. la diversa struttura delle lett. c) e d): "senza ritardo dopo la privazione della libertà personale", "qualora siano stati chiamati a comparire dinanzi a un giudice competente in materia penale, a tempo debito prima che compaiano dinanzi a tale giudice".

art. 3, par. 3, lett. a), in rel. al par. 2, lett. a), e, rispettivamente, al par. 2, lett. c)).

“NORME COMPORTAMENTALI” E GARANZIE DEROGABILI

Un ulteriore problema è se l'eventuale derogabilità di un diritto tutelato dalla direttiva incida sulla possibilità che dalle norme UE di garanzia siano ricavati effetti immediati, quantomeno di tipo indiretto. Cioè se la previsione di eccezioni alle regole generali precluda che lavori il congegno dell'interpretazione conforme. Inoltre, la disciplina interna potrebbe stabilire condizioni di esercizio dei diritti degli indagati e degli imputati non previste dalla direttiva oppure requisiti più stringenti di quelli situati nell'atto UE, motivo per cui va chiarito se tali restrizioni siano inquadrabili nel contesto delle deroghe di cui si è appena detto oppure vi siano aspetti particolari da considerare per capire se possa operare o meno l'interpretazione conforme.

Al riguardo, va distinto il piano relativo ai presupposti di applicazione delle singole garanzie, da quello riguardante i limiti entro cui operano le deroghe. Sotto entrambi i punti di vista assume rilievo la distinzione fra norme comportamentali e previsioni programmatiche (v. *supra*), il che evoca la possibilità che norme di garanzia formulate in termini *self-executing* convivano con norme derogatorie meramente programmatiche. È quanto accade, ad esempio, nell'ambito della disciplina dell'art. 3, indubbiamente centrale nel contesto dell'atto UE in analisi. Sia il par. 5 che il par. 6 di questo articolo attribuiscono agli Stati membri il potere di “derogare temporaneamente” all'applicazione, nella fase anteriore al processo, di alcune garanzie previste dallo stesso art. 3, indicando criteri e limiti delle deroghe articolabili a livello interno. In entrambi i casi si tratta di norme UE non compiutamente definite⁵⁴, ma mentre il par. 5 si rapporta a una disciplina essa stessa di tipo programmatico (par. 2, lett. c), riguardante il diritto di avvalersi di un difensore “senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale”), il par. 6 si rapporta anche a norme di cui è stata prospettata la natura “comportamentale” (par. 3, riguardante le modalità di esercizio del diritto di difesa tecnica).

Amnesso che la disciplina interna preveda fattispecie derogatorie (trattasi di potere degli Stati, non di obbligo), il punto è che, nei casi estranei alla di-

sciplina in deroga, il regime interno va interpretato conformemente alle sole regole di garanzia della direttiva. Al contrario, laddove scattino i presupposti per applicare le norme derogatorie interne, queste dovranno essere interpretate in conformità alla disciplina UE istitutiva delle deroghe. Ciò dimostra che la derogabilità dei diritti non fornisce argomenti per escludere la natura “comportamentale” delle norme di garanzia. Le clausole derogatorie attenuano la forza espansiva delle norme UE, ma non elidono le regole dell'attività ermeneutica. Il giudice penale nazionale dovrà applicare gli istituti di garanzia previsti dall'ordinamento interno, in modo conforme alla disciplina UE sotto entrambi i profili appena richiamati.

Altro discorso va fatto per i casi in cui la direttiva preveda la possibilità di “limitare o differire” o di “disciplinare” l'esercizio di un diritto, come accade per il “diritto di comunicare con terzi durante lo stato di privazione della libertà personale” (art. 6) e per il “diritto di comunicare con le autorità consolari” (art. 7). Non sembra che qui vi siano margini concreti per l'interpretazione conforme, laddove la legge interna preveda, in effetti, modalità restrittive di esercizio dei diritti. Intanto, le norme UE dettano criteri di recepimento decisamente indeterminati, quali sono le “esigenze imperative” e le “esigenze operative proporzionate” previste dall'art. 6, par. 2, e la “condizione” prevista dall'art. 7, par. 3⁵⁵. Trattasi di parametri inidonei a guidare l'interpretazione delle norme interne.

Inoltre, tali previsioni lavorano all'interno della fattispecie costitutiva dei diritti, invece che come deroghe esterne⁵⁶. Esse incidono sul contenuto della garanzia europea, precludendo d'individuare norme di tipo comportamentale. Nessun rimedio sarà invocabile, sul piano ermeneutico, a fronte di una disciplina interna disallineata dai principi UE. Può essere considerato, a titolo di esempio, il regime dei colloqui e della corrispondenza per l'imputato detenuto. Come è noto, l'art. 18, comma 7, ord. penit. prevede l'autorizzazione giurisdizionale (amministrativa, dopo la sentenza di primo grado)⁵⁷, ma non

⁵⁵ L'art. 7, par. 3, prevede che “l'esercizio dei diritti stabiliti dal presente articolo può essere disciplinato dal diritto o dalle procedure nazionali, a condizione che consentano di dare pieno effetto alle finalità cui mirano”.

⁵⁶ V. la diversa impostazione di Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore*, cit.

⁵⁷ V., in materia, ad es., Corso, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 184; Fonti, sub art. 18 ord. penit., Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, IV ediz., Milano, 2010, 10262 ss.; Bertolotto, sub art. 18, Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento*

⁵⁴ V., con riferimento all'incidenza dell'art. 3, par. 6, della direttiva sul regime interno in materia di colloqui con il difensore dell'imputato *in vinculis*, *infra*, il par. successivo.

individua regole decisorie, nemmeno enunciando criteri "aperti", il che comporta problemi di compatibilità con i valori costituzionali di riferimento (primo fra tutti l'art. 15 Cost.)⁵⁸. La conseguente limitazione delle garanzie non pare sanabile attraverso l'interpretazione conforme all'art. 6 della direttiva, anche se è ben chiaro che il legislatore dell'Unione europea consente di limitare il diritto alla comunicazione, senza autorizzare una decisione discrezionale che condizioni, in positivo, l'accesso alla fruizione della norma di garanzia UE.

LE GARANZIE INTERNE E L'INTERPRETAZIONE CONFORME ALLE NORME UE. IL REGIME DEI COLLOQUI DEL DIFENSORE CON L'IMPUTATO IN CUSTODIA CAUTELARE

Il tema da ultimo sfiorato fa emergere l'utilità di analizzare la direttiva nell'ottica di un confronto, ancorché schematico e necessariamente selettivo, fra garanzie europee e garanzie italiane, adottando una prospettiva d'indagine, per così dire, interna. Senza poter sondare qui ognuno dei settori sui quali incide la nuova disciplina UE, verranno considerati solo alcuni istituti codicistici di garanzia, richiamando il modo in cui essi operano nella realtà giudiziaria, per verificare se vi siano o meno profili di attrito fra le norme UE in questione e le leggi o le prassi interne.

Un primo tema d'interesse concerne la citata garanzia d'incontrare in privato e di comunicare con il difensore che, nel contesto della direttiva, opera "senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale" (v. art. 3, par. 3, lett. a), in rel. al par. 2, lett. c)) e, nel sistema italiano, subisce deroghe connesse alla possibilità di dilazionare i colloqui difensivi, laddove l'imputato sia in stato di custodia cautelare ovvero di arresto o di fermo (art. 104 commi 3 e 4 c.p.p.)⁵⁹. Regime che, come è noto, di fat-

to permette di svolgere l'interrogatorio di garanzia (art. 294, comma 1, c.p.p.) o l'interrogatorio dell'arrestato o del fermato da parte del p.m. (art. 388 c.p.p.), senza che l'imputato abbia potuto consultarsi preventivamente con il difensore⁶⁰, con evidente sacrificio delle esigenze connesse alla salvaguardia del diritto al silenzio⁶¹. Inoltre, questo risultato pratico contrasta con il disposto del par. 2, lett. a), e par. 3, lett. a), dell'art. 3 della direttiva. Salve le deroghe di cui si dirà subito, da queste disposizioni si desume l'esistenza, nell'ambito dell'ordinamento UE, di un diritto dell'imputato di incontrare in privato e di comunicare con il difensore, prima dell'interrogatorio da parte della polizia o di altra autorità⁶².

Giarda, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva, Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, cit., 265; Cristiani, sub art. 104, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 479; Frigo, sub art. 104, Amodio-Dominioni (diretto da), *Commentario*, cit., I, 679; Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1413 ss.; Squarcia, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, *Cass. pen.*, 1991, 433; Trevisson-Lupacchini, *Sul diritto dell'imputato «in vinculis» al colloquio con il difensore*, *Giur. it.*, 1993, II, 193; Colamussi, *In tema di colloquio del difensore con l'imputato in stato di custodia cautelare*, *Cass. pen.*, 1995, 2199. Dopo la modifica apportata al comma 3 dell'art. 104 c.p.p. dalla l. 8 agosto 1995, n. 332, v., ad es., Casartelli, *L'autodifesa dell'indagato*, Amodio (a cura di), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Milano, 1995, 89; 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 nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, 22 ss.; Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1404; Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 154; Giunchedi, *Indagato in vinculis, colloquio differito e diritto di difesa*, *Giur. it.*, 2002, 133; Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Ubertis-Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, I, Milano, 2004, 84; Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, 358 ss.; Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti di libertà*, Padova, 2012, 152 ss.; Corso, *Il carcere senza rieducazione*, cit., 355 ss.

⁶⁰ V. Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, AA.VV., *Studi in memoria di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 1079, il quale rileva quanto segue: «Questa norma ha una sola chiave di lettura possibile ed è quella di un legislatore diffidente del difensore e timoroso per le conseguenze del suo intervento. Il detenuto non deve parlare con il difensore perché quest'ultimo potrebbe assumere il ruolo di tramite tra carcere e ambiente esterno e assurgere anche formalmente a favoreggiatore».

⁶¹ Su questo aspetto cfr., ad es., Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 154; Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 86.

⁶² V., sulla necessità di intendere in senso «sostanziale» la nozione di "interrogatorio" ai fini UE, ad es., Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore*, cit. In generale, per l'inquadramento dei problemi suscitati dal multilinguismo in ambito UE e dalla necessità di tener conto di questo fattore nell'interpretazione delle norme di diritto UE, v., ad es., Ruggieri, *Pluralità di linguaggi giuridici e costruzione europea nella prospettiva di un processualpenalista*, La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, cit., 3 ss.

penitenziario commentato, t. I, *Trattamento penitenziario*, Della Casa (a cura di), IV ediz., Padova, 2011, 227 ss.; Corso, *Il carcere senza rieducazione (l'imputato detenuto)*, Id. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2013, 362 ss.

⁵⁸ I profili di criticità costituzionale cui si è accennato nel testo non risultano superati dall'impostazione giurisprudenziale, pur apprezzabile, che riconduce i colloqui (visivi e telefonici) alla materia dei diritti soggettivi, rispetto ai quali i poteri di decisione dell'amministrazione penitenziaria si ricollegano «ad una sorta di discrezionalità tecnica vincolata nei presupposti e nei fini». Così, Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 25079, *Cass. pen.*, 2003, 2961, dove si è affermato che i provvedimenti in tema di colloqui sono impugnabili dinanzi al magistrato di sorveglianza con la procedura di cui agli artt. 14-ter e 69 ord. penit.

⁵⁹ In materia v., ad es., Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 312; Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, *Arch. pen.*, 1970, I, 242; Corso, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloqui*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1575 ss.;

Tenuto conto che risulta compatibile con la direttiva 2013/48 il potere di dilazionare l'esercizio del diritto al colloquio con il difensore (v. l'art. 3, par. 6), altro problema è se vi siano o meno punti di frizione fra i criteri decisorii fissati, a tal fine, dalla legge interna (art. 104, comma 3, c.p.p.)⁶³ e quelli sanciti a livello UE (v. art. 3, par. 6, e art. 8, par. 1, direttiva). Rileva, al proposito, la maggiore analiticità della disciplina sovranazionale rispetto a quella italiana. Quest'ultima basa la decisione limitatrice del diritto al colloquio sull'accertamento di "specifiche ed eccezionali ragioni di cautela", criteri di per sé elastici, senza precisare, inoltre, in quale direzione sia proiettata la finalità cautelare del provvedimento⁶⁴. Il risultato, ben noto alla prassi, è un'interpretazione flessibile che pone in crisi valori fondamentali⁶⁵, tutelati dalla Costituzione italiana nei termini della inviolabilità, quali la libertà di comunicazione (art. 15, comma 1, Cost.)⁶⁶ e il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.)⁶⁷.

Ugualmente flessibile, ma più puntuale, il quadro normativo che si ricava dalla direttiva 2013/48.

⁶³ Cass., sez. IV, 3 maggio 2006, n. 15113, *CED Cass.*, 233971, ha ritenuto «manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 104 c.p.p. – per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. – nella parte in cui prevede che il g.i.p. possa, su richiesta del p.m., dilazionare i colloqui tra l'imputato ristretto in custodia cautelare ed il suo difensore, atteso il limitato sacrificio del diritto dell'imputato medesimo in ragione del superiore interesse della giustizia» (corsivo aggiunto). V., adesivamente, Cass., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 2941, *CED Cass.*, 245806. Ritiene, invece, «la previsione del differimento dei colloqui per ragioni di cautela [...] insanabilmente in contrasto con l'art. 24 comma 2° Cost.», Mazza, *I protagonisti del processo, Procedura penale*, cit., 149. Per una diversa impostazione v., ad es., di recente, Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., 153-154.

⁶⁴ V., per la tesi secondo cui il presupposto del provvedimento ex art. 104, comma 3, c.p.p. «è strettamente connesso alle [...] esigenze cautelari poste a fondamento della misura restrittiva», Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 39941, *CED Cass.*, 244265. In dottrina, rapporta le «ragioni di cautela» alle «esigenze cautelari» descritte dall'art. 274 c.p.p., ad es., Frigo, sub art. 104, cit., 679. V., altresì, Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare*, cit., 1417.

⁶⁵ Affermava Cristiani, sub art. 104, cit., 479, agli albori dell'entrata in vigore del codice del 1988: «Il 3° comma dell'art. 104 contiene una di quelle disposizioni, con le quali si confrontano, con non facile equilibrio, l'interpretazione e la prassi».

⁶⁶ V., sul punto, ad es., Corso, *Isolamento dell'imputato detenuto*, cit., 1577.

⁶⁷ V., per il richiamo alle c.d. *Regole penitenziarie minime dell'ONU* (risoluzione del 30 agosto 1955), che all'art. 93 prevedono: «ogni prevenuto ha diritto, fin dall'inizio dell'incarcerazione ... di ricevere visite dal proprio avvocato in vista della sua difesa», ad es., Frigo, sub art. 104, cit., 676. Con riferimento alle Raccomandazioni R(87)3 sulle *Regole penitenziarie europee*, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, cfr., ad es., Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare*, cit., 1393. V. anche la più recente Raccomandazione R(2006)2, adottata l'11 gennaio 2006, su cui cfr., ad es., Fiorio, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, *Proc. pen. giust.*, 2014, 1, 46.

In questo ambito, la deroga temporanea al diritto di incontrare e comunicare (cioè di conferire) con il difensore, eccezionale e limitata alla fase che precede il processo, presuppone "circostanze particolari del caso" dalle quali si possa ricavare l'esistenza di "motivi imperativi". Il regime restrittivo si giustifica solo a fronte della "necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona" (par. 6, lett. a))⁶⁸ oppure della "necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale" (par. 6, lett. b))⁶⁹. Come si vede, parametri in certa misura indeterminati, ma più pregnanti delle "ragioni di cautela", pur "specifiche ed eccezionali", previste dall'art. 104, comma 3, c.p.p. Sulla base di tali coordinate normative la giurisprudenza italiana ha elaborato una lettura interpretativa di cui va registrato il disallineamento dalle coordinate europee⁷⁰.

Si è osservato, in un recente pronunciamento della Corte di cassazione, sulla linea di massime consolidate, che «il decreto di differimento dei colloqui adottato dal g.i.p. è adeguatamente motivato in punto di eccezionalità delle esigenze cautelari giustificative, avuto riguardo al pericolo di precostituzione di strategie difensive tese ad ostacolare, travalicando il legittimo esercizio del diritto di difesa, "il regolare corso della giustizia" e a ritardare o impedire l'individuazione degli altri sodali non ancora identificati in sede investigativa»⁷¹. Come si vede, una valutazione di pericolo astratto⁷² che non dimostra che la dilazione del colloquio sia, in concreto⁷³, indispensabile ai fini di evitare la compromissione del processo. Inoltre, secondo la giurisprudenza sopra richiamata, il suddetto «pericolo di inquinamento»

⁶⁸ V. il considerando n. 31, che traccia – anche se in relazione ad altro problema – un collegamento fra l'esigenza di prevenire le conseguenze richiamate nel testo e la necessità di ottenere informazioni essenziali ai suddetti fini.

⁶⁹ V. il considerando n. 32, che rinvia alla necessità di evitare che siano distrutte o alterate prove essenziali o siano influenzati testimoni.

⁷⁰ V., per la segnalazione del contrasto della legge italiana con la disciplina della Conv. e.d.u. e per il riferimento alla giurisprudenza della Corte e.d.u., ad es., Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 89-90. Sul secondo aspetto, v. anche, ad es., Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., 153.

⁷¹ Cass., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 2941, cit. Per il riferimento al «pericolo della precostituzione di una strategia comune» v., altresì, ad es., Cass., sez. VI, 3 maggio 2006, n. 15113, cit.

⁷² Ritiene trattarsi «di una presunzione legislativa che non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un ordinamento, come il nostro, dove la difesa tecnica è tutelata a livello costituzionale quale aspetto di un più ampio diritto fondamentale», Mazza, *I protagonisti del processo*, cit., 149.

⁷³ Per la necessità di effettuare una valutazione in concreto v., in dottrina, ad es., Frigo, sub art. 104, cit., 679.

mento probatorio è correlato all'intrinseca gravità del contestato reato di associazione criminosa di stampo mafioso, alla pluralità degli indagati (35 persone) e alla pluralità dei contestati reati fine della consorceria criminosa (plurime ipotesi di estorsione aggravata continuata)⁷⁴. Si profilano qui criticità in relazione al parametro indicato all'art. 8, par. 1, lett. c), della direttiva, secondo cui "qualsiasi deroga temporanea ai sensi dell'articolo 3, paragrafi 5 o 6, o dell'articolo 5, paragrafo 3 non si basa esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato".

Non sembra azzardato prospettare la necessità di superare simili prassi mortificatrici del diritto di difesa tecnica, attraverso l'interpretazione dell'art. 104 c.p.p. in modo conforme alla direttiva 2013/48. Sia precludendo l'uso del congegno in esame per fare fronte al pericolo (astratto o concreto) che sia messa a punto una linea difensiva di comodo. Sia richiedendo un accertamento delle ragioni "specifiche ed eccezionali" basato su elementi diversi dalla natura degli addebiti. In quest'ottica, le "ragioni di cautela" previste dal codice non potrebbero scattare ai fini di prevenire l'articolazione di strategie di difesa e autodifesa, qualunque sia la direzione, nel nucleo inviolabile della libertà del rapporto fra imputato e difensore. Invece, la deroga al diritto a incontrare in privato e conferire con il difensore dovrebbe operare solo in presenza di circostanze dimostrative sia di un pericolo (concreto) del tipo di quelli enunciati dalla direttiva (gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona; compromissione sostanziale del procedimento

penale)⁷⁵, sia della necessità di dilazionare il colloquio per scongiurare il pericolo ritenuto esistente. Insomma, una valorizzazione dei dati normativi UE, finalizzata a superare una prassi interna non in linea con i principi fondamentali dell'ordinamento processuale penale italiano, rimediando a una scelta del codice del 1988 forse non del tutto immune, sul punto, da critiche⁷⁶.

LA PRESENZA DEL DIFENSORE ALLA RICOSTRUZIONE DELLA SCENA DEL CRIMINE

Considerazioni simili valgono per la garanzia prevista dall'art. 3, par. 3, lett. c), della direttiva, in ordine alla presenza del difensore alle "ricostruzioni della scena di un crimine", espressione che, come è noto, non compare nella terminologia legislativa italiana⁷⁷. Di qui il problema preliminare di definire l'ambito operativo della garanzia in questione. Il considerando n. 26 della direttiva richiama il "fine di comprendere meglio le modalità e le circostanze in cui è stato commesso il reato"⁷⁸, ma non sembra che la norma UE confini il diritto all'assistenza difensiva, *in parte qua*, all'esperimento giudiziale previsto dal c.p.p. italiano⁷⁹. Questo mezzo di prova, finalizzato ad accertare "se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo" (art. 218, comma 1, c.p.p.), realizza una «riproduzione fenomenica» di un certo fatto⁸⁰. Cioè l'esperimento

⁷⁴ Cass., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 2941, cit. V., già, Cass., sez. V, 27 settembre 1993, Zambrotti, *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 716: «Il provvedimento con il quale, ai sensi dell'art. 104 c.p.p., venga differito il diritto dell'imputato sottoposto a custodia cautelare di conferire con il proprio difensore può correttamente essere basato anche sulla ritenuta gravità dei fatti (riguardanti una pluralità di indagati), unita all'esigenza di evitare la possibilità dell'impostazione di preordinate e comuni tesi difensive di comodo». In senso critico, ad es., Scalfati, sub art. 104, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, IV ediz., Milano, 2010, 1093. V. la precisazione di Cass., sez. IV, 29 ottobre 2007, n. 39827, *CED Cass.*, 237845: «pur potendo il divieto di colloquio tra indagato e difensore essere basato anche sulla ritenuta gravità dei fatti riguardanti una pluralità di indagati, deve essere, tuttavia, comunque indicata, anche in tal caso, la specifica esigenza di evitare la possibilità dell'impostazione di preordinate e comuni tesi difensive di comodo, non potendo detta esigenza desumersi in via di presunzione e/o considerarsi implica nelle connotazioni soggettive ed oggettive del reato contestato con il provvedimento coercitivo». V., invece, Cass., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32622, *CED Cass.*, 235019, secondo cui «il pericolo di inquinamento probatorio che il provvedimento [ex art. 104, comma 3, c.p.p.] tende ad evitare si vince dalla gravità dei fatti, dalla pluralità degli indagati e dal contesto organizzato dell'attività descritta dagli operanti».

⁷⁵ V., con riferimento al valore dell'incolumità e della sicurezza personale, ad es., Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., 154.

⁷⁶ Secondo Marandola, *L'interrogatorio di garanzia*, cit., 362, «la scelta di non codificare con sufficiente puntualità le ipotesi di deroga ha ingenerato prassi divergenti dalla reale volontà legislativa».

⁷⁷ In materia v., ad es., di recente, Lorusso, *L'esame della scena del crimine tra esigenze dell'accertamento, istanze di garanzia e affidabilità dei risultati*, Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 33 ss.; Curtotti-Nappi-Saravo, *Il volo di Icaro delle investigazioni sulla scena del crimine: il ruolo della polizia giudiziaria*, *ivi*, 201 ss. V., ampiamente, Curtotti-Saravo (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienza*, Torino, 2013.

⁷⁸ Secondo lo stesso considerando l'atto in questione sarebbe altresì finalizzato a "rivolgere domande specifiche all'indagato o all'imputato".

⁷⁹ V., invece, Bubula, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore*, cit.

⁸⁰ Per l'uso di questa espressione v., in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 19 gennaio 1995, *Cass. pen.*, 1997, 445, che afferma quanto segue: «Un accertamento, che non sia volto a stabilire lo svolgimento di un fatto (mediante la sua riproduzione fenomenica) né diretto a richiedere il parere di un esperto (sul come e sul perché un fatto sia accaduto secondo la cognizione tecnica di scienze ed arti), ma tenda semplicemente ad ottenere la descrizione oggettiva e statica di una determinata cosa non costituisce esperimento giudiziale né perizia né accertamento tecnico non ripetibile, comportante la necessità dell'intervento della difesa, ma un accertamento sulle cose e sui luoghi, cioè un'osservazione

tende alla «rappresentazione attuale di un fatto già avvenuto»⁸¹, non a ricostruire un fatto del passato (il reato) accertando la “scena” presente. Queste considerazioni inducono ad estendere il raggio operativo del diritto dell'imputato e dell'indagato alla presenza del proprio difensore, anche in virtù del suo agganciamento agli “atti di indagine o di raccolta delle prove” (espressione estranea alla disciplina dell'esperimento giudiziale), considerando gli istituti delle indagini preliminari del processo italiano.

Come è noto, il c.p.p. preordina operazioni idonee a ricostruire la scena del crimine, nell'ambito sia delle attività di p.g. finalizzate ad assicurare le fonti di prova (artt. 55, 348 e 354 c.p.p.), sia delle attività, ripetibili e irripetibili, compiute dai consulenti tecnici del pubblico ministero (artt. 359 e 360 c.p.p.). In particolare, la legge italiana attribuisce alla polizia giudiziaria il potere-dovere di svolgere accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose, oltretutto delle persone, ove vi sia la necessità di evitare che i luoghi, le tracce, le cose pertinenti al reato – «vale a dire [...] tutto ciò che inerisce alla scena del crimine»⁸² – si alterino, si disperdano o comunque si modifichino, laddove il p.m. non possa intervenire tempestivamente ovvero non abbia assunto ancora la direzione delle indagini (“accertamenti urgenti” ex art. 354, comma 2, c.p.p.)⁸³.

In relazione a queste coordinate normative, la giurisprudenza innanzitutto ha fatto perno sulla separazione concettuale fra “rilievi” e “accertamenti”, per allontanare dal regime degli artt. 359 e 360 c.p.p. «i rilievi o meri accertamenti che si esauriscono in attività materiale di “lettura, raccolta e conservazione” e che non richiedono alcuna discrezionalità o preparazione tecnica per la loro valutazione»⁸⁴, riconducendo all'ambito dell'art. 354, comma 2, c.p.p.

immediata e diretta che può essere compiuta dalla p.g. (Principio affermato con riguardo ad una fattispecie di accertamento atto a stabilire se alcune chiavi aprissero un appartamento). In senso adesivo v., in dottrina, Lorusso, *Esperimenti giudiziali*, Gaito (diretto da), *La prova penale. Trattato*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento*, Torino, 2008, 640.

⁸¹ Dotta, sub art. 218, Chiavario (coordinato da), *Commento*, cit., II, 1990, 558.

⁸² Lorusso, *L'esame della scena del crimine*, cit. 37.

⁸³ V., al riguardo, ad es., Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 140 ss., 161 ss.; D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, VI ediz. rist., Padova, 2003, 222 ss.; Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, II ediz., Milano, 2005, 365 ss.; nonché più di recente, ad es., Casasole, *Le indagini scientifiche nel processo penale*, Roma, 2013, 27 ss.

⁸⁴ Così, ad esempio, Cass., sez. III, 2 luglio 2009, n. 38087, *CED Cass.*, 244928, con riguardo ad attività di misurazione di un consistente quantitativo di molluschi da parte della polizia giudiziaria.

le operazioni «di natura meramente materiale»⁸⁵. Inoltre la giurisprudenza, a fronte della limitazione della portata del regime di garanzia “forte”⁸⁶, sul piano tecnico, previsto dall'art. 360 c.p.p. ai soli accertamenti tecnici irripetibili, subito dopo l'entrata in vigore del codice del 1988 ha elaborato una ulteriore distinzione nel contesto dei rilievi tecnici e degli accertamenti tecnici ripetibili eseguiti dalla polizia giudiziaria, fra gli atti compiuti ad iniziativa, sottoposti alla garanzia dell'assistenza difensiva (facoltativa), senza diritto di preavviso (art. 356 c.p.p.), e gli atti delegati dal p.m. a norma dell'art. 370 c.p.p., privi di alcuna forma di assistenza difensiva⁸⁷. In quest'ottica, l'art. 356 c.p.p. non sarebbe applicabile ai «semplici rilievi tecnici», ove eseguiti dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero⁸⁸.

D'altra parte, l'art. 114 norme att. c.p.p. prevede che la p.g. avverta l'indagato che sia presente al compimento degli atti coperti dalla garanzia ex art. 356 c.p.p. della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, lasciando peraltro scoperta la posizione dell'indagato che, pur potendo prontamente presenziare a tali atti, risulti assente⁸⁹. Con la conseguenza

⁸⁵ Cass., sez. III, 2 luglio 2009, n. 38087, cit. Cfr., inoltre, con riferimento alla comparazione delle impronte digitali prelevate con quelle già in possesso della p.g., Cass., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28848, *CED Cass.*, 244295.

⁸⁶ V., di recente, Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 105.

⁸⁷ V., con riferimento al prelievo degli *stubs*, Cass., sez. I, 14 marzo 1990, *Cass. pen.*, 1990, II, 86, che afferma quanto segue: «Nessuna forma di assistenza difensiva è prevista per i semplici rilievi tecnici e per gli accertamenti tecnici ripetibili, eseguiti dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero, dato che la disciplina dell'art. 356 c.p.p. riguarda esclusivamente l'attività a iniziativa della polizia giudiziaria e la disciplina dell'art. 360 c.p.p. si riferisce agli accertamenti tecnici non ripetibili». Aderisce sul piano tecnico alla pronuncia, ma esprime perplessità in ordine al conseguente deficit di tutela delle garanzie difensive, Scella, *Brevi considerazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, *Cass. pen.*, 1990, II, 278 ss.

⁸⁸ V. Cass., sez. I, 14 marzo 1990, cit., secondo cui la disciplina di cui agli artt. 347-357 c.p.p. «attiene soltanto ai campi ivi previsti e non può riguardare quelle altre attività, che si distinguono sotto il profilo funzionale, che lo stesso organo è chiamato a svolgere [...] in luogo e per conto, oltretutto per delega, del p.m. Per queste ultime, il regime è diversamente o separatamente strutturato [...], anche per quanto riguarda gli adempimenti previsti a tutela dei diritti della difesa, che non possono pertanto esser mutuati, estensivamente, dalla disposizione di cui all'art. 356, che si applica nei soli casi di iniziativa, ma discendono propriamente e direttamente dalla espressa e specifica disciplina di cui all'art. 370 n. 2, che impone l'osservanza delle misure di cui agli artt. 364, 365 e 373». V., in materia, di recente, Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, 135 ss.

⁸⁹ Si è osservato, in dottrina, che «la condizione restrittiva risponde evidentemente all'esigenza di evitare che, a causa della momentanea o prolungata assenza dell'indagato, la polizia giudiziaria debba arrestarsi e non sia abilitata a procedere all'atto in attesa che l'indagato si presenti e gli possa essere dato il relativo

che, nell'ottica dell'impostazione giurisprudenziale sopra richiamata, vi sarebbero atti d'indagine compiuti al fine di ricostruire la scena del crimine, quali sono i rilievi tecnici di p.g., aperti alla partecipazione dell'indagato, ma non soggetti al dovere di avvertimento ex art. 114 norme att. c.p.p. Di qui il sacrificio della garanzia minimale della presenza del difensore tecnico allo svolgimento di tali atti⁹⁰.

avviso, con il risultato non soltanto di ritardare l'attività della polizia, ma soprattutto di comprometterne inesorabilmente gli effetti». Così La Marca, sub art. 114, Chiavario (coordinato da), *Commento*, cit., La normativa complementare, I, *Norme di attuazione*, Torino, 1992, 405. Tuttavia, il rilievo non è decisivo per giustificare la disparità di trattamento fra il caso in cui l'indagato partecipi all'atto di p.g., essendo presente, e quello in cui l'indagato non vi partecipi, ma sia reperibile dalla p.g. e possa prontamente parteciparvi.

⁹⁰ Secondo Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, *Indice pen.*, 1992, 133, l'art. 114 norme att. c.p.p. «può considerarsi un correttivo rispetto al testo del codice, che lasciava a circostanze fortunate la presenza della difesa tecnica». L'esigenza è quella di «una tempestiva comunicazione al difensore, che gli consenta di pervenire sul luogo prima del termine delle operazioni». Così,

Tuttavia, tale orientamento interpretativo sembra porsi in contrasto con l'art. 3, par. 3, della direttiva 2013/48, che non distingue fra atti ripetibili e atti irripetibili, né fra atti di p.g. delegati dall'autorità giudiziaria e atti compiuti ad iniziativa. Anche in questo caso è prospettabile una correzione della prassi giurisprudenziale interna, per via ermeneutica. Interpretata in modo conforme alla norma UE, qui di tipo *self-executing* (v. *supra*), la disciplina di garanzia fissata dagli artt. 356 c.p.p. e 114 norme att. c.p.p. risulta applicabile ad ogni accertamento di p.g. finalizzato in concreto a ricostruire la scena del crimine, laddove la presenza dell'indagato sia richiesta, o semplicemente permessa, fermo restando, peraltro, il requisito di applicazione della seconda norma dato dalla presenza effettiva dell'indagato stesso.

La Marca, sub art. 114, cit., 404 nt. 1.

MARIANGELA MONTAGNA

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Perugia

La perizia come prova neutra

The Expertise as “Neutral” Evidence

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità si è affermata una lettura interpretativa della perizia quale mezzo di prova “neutro”, sottratto al potere dispositivo delle parti ed affidato esclusivamente alla discrezionalità del giudice, inidoneo ad essere collocato in una prospettiva di prova “a carico” o “a discarico” e, dunque, formare oggetto di esercizio del diritto alla prova contraria, specificamente tutelata nel ricorso in cassazione.

L'impostazione giurisprudenziale che vuole una prova peritale “asettica”, però, non trova fondamento normativo e risulta fortemente limitativa del diritto alla prova e del contraddittorio.

In the judgments of the Court of Cassation, we normally read that “expertise” is considered “neutral” evidence. This means that “expertise” is evidence entrusted to the judge’s discretion, and that the parties to the process have no power over it. Thus, they cannot appeal to the Supreme Court if the trial judge declines to admit the expert opinion requested by the parties as evidence.

However, this interpretative analysis finds no legal basis in the code of criminal procedure. Moreover, this theory is rejected because it strongly limits the parties’ rights to be heard, and the adversary process.

PREMESSA

La perizia è uno degli strumenti, insieme alla consulenza tecnica, utilizzati per veicolare il sapere degli “esperti” nel processo penale a fini di accertamento dei fatti di causa. A proposito della perizia, nella giurisprudenza di legittimità si è affermata un'impostazione univoca secondo la quale si è dinanzi ad una prova “neutra”, come tale sottratta al potere dispositivo delle parti ed affidata esclusivamente alla discrezionalità del giudice. Se ne deduce, perciò, che la decisione dell'organo giurisdizionale di non ammettere tale mezzo di prova richiesto dalle parti, se sorretta da adeguata motivazione, è insindacabile dinanzi alla Suprema Corte e soprattutto, non suscettibile di ricorso in Cassazione ex art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p.. Ciò in quanto, a parere della Suprema Corte, la perizia, non può formare oggetto

di prova decisiva, a carico o a discarico¹, poiché “mezzo di prova per sua natura neutro”².

Si tratta, dunque, di riflettere su questa impostazione, sulle ragioni che l'hanno determinata e sui profili critici che dalla stessa sembrano emergere in riferimento al diritto alla prova delle parti ed alla conseguente limitazione del contraddittorio. Effetti, peraltro, di vasta portata se si considera quanto am-

¹ Cass., sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 7444, *CED Cass.*, 255152; Id., sez. VI, 3 ottobre 2012, n. 43526, *ivi*, 253707; Id., sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 14130, *ivi*, 236191; Id., sez. VI, 5 dicembre 2003, n. 4981, *ivi*, 229665; Id., sez. VI, 18 giugno 2003 n. 37033, *ivi*, 228406; Id., sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 17629, *ivi*, 226809; Id., sez. IV, 12 dicembre 2002, n. 9279, *ivi*, 225345; Id., sez. V, 6 aprile 1999, n. 12027, *Cass. pen.*, 2000, 3387; Id., sez. III, 28 ottobre 1998, n. 13086, *CED Cass.*, 212187; Id., sez. V, 30 aprile 1997, n. 6074, *ivi*, 208090; Id., sez. VI, 26 novembre 1996, n. 275, *ivi*, 206894; Id., sez. I, 17 giugno 1994, n. 9788, *Cass. pen.*, 1995, 2395.

² Si esprime in questi termini con riguardo alla perizia Cass., sez. V, 30 aprile 1997, n. 6074, cit.

pio sia l'ambito applicativo della prova peritale che va, solo per fare degli esempi, dagli accertamenti medico legali attinenti all'imputabilità della persona, a verifiche di tipo medico sanitario riguardanti i casi di c.d. colpa medica, alle perizie foniche relative all'attribuzione delle voci captate in sede d'intercettazione telefonica³.

LA SCIENZA ED IL GIUDICE NEL PROCESSO PENALE

Prima di analizzare singolarmente i profili strettamente processualistici, è opportuno soffermarsi, in generale, sul concetto di "prova neutra", sul significato che a quell'espressione si intende attribuire ove la si usi in riferimento alla perizia e, conseguentemente, cercare di evidenziare l'"equivoco" nel quale si può cadere ove se ne traggano conseguenze applicative in termini limitativi del diritto alla prova.

Il che ci porta, da un lato, a guardare alla collocazione che alla "scienza" viene riconosciuta ove inserita nel processo penale, dall'altro, alla configurazione dei rapporti giudice-perito ed al ruolo dell'organo giurisdizionale nell'ambito della dialettica probatoria.

Quanto al primo profilo, il carattere di neutralità attribuito alla perizia sottende un riconoscimento di oggettività ed imparzialità del sapere scientifico. Si tratta di un'impostazione epistemologica che vorrebbe descrivere la scienza come "neutra in quanto oggettiva e avalutativa"⁴. Tale attribuzione, tuttavia, appare dissonante rispetto ai mutamenti che, negli ultimi decenni, hanno riguardato il concetto di scienza, attestandone la sua "limitatezza" e continua evoluzione⁵.

Ne deriva che, ove con l'espressione "neutra" riferita alla perizia si volesse delineare una sorta di oggettività che promana dal sapere degli esperti, ci si troverebbe in grande difficoltà poiché qualsiasi attività tecnico-scientifica comporta sempre una lettura interpretativa dei dati e, necessariamente, una valu-

tazione soggettiva degli stessi. Dati che, tra l'altro, possono mutare in base al metodo scientifico scelto, ai laboratori utilizzati, alle competenze non solo dell'esperto nominato ma anche dei vari soggetti che intervengono nella c.d. catena di custodia.

Sulla configurazione della perizia quale dato probatorio "neutro", inoltre, influisce un malinteso senso della funzione del giudice. L'attribuzione del carattere di neutralità alla perizia deriva, invero, anche da una "vecchia" concezione del ruolo processuale attribuito al giudice, tipico del sistema "misto" affermatosi nel codice di rito del 1930. Si pensa, cioè, a una prova peritale neutra poiché si ha in mente un organo giurisdizionale attivo nella dinamica probatoria, ma pur sempre imparziale ed estraneo ai meccanismi probatori imputabili alle parti, che attribuisce un incarico di ricerca e valutazione al perito, considerato organo *ausiliario* del giudice e, dunque, soggetto che mette a disposizione un sapere "neutro"⁶.

Sul concetto di perizia quale prova neutra, inoltre, potrebbero in qualche modo avere "pesato" quell'insieme di requisiti e condizioni che assistono il momento della nomina del perito e lo svolgimento del suo compito. Sotto questo profilo, le modalità di nomina del perito ed i connessi obblighi fanno sì che la perizia «mutu[i] una posizione di imparzialità e di equidistanza dalle parti»⁷. Il perito è nominato dal giudice sulla base del solo criterio della competenza tecnico-scientifica e scelto in appositi albi, ha l'obbligo di prestare l'ufficio al quale è chiamato, nonché l'obbligo di verità nell'affermare o interpretare i fatti (obbligo penalmente sanzionato dall'art. 373 c.p.). Rende, in sede di conferimento dell'incarico, una dichiarazione di assunzione di responsabilità (art. 226 comma 1 c.p.p.). Tutti elementi che contraddistinguono la perizia, differenziandola, peraltro, dalla consulenza tecnica, ma dai quali non può essere desunta la classificazione della perizia quale prova che si sottrae alle prospettive probatorie di parte⁸. I requisiti che devono assistere la perizia nel momento dell'avvio dell'incarico influiscono, semmai, sul

³ Cass., sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 7444, *CED Cass.*, 255152, secondo cui la perizia fonica e l'ascolto in contraddittorio delle registrazioni non possono ricondursi al concetto di prove decisive richieste ex art. 495 comma 2 c.p.p. posto che sia la perizia sia il riascolto dei nastri «costituirebbero non prove a discarico contrapposte a quelle di accusa, ma semplici mezzi, in sé neutri, di verifica ed interpretazione delle prove vere e proprie». Del pari, Cass., sez. III, 19 marzo 2013, n. 19498, *CED Cass.*, 255985; Id., sez. I, 8 giugno 1994, n. 9370, *ivi*, 199913.

⁴ Dominoni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 342-343, evidenziando come si tratti d'impostazione "superata".

⁵ In proposito, cfr. Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, Conti (a cura di), *Scienza e processo penale*, Milano, 2011, 3 ss.; Rivello, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea*, Torino, 2010, 52 ss..

⁶ In questi termini, Dominoni, *La prova penale scientifica*, cit., 342 s..

⁷ Rafaraci, *La prova contraria*, Torino, 2004, 224.

⁸ Rafaraci, *La prova contraria*, cit., 225 ss.. Concorda sul fatto che la nomina dell'esperto spetti al giudice e, dunque, in tal senso possa parlarsi di prova neutra, Conti, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010, 157, ma sottolinea come il tema vada inquadrato in diversa prospettiva ove si guardi all'iniziativa che porta ad introdurre la perizia nel processo: se la perizia è disposta dal giudice può parlarsi di prova neutra, se invece essa è richiesta da una delle parti sarà a carico o a discarico a seconda della parte che ha assunto l'iniziativa.

MONTAGNA / LA PERIZIA COME PROVA NEUTRA

rapporto che connette perizia e consulenza tecnica: la mancanza di questi elementi nel momento di nomina di un consulente di parte potrebbe indurre a configurare uno squilibrio tra il valore attribuibile ai due momenti conoscitivi, nel senso di esaltare il rilievo da dare alla perizia, considerandolo atto in cui riporre maggiore fiducia per l'attendibilità del sapere specialistico che contiene. Semmai ciò fosse possibile, non può certamente partirsi da questo dato per giungere, poi, a qualificare in termini di "asetticità" il sapere peritale. E, in ogni caso, anche la perizia attivata su iniziativa di parte presenta quei "passaggi" contemplati dall'art. 226 comma 1 c.p.p. tali da "avallare" l'idea di una prova per esperti più "attendibile".

Considerazioni, quelle appena tracciate, che non possono, peraltro, prescindere dalla risolutiva notazione secondo cui non sono i requisiti di nomina e gli impegni assunti a garantire un buon risultato. Esso dipende dal metodo scientifico utilizzato e dall'uso fatto delle conoscenze personali dell'esperto⁹. In questa prospettiva, sarebbe auspicabile un approccio riformatore delle vigenti norme atto ad includere un confronto dialettico sulle qualità del perito e sull'affidabilità del metodo scientifico¹⁰.

L'IMPOSTAZIONE GIURISPRUDENZIALE: LA PERIZIA QUALE PROVA NEUTRA

Nello scorrere le massime giurisprudenziali espresse sul punto e, ancor più, le motivazioni delle relative sentenze ci si avvede che a partire dalla prima pronuncia del 1994 sino ai nostri giorni, il principio in questione è stato costantemente ed uniformemente ribadito quasi come un *mantra*. Tuttavia, a fronte di così tanta compattezza non si rinviene mai una specifica spiegazione di carattere giuridico o il richiamo ad una o più norme atte a giustificare quell'impostazione.

È ciò accade sebbene, da sempre, il tema sia stato ampiamente elaborato ed approfondito in dottrina che ha, al riguardo, sviluppato prospettive interpretative del tutto contrarie a quelle fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità¹¹.

In questo senso, dunque, appare trattarsi di un problema "culturale" che lega l'interpretazione giurisprudenziale di taluni istituti processuali a schemi del passato, a quanto pare, difficili da "superare"¹².

Ciò detto, nelle sentenze che si sono occupate del tema leggiamo che «il diritto alla controprova (...) non può avere ad oggetto l'espletamento di una perizia, mezzo di prova per sua natura neutro e, come tale, non classificabile né "a carico" né "a discarico" dell'accusato, oltreché sottratto al potere dispositivo delle parti e rimesso essenzialmente al potere discrezionale del giudice la cui valutazione, se assistita da adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità; deve conseguentemente negarsi che l'accertamento peritale possa ricondursi al concetto di "prova decisiva" la cui mancata assunzione costituisce motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, lett. d), c.p.p.»¹³. Oppure, in anni meno lontani, si rileva che «la perizia, per il suo carattere "neutro" sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso alla discrezionalità del giudice, non può farsi rientrare nel concetto di prova decisiva: ne consegue che il relativo provvedimento di diniego non è sanzionabile ai sensi dell'art. 606 comma primo lett. d) c.p.p., in quanto giudizio di fatto che se sorretto da adeguata motivazione è insindacabile in cassazione»¹⁴. Per terminare, più recentemente, a ribadire che «la sentenza con cui il giudice respinge la richiesta di una perizia, ritenuta decisiva dalle parti, non è censurabile ai sensi dell'art. 606, comma primo, lett. d), c.p.p., in quanto costituisce il risultato di un giudizio di fatto che, se sorretto da adeguata motivazione, è insindacabile in cassazione»¹⁵.

Così postulata la "neutralità" della perizia, si fanno discendere specifiche conseguenze che si riverberano, poi, in termini negativi sul diritto delle parti alla prova e sui susseguenti attivabili controlli. In particolare, si sottrae alle parti l'iniziativa probatoria sulla perizia per rimetterla esclusivamente alla valutazione discrezionale del giudice. Ragione, questa, per la quale si ritiene che le parti non si possano dolere della mancata assunzione della perizia, ove

misure cautelari, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Torino, 2009, 252.

¹² Cfr. Tonini, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, Montagna (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012, 39, che, a proposito di quanto il modo di interpretare il rapporto tra scienza e giudice influisca sui diversi pronunciamenti, evidenzia "quel pregiudizio" che circonda la perizia quasi fosse «un'isola felice del "bel tempo che fu", tanto cara ai nostalgici del sistema inquisitorio», che ritengono ancora valido il principio dello "iudex peritus peritorum".

¹³ Cass., sez. I, 17 giugno 1994, n. 9788, cit., 2395.

¹⁴ Cass., sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 14130, cit..

¹⁵ Cass., sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 7444, cit..

⁹ Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, Cass. pen., 2008, 3529 ss.

¹⁰ Scalfati, *La deriva scientifica dell'accertamento penale*, Scalfati (diretta da), *Proc. Pen. Giust.*, 2011, n. 5, 150.

¹¹ Conti, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, cit., 155 ss.; Rafaraci, *La prova contraria*, cit., 222 ss.; Rivello, *La perizia*, Ferrua - Marzaduri - Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 417 ss.; Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, cit., 3 ss.; Valentini, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 219 ss.; Varraso, *La prova tecnica*, Scalfati (a cura di), *Prove e*

richiesta. Un altro effetto attiene, poi, al dovere di decidere senza ritardo sulla richiesta di ammissione delle prove *ex art.* 190 comma 1 c.p.p.: la violazione di quel dovere non è considerata sanzionabile dal punto di vista processuale¹⁶. Ed ancora, sottrarre la perizia al potere dispositivo delle parti non è considerato limitativo del diritto di difesa, posto che per l'imputato è sempre possibile ricorrere alla nomina di un consulente tecnico¹⁷.

Tra le conseguenze che discendono dalla configurazione della perizia quale prova neutra, vi è, poi, quella sicuramente più rilevante, che concerne la tutela del c.d. diritto alla prova contraria e che porta ad escludere che la perizia possa essere richiesta *ex art.* 495 comma 2 c.p.p.. Da qui la preclusione verso la possibilità di guardare alla perizia come prova "decisiva", la cui mancata assunzione legittima il ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d) c.p.p.¹⁸.

IL DOVERE PER IL GIUDICE DI DISPORRE PERIZIA

La configurazione della prova peritale in termini di neutralità non sembra poter essere condivisa. Ciò sia in considerazione dei principi di carattere generale che governano il processo penale, sia tenendo conto del tenore testuale delle norme.

In primo luogo, si può osservare come definire in astratto un mezzo di prova "neutro" non abbia granché senso, posto che ciascuno dei mezzi di prova previsti dal legislatore è destinato a vivere nel processo e ad esplicare una specifica valenza probatoria nella dialettica processuale. Andrà, dunque, verificato di volta in volta il peso che la prova assume e la prospettiva, di favore o di sfavore, per ciascuna delle parti¹⁹. Ciò vale anche ove si tratti di perizia. La qualificazione di prova a carico o a discarico non attiene al mezzo di prova, ma al *thema probandum* ed è connessa al risultato che in concreto emergerà una volta assunta la prova e valutata la stessa nella specifica realtà processuale²⁰.

È vero che, forse, dietro l'impostazione giuri-

sprudenziale che individua nella perizia una prova neutra può ancora annidarsi una ritenuta "non risolta" *querelle* sulla sua connotazione quale "mezzo di prova"²¹. Tuttavia, il problema sembra essere ormai ampiamente superato, considerati più elementi: l'odierna collocazione sistematica delle norme concernenti la perizia nel Titolo Terzo del Libro Terzo dedicato ai mezzi di prova, il complessivo cambiamento dei meccanismi di formazione del materiale decisivo, il ruolo delle parti quale connotato indispensabile che si "inserisce" in quello che rappresentava un rapporto privilegiato tra organo giudicante e perito²².

A quest'ultimo riguardo, occorre evidenziare quanto diversa sia oggi la funzione che l'organo giurisdizionale è chiamato a svolgere in punto di perizia rispetto a quella del passato. Se nel codice di rito del 1930 poteva trovare fondamento l'affermazione dell'esistenza di una valutazione discrezionale esclusivamente in capo al giudice avendo egli, in virtù dell'art. 314 c.p.p. 1930²³, la "facoltà" di disporre perizia, tale assetto è mutato già a seguito della novella legislativa del 1955 che ha inciso sull'art. 314 c.p.p. 1930 nel senso di prevedere che, sempre a fronte del presupposto della «necessità» di conoscenze specialistiche, il giudice «dispone» tale prova²⁴. A maggior ragione, oggi, ricondurre la perizia ad una "solitaria" valutazione discrezionale del giudice è insostenibile se si consideri quanto previsto dall'art. 220 comma 1 c.p.p.: la perizia è ammessa «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche»²⁵. L'art. 314 comma 1 c.p.p. 1930, invece, connetteva la nomina del perito alla «necessità» di svolgere «un'indagine che richiede particolari cognizioni di determinate scienze o arti» e, così, ancorava il presupposto di avvio della prova peritale ad una sorta di "ineluttabilità", vale a dire ad una situazione del tutto eccezionale

²¹ Per il dibattito che ha connotato il previgente codice di rito, Corso, *Periti e perizia*, Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, 89 s.; Virota, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968, 53 s..

²² Scalfati, *Perizia (dir. proc. pen.)*, Enc. giur., VI Agg., Roma, 1997, 1.

²³ L'art. 314 comma 1 c.p.p. 1930, nel testo originario stabiliva che, a fronte della necessità di un sapere specialistico, il giudice "poteva" disporre la perizia.

²⁴ Nel senso che si tratti di un'evidente opzione del legislatore verso la doverosità della nomina di perizia in capo al giudice, sebbene non sia contestualmente mutata la rubrica originaria dell'art. 314 c.p.p. 1930 che ha continuato a far riferimento alla "Facoltà del giudice di procedere a perizia", Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., 51, nota 96.

²⁵ Senza contare, poi, che anche l'art. 224 comma 1 c.p.p. ricorre alla medesima espressione: «il giudice dispone (...) la perizia».

¹⁶ Cass., sez. IV, 8 luglio 2009, n. 34352, CED Cass., 245115, con riferimento a un caso in cui il giudice, piuttosto che provvedere immediatamente sulla richiesta di perizia avanzata dalla difesa, si era riservato di farlo nell'udienza successiva.

¹⁷ Cass., sez. VI, 25 novembre 2008, n. 48379, Guida dir., 2009, n. 8, 84; Id., sez. V, 6 aprile 1999, n. 12027, cit., 3387.

¹⁸ In tal senso, fra le tante, Cass., sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 14130, cit., 236191; Id., sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 4981, cit., 229665.

¹⁹ In tal senso, Traverso, *Il diritto alla controprova nei rapporti con la perizia*, Dir. pen. proc., 1998, 596.

²⁰ Rafaraci, *La prova contraria*, cit., 225 ss.; Valentini, *I poteri del giudice dibattimentale*, cit., 224, s..

MONTAGNA / LA PERIZIA COME PROVA NEUTRA

rispetto al classico concetto dell'epoca che vedeva nel giudice uno *iudex peritus peritorum*.

Mutamenti, quelli contemplati nelle due norme riguardanti la perizia, molto più che lessicali e volti a configurare in capo al giudice un dovere di disporre la perizia quando, pur essendo disponibili altri mezzi di prova sia, comunque, preferibile ricorrere a specifiche competenze scientifiche, tecniche o artistiche²⁶. Alla perizia, inoltre, si potrà ricorrere non soltanto in funzione *valutativa* di taluni dati, come accadeva nel previgente codice di rito, ma anche per «svolgere indagini o acquisire dati». Ciò a significare che il perito non svolgerà soltanto una funzione coadiuvante del giudice nella valutazione di dati acquisiti, ma potrà egli stesso procurarli a seguito di studi specialistici²⁷.

In questo mutato quadro, la formulazione dell'art. 220 comma 1 c.p.p. nella parte in cui prevede che la perizia "è ammessa" richiama uno specifico dovere del giudice: in primo luogo, egli dovrà verificare la sussistenza dei presupposti fissati dalla legge per ricorrere alla perizia e, subito dopo, ove la verifica abbia avuto esito positivo, dovrà disporre siffatto mezzo di prova, configurandosi, altrimenti, in caso di sua omissione, un *vitium in procedendo*²⁸.

È, dunque, da escludere, in quest'ambito, la presenza di una valutazione discrezionale "libera", essendosi, invece, dinanzi ad una discrezionalità vincolata da esercitare entro degli estremi valutativi demandati al giudice ma, in parte, prefissati dal legislatore²⁹. Ne discende che il giudice è tenuto a motivare in caso di decisione negativa sull'ammissibilità della perizia e tale "giustificazione" sarà suscettibile di controllo in Cassazione secondo i canoni ordinari che riguardano la motivazione (art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.).

LA PERIZIA TRA POTERE DISPOSITIVO DELLE PARTI ED INIZIATIVA PROBATORIA DEL GIUDICE

Che l'ammissione della perizia nel processo penale non sia riservata esclusivamente al giudice emerge dall'art. 224 comma 2 c.p.p. ove si stabilisce che «il giudice dispone *anche d'ufficio* la perizia». Si predispose, cioè, un meccanismo probatorio in cui l'iniziativa sia equamente ripartita tra parti e giudice. A ulteriore specificazione e altresì

conferma di un pari impulso probatorio riguardo alla prova peritale, l'art. 508 c.p.p., a proposito della possibilità di disporre perizia nel corso del dibattimento e dei conseguenti provvedimenti da assumere, fa riferimento ad un giudice che si muove "d'ufficio o su richiesta di parte". L'art. 468 c.p.p., inoltre, nel contemplare in capo alle parti l'onere di depositare le c.d. liste testimoniali, fa riferimento alla facoltà delle stesse di chiedere, tra l'altro, l'esame dei periti (art. 468, comma 1, c.p.p.) e la citazione a prova contraria dei periti non compresi nella propria lista (art. 468, comma 4, c.p.p.).

In sintesi, data la presenza di una prova peritale che non appaia manifestamente superflua o irrilevante, vale a dire che corrisponda ai canoni fissati dall'art. 190 c.p.p., integrati dagli ulteriori requisiti previsti dall'art. 220 comma 1 c.p.p., appare indubbio che la parte si vede riconosciuta dal legislatore non solo l'iniziativa nella richiesta di ammissione della perizia, ma che, altresì, a fronte di tale richiesta, il vaglio giurisdizionale si debba esplicitare nel medesimo modo seguito per tutti gli altri mezzi di prova.

Le parti, dunque, hanno diritto all'ammissione della perizia e l'organo giurisdizionale che rigetti tale richiesta dovrà specificamente motivare sul punto.

Rispetto agli altri mezzi di prova, la perizia si caratterizza "soltanto" quale strumento probatorio rimesso "anche" nella diretta disponibilità del giudice, senza, però, che ciò pregiudichi il potere di iniziativa delle parti³⁰.

Inoltre, il fatto che una prova sia introdotta *ex officio* non determina, di per sé, la neutralità della stessa. Così come accade per la prova dichiarativa introdotta dal giudice ai sensi dell'art. 507 c.p.p. anche la perizia ammessa d'ufficio può generare un risultato probatorio che si esplica in senso favorevole all'imputato o all'accusa³¹. Del resto, la Corte costituzionale nel trattare dell'esercizio del potere di cui all'art. 507 c.p.p. che può riversarsi a vantaggio della parte che ha sollecitato la prova, ha rilevato «che poi la prova, una volta introdotta nel processo, torni a beneficio della parte istante è una delle possibili conseguenze naturali»³².

²⁶ Dominioni, *I mezzi di prova*, AA.VV., *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, 286.

²⁷ Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., 39.

²⁸ Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 785.

²⁹ In proposito, Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., 51 s..

³⁰ Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 144.

³¹ In proposito, Tonini, *Dalla perizia "prova neutra"*, cit., 13.

³² Corte cost., sent. 26 febbraio 2010, n. 73, *Cass. pen.*, 2010, 2205.

I CRITERI DI AMMISSIONE DELLA PROVA PERITALE

L'art. 220 comma 1 c.p.p., nel definire l'oggetto della perizia, stabilisce che sia ammessa «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». Si tratta di parametri specifici che riguardano la prova peritale, ma che non la sottraggono agli ordinari criteri di ammissione della prova prescritti dall'art. 190 c.p.p., secondo i quali si esclude l'ammissione di quelle prove, richieste dalle parti, che risultino «vietate dalla legge» e «manifestamente (...) superflue o irrilevanti». Ne deriva che, mentre l'art. 220 comma 1 c.p.p. si esprime in positivo dettando finalità ed obiettivi perseguibili tramite la perizia, l'art. 190 comma 1 c.p.p. fissa, in negativo, i criteri alla cui stregua deve muoversi il giudizio di ammissione della prova da parte dal giudice.

In sintesi, il concetto di "occorrenza" cui fa riferimento l'art. 220 comma 1 c.p.p. (nonché altre norme concernenti altri mezzi di prova) sta ad indicare la finalità perseguita con la perizia. Tale parametro può restringere, ma non escludere il criterio della "non superfluità" di cui all'art. 190 c.p.p.³³. Ne discende che la perizia per essere ammessa dovrà rivelarsi utile alla luce del contesto probatorio emerso. E, dunque, la parte interessata a chiedere e ottenere l'ammissione di una perizia dovrà dimostrare quanto essa si palesi come necessaria per l'accertamento³⁴.

Con riferimento al criterio della "specificità", menzionato nell'art. 220 comma 1 c.p.p., valgono considerazioni analoghe a quelle appena svolte per il criterio dell'"occorrenza". Si può soltanto aggiungere che è attraverso quel parametro che si stabilisce quanto sia necessaria l'esigenza di un sapere specialistico, che va, cioè, oltre la soglia del comune sapere. Il giudice dovrà soffermarsi su questo profilo e valutarlo in contraddittorio con le parti, non avendo al riguardo un potere del tutto discrezionale³⁵.

A questo proposito, è vero, come, del resto, evidenziato dalla giurisprudenza, che la parte ha la possibilità di ricorrere al sapere specialistico di un consulente tecnico. D'altro canto, è pur vero che una volta esperita la consulenza tecnica, ben può accadere che il risultato della stessa risulti per la parte "inidoneo", oppure "controverso" rispetto agli esiti emersi dalla consulenza tecnica di parte avversaria,

e, dunque, si chieda al giudice di disporre perizia. In questo caso, l'organo giurisdizionale dovrà motivare in modo esauriente la relativa decisione e quel provvedimento sarà suscettibile d'impugnazione ex art. 586 c.p.p.

Con riguardo, poi, all'iniziativa del giudice nel disporre perizia e ai relativi criteri di ammissione in fase dibattimentale, se si guarda a quanto stabilito dagli artt. 224 e 508 c.p.p. emerge una lettura interpretativa diversa rispetto a quella fatta propria dalla giurisprudenza. Il fatto che il legislatore, tramite l'art. 508 c.p.p., abbia attribuito all'organo giurisdizionale uno specifico potere di ammissione della perizia non vuol significare che si sia voluto riconoscere alla stessa un valore di "prova del giudice", sottratta all'iniziativa delle parti. L'art. 508 c.p.p. mira esclusivamente a consentire all'organo giurisdizionale di ammettere tale mezzo di prova anche al di fuori dei casi di assoluta necessità cui, invece, l'art. 507 c.p.p. vincola l'integrazione probatoria del giudice in dibattimento³⁶. Risultano, in questo modo, più ampie le possibilità di "introdurre" la perizia nel processo penale. Il dato normativo porta a ritenere che la prova peritale non deve intendersi sottratta alle parti. Al contrario, essa risulta "rafforzata" per il fatto che il giudice, ai sensi dell'art. 508 c.p.p., potrà "disporla" anche qualora manchi sul punto un'iniziativa di parte. Potrà, inoltre, farlo al di fuori dell'assoluta necessità - richiamata dall'art. 507 c.p.p. - ed anche sin dall'inizio della fase dibattimentale (senza cioè attendere l'esito dell'istruttoria dibattimentale, come prescritto dall'art. 507 c.p.p.)³⁷.

PERIZIA E PROVA CONTRARIA

Con riguardo alla monolitica presa di posizione della giurisprudenza di legittimità circa l'impossibilità di concepire la perizia come oggetto di esercizio del diritto alla prova contraria, garantito dall'art. 495 comma 2 c.p.p. e specificamente tutelato tramite il ricorso in Cassazione ex art. 606 comma 1 lett d) c.p.p., si può osservare che, una volta collocata la perizia - per le ragioni sopraccennate - nella "disponibilità" delle parti, nulla preclude che la stessa formi oggetto di richiesta di prova contraria e, in caso, di diniego, ove presenti i caratteri della decisività, sia legittimo il ricorso ex art. 606 comma 1 lett. d), c.p.p..

³³ Tonini, *Dalla perizia "prova neutra"*, cit., 14; Tonini-Conti, *La perizia*, Tonini-Conti, *Il diritto delle prove penali*, Torino, 2012, 299; Varraso, *La prova tecnica*, cit., 252.

³⁴ Tonini - Conti, *La perizia*, cit., 300.

³⁵ Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIV ed., Milano, 2013, 343.

³⁶ In tal senso, cfr. Tonini-Conti, *La perizia*, cit., 298; Varraso, *La prova tecnica*, cit., 251.

³⁷ In tal senso, Trib. Milano, 13 luglio 2001, *Foro ambrosiano*, 2001, 517.

Del resto, anche ponendosi nell'ottica di voler dare risalto ad una sorta di neutralità della perizia derivante da quei requisiti circa le competenze dell'esperto e gli obblighi sanzionati dall'art. 373 c.p., è, poi, difficile comprendere le ragioni che precluderebbero a tale strumento di essere oggetto di prova contraria richiesta, ad esempio, per contestare i risultati di una consulenza tecnica, di una testimonianza o di un documento³⁸.

Consentire alla perizia di divenire strumento probatorio da esercitare anche in prospettiva di prova contraria è soluzione imposta dalle norme. Ed, inoltre, è lettura interpretativa in linea con il "nuovo" concetto di scienza, racchiudibile nell'idea post-positivistica della stessa, che pretende un contraddittorio tra le parti: ciascuna di esse ha diritto di mettere in dubbio l'ipotesi scientifica prospettata dalla controparte o esplicitata dal perito nominato dal giudice. Il tutto al fine di verificare se, nella fattispecie, siano applicabili leggi scientifiche alterna-

tive, grazie alle quali prospettare soluzioni diverse per il caso concreto³⁹.

Infine, da ultimo, ma non per ultimo, l'esigenza che il diritto alla controprova si realizzi anche in punto di accertamenti tecnico-scientifici, trova fondamento nell'art. 111 comma 3 Cost. laddove è garantito il diritto dell'accusato all'ammissione di «ogni altra prova a discarico», nonché nelle norme sovranazionali, quali l'art. 6 § 3 lett. d) C.e.d.u. e l'art. 14 Patto internazionale diritti civili e politici.

L'esclusione delle parti da iniziative probatorie esplicabili tramite il ricorso al sapere specialistico del perito costituisce un limite per il diritto alla prova, che non trova fondamento in alcuna norma. Continuare a ragionare di perizia come prova neutra, sottratta al potere dispositivo delle parti, prefigura un grave pregiudizio per il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. di cui il "diritto di difendersi provando" rappresenta una rilevante estrinsecazione⁴⁰.

³⁸ Rafaraci, *La prova contraria*, cit., 227, che, comunque, evidenzia come nell'esercizio del diritto alla controprova la peculiarità della perizia risieda nel fatto che, qualora una parte abbia chiesto ed ottenuto l'ammissione di una perizia, prova contraria non potrà essere altra perizia sugli stessi temi, a meno che non si tratti di procedere ad accertamenti di diversa natura.

³⁹ Tonini, *Dalla perizia "prova neutra"*, cit., 7.

⁴⁰ In proposito, Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, 12.

MAURO TROGU

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cagliari

Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype

Interception of electronic communications by Skype

Skype rappresenta oggi uno dei programmi maggiormente utilizzati per intrattenere conversazioni VoIP. La particolare tecnologia su cui si fonda il suo funzionamento rende queste conversazioni difficilmente intercettabili usando le tecniche tradizionali di intercettazione di comunicazioni telematiche o informatiche. Ciò ha spinto l'autorità giudiziaria ad avvalersi di strumenti di dubbia legittimità, che tuttavia non offrono risultati investigativi pienamente soddisfacenti.

Skype is one of the most used programs to entertain VoIP conversations. The particular technology on which it bases its operation makes these conversations can be difficult intercepted using the traditional techniques of telecommunication interception of communications. This has prompted the judicial authority to use instruments of dubious legality, but that, however, do not provide fully satisfactory results.

NATURA E FUNZIONAMENTO DI SKYPE

Skype è uno dei più diffusi programmi informatici. Esso consente la comunicazione a distanza sia in forma scritta (c.d. messaggistica istantanea o chat) sia in forma orale (sistema "Voice over IP", abbreviato in VOIP) utilizzando apparecchi quali computers, telefoni portatili di nuova generazione (smartphones) o tablet nei quali esso sia stato previamente installato¹. Cercheremo di semplificare il più possibile la descrizione del suo funzionamento, senza ambizione di precisione tecnica, al fine di individuare gli elementi fattuali rilevanti per le successive riflessioni di carattere giuridico².

¹ Le comunicazioni con tecnologia VoIP sono possibili anche utilizzando tradizionali apparecchi telefonici, purché essi siano collegati ad un c.d. VoIP Gateway che trasformi il segnale audio nel modo che sarà appresso descritto.

² Per una descrizione più accurata cfr. Mariotti – Tacconi, *Ri-*

Skype usa la rete internet quale canale di comunicazione, che avviene mediante il trasferimento di dati in forma digitale. Gli interlocutori rivolgono la loro voce al microfono dell'apparecchio utilizzato; da lì il suono viene trasmesso al componente detto "scheda audio", che lo indirizza al programma. A questo punto "Skype trasforma la voce di chi parla in tanti pacchetti di dati digitali che viaggiano in rete. I dati però vengono criptati in base a un algoritmo segretissimo inventato dai programmatori di Skype"³. Quando i dati crittografati giungono all'ap-

flessioni sulle problematiche investigative e di sicurezza connesse alle comunicazioni VoIP, Diritto dell'internet, 2008, 558.

³ Passo tratto dal quotidiano *La Repubblica* del 14 febbraio 2009, articolo di Mensurati e Tonacci, che prosegue: «Ciò rende impossibile agli investigatori ogni tentativo di intercettazione. Skype è riuscita a portare il proprio sistema di sicurezza a livelli militari, assolutamente lontani da quelli degli altri software creati per fare telefonate attraverso Internet, come Eutelia o Ehiweb». Per contro, Mariotti – Tacconi, *Op. cit.*, 561, segnalano

TROGU / LE INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI A MEZZO SKYPE

parecchio dell'altro interlocutore, Skype li decifra, trasmettendo il suono originario alla scheda audio e da lì agli altoparlanti o auricolari usati dal secondo interlocutore. Ovviamente il processo può svolgersi anche nel senso inverso, così che i soggetti possono conversare come se utilizzassero un comune telefono. La procedura è ancora più articolata perché i dati, prima di essere immessi nella rete internet, oltre ad essere crittografati, vengono elaborati tramite protocolli che consentono la compressione prima dell'invio del segnale audio e la sua de-compressione all'arrivo; tali protocolli si chiamano *codec*⁴.

Per poter usare Skype non è sufficiente che esso sia installato nell'apparecchio informatico che si intende utilizzare, ma è altresì necessario che la persona abbia un proprio account Skype, cioè si sia registrata con un nome utente che le consente di accedere al servizio da qualsiasi postazione che abbia il programma installato (e, dunque, non solo dai propri apparecchi personali). «La procedura di autenticazione da parte degli utenti è invulnerabile, perché il software genera password monouso temporanee ogni volta che si avvia una comunicazione»⁵.

Vi è poi un ulteriore profilo che merita attenzione: Skype consente di telefonare anche da un apparecchio informatico verso le tradizionali utenze di rete fissa o mobile⁶. Quando la chiamata viene inoltrata, il flusso di dati sfrutta la rete internet, grazie alla quale giunge in prossimità del telefono chiamato, passa dalla rete internet alla rete telefonica e raggiunge l'utente intestatario. Questa operazione normalmente avviene grazie all'intervento del fornitore locale di servizi telefonici, che decifra e de-comprime i dati prima di immetterli nella rete telefonica. Questo tipo di telefonate è definito *SkypeOut* e reca con sé un'ulteriore serie di problemi. Infatti il passaggio dalla rete internet a quella telefonica può, per ragioni commerciali, rendere impossibile identificare l'indirizzo di rete internet (o indirizzo IP) del chiamante, ossia rende impossibile capire dove si trovi e quale sia il *computer* che è stato usato per la chiamata.

che «vi sono invece i sistemi [VoIP, ndr.] che si basano sui protocolli standard SIP o H.323, per i quali, quando si omettono le protezioni crittografiche, scelta compiuta di frequente per evitare un degrado delle prestazioni, non si pongono problemi di fruizione del contenuto intercettato».

⁴ Nazzaro, *Il brevetto della Microsoft per intercettare Skype*, *Sicurezza e Giustizia*, III, 2011, 24.

⁵ Quotidiano *La Repubblica* del 14 febbraio 2009, cit..

⁶ Parodi, *Volp, Skype e tecnologie d'intercettazione: quali risposte d'indagine per le nuove frontiere delle comunicazioni?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1309, definisce la contemporanea rete di telecomunicazione come un «gigantesco e complesso sistema telematico».

COME SI INTERCETTANO LE COMUNICAZIONI A MEZZO SKYPE

Le caratteristiche tecniche di Skype l'hanno reso appetibile ai male intenzionati, che si sono trovati a disporre di uno strumento di comunicazione apparentemente inviolabile dall'autorità giudiziaria: i protocolli di cifratura e di compressione dei dati sono coperti da segreto industriale, e se le autorità giudiziarie intercettassero i flussi di comunicazione, deviandoli verso centri di ascolto, essi risulterebbero non intelligibili, in quanto non decifrabili e non decodificabili.

L'unica soluzione per intercettare le comunicazioni intercorrenti tramite il programma in oggetto si è rivelata quella di intromettere nell'apparecchio intercettato un programma-spia, che agisce tra il microfono e la scheda audio. Questo programma permette di captare le voci degli interlocutori prima della loro crittografia (se in uscita) e dopo la loro decifrazione (se in entrata)⁷. Non solo: poiché Skype consente di effettuare video-chiamate se gli interlocutori sono muniti di *webcam*, i programmi spia possono essere progettati anche per captare le immagini che vengono trasmesse, così come i dati di altra natura eventualmente spediti via internet.

In definitiva, mentre nel caso delle intercettazioni di comunicazioni telefoniche è possibile intercettare un'utenza, corrispondente a un numero di telefono, qualunque sia l'apparecchio telefonico di cui essa si avvale (si pensi alla scheda SIM che può essere trasferita da un telefono mobile ad un altro), nel caso di Skype non è possibile intercettare tutte le conversazioni di un utente, che potrebbe accedere al suo *account* da qualsivoglia apparecchio collegato ad Internet. Per contro, è possibile intercettare tutte le comunicazioni che coinvolgano un determinato apparecchio informatico (*computer*, *smartphone*, *tablet*) su cui sia stato installato il programma spia: spiando un solo *computer*, si possono intercettare tutti coloro che lo usino per accedere al loro *account* Skype personale⁸.

LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLE INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI A MEZZO SKYPE E LE PRINCIPALI QUESTIONI IN TEMA DI INTERCETTAZIONI INFORMATICHE E TELEMATICHE

Da quanto precede, non vi è dubbio che quelle in oggetto siano da catalogare come «intercettazioni di

⁷ Mariotti – Tacconi, *op. cit.*, 2008, 561.

⁸ Il risultato probatorio è ammissibile, in quanto non è dissimile da quello che si otteneva intercettando utenze pubbliche (cabine telefoniche o telefoni a disposizione dei clienti negli esercizi commerciali), secondo una prassi legittimata dalla giurisprudenza della Cassazione.

comunicazioni informatiche o telematiche⁹, la cui disciplina è sostanzialmente identica a quella dettata per le intercettazioni di comunicazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazioni. Le uniche norme speciali sono contenute negli artt. 266-bis e 268, commi 3-bis, 6, 7, 8 c.p.p., ma esse non paiono sufficienti a garantire né le libertà individuali, né l'attendibilità delle prove raccolte con tale mezzo di ricerca della prova. Oltre a questi problemi specifici, di cui si dirà appresso, le intercettazioni a mezzo Skype pongono gli stessi dubbi ermeneutici che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato trattando in generale le intercettazioni informatiche o telematiche, e che pare necessario riepilogare per sommi capi.

Si riscontra anzitutto un contrasto su quali siano i casi in cui si può procedere ad intercettazioni informatiche o telematiche. Letteralmente l'art. 266-bis c.p.p. stabilisce che esse possono disporsi «nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche»; il dubbio è se i reati «commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche» siano solo i reati informatici introdotti nel codice penale dalla legge 23 dicembre 1993, n. 547¹⁰, o anche i reati comuni commessi occasionalmente mediante l'uso di apparecchi informatici e telematici¹¹.

Un secondo problema affrontato dalla giurisprudenza riguarda all'esatta individuazione dell'oggetto dell'intercettazione. È infatti possibile che una persona assegni uno stesso "nome utente" sia alla propria casella di posta elettronica, sia all'*account* di accesso a internet. È altrettanto configurabile, però, l'ipotesi che la persona interessata dalle indagini utilizzi solo l'*account* di posta elettronica, e che l'omonimo *account* di accesso ad internet sia utilizzato da terze persone estranee al procedimento, la cui riservatezza deve dunque essere assolutamente tutelata. Riteniamo che il giudice debba specificare in modo chiaro quale, tra gli *accounts* aventi uno stesso nome, debba essere intercettato¹². Il fatto che non

sia possibile intercettare utilmente un *account* Skype dovrebbe eliminare un simile problema dal campo oggetto di analisi, in cui si deve esigere la precisa individuazione dell'apparecchio informatico nel quale dovrà essere installato il programma spia¹³.

L'INTRUSIONE DEL PROGRAMMA SPIA E LA VIOLAZIONE DEL DOMICILIO INFORMATICO

Giurisprudenza e dottrina, in seguito all'approvazione della legge n. 547 del 1993¹⁴, hanno elaborato il concetto di «domicilio informatico», prendendo atto che «il *personal computer* non può essere più considerato un semplice strumento di elaborazione e conservazione di documenti in formato elettronico, ma rappresenta un indispensabile mezzo di catalogazione, applicazione e ricerca attraverso il quale l'individuo esprime le sue capacità professionali, culturali e più in generale, le sue facoltà intellettive»¹⁵; aggiungiamo noi che, a oltre 20 anni dalla citata riforma, il *personal computer* e gli altri strumenti informatici più facilmente trasportabili rappresentano anche un eccezionale mezzo di comunicazione¹⁶.

tutto corretta sotto il profilo informatico utilizzata nei decreti autorizzativi non inficia la validità degli stessi, una volta che emerga chiaramente, come nel caso in esame, quale sia il risultato che il decreto autorizzativo della prova vuole raggiungere ... L'intercettazione di flussi telematici riconducibili ad un determinato utente mediante la procedura di monitoraggio del percorso, disposta dal g.i.p., comporta la legittima captazione dei flussi informatici gestiti dal soggetto titolare di un determinato nome utente che contraddistingue sia l'*account* di posta elettronica che quello di connessione. Conseguentemente non è causa di invalidità o di inutilizzabilità dei provvedimenti autorizzativi l'improprio riferimento informatico al solo "account" di posta elettronica e non a quello di connessione, trattandosi di due aspetti della stessa realtà giuridica, indicativa della facoltà di accesso di un determinato utente alla trasmissione e alla ricezione dei flussi telematici». In senso conforme Cass., sez. II, 17 dicembre 2010, n. 16599, Cass. pen., 2012, 2204, non massimata sul punto.

¹³ Anche sotto questo profilo la giurisprudenza di legittimità non lascia ben sperare, laddove ha sostenuto che una volta disposta l'intercettazione ambientale nell'autovettura di un indagato, il cambio di auto da parte di quest'ultimo legittima la collocazione di nuove microspie nel nuovo mezzo senza previa autorizzazione del giudice. Cfr. Cass., sez. V, 6 ottobre 2011, n. 5956, CED Cass., 252137.

¹⁴ Legge a cui si deve l'aggiornamento della disciplina delle intercettazioni di comunicazioni dettata dal codice di procedura penale, mediante l'inserimento delle disposizioni dedicate alle intercettazioni di flussi telematici.

¹⁵ Cuomo, *La tutela penale del domicilio informatico*, Cass. pen., 2000, 2998; cfr. anche Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, ivi, 2000, 2994. In giurisprudenza: Cass., sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, ivi, 2000, 2990; Cass., V, 2 luglio 1998, n. 4389, ivi, 2000, 870.

¹⁶ Nel presente lavoro useremo la locuzione "domicilio informatico" per riferirci a qualsiasi apparecchio elettronico capace di elaborare un elevato numero di dati e informazioni codificati

⁹ De Flammineis, *Le intercettazioni telematiche*, Dir. pen. proc., 2013, 992. In generale, sulle intercettazioni informatiche e telematiche cfr. Filippi, sub art. 266-bis c.p.p., Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 2635; Porcino, sub art. 266-bis c.p.p., Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Torino, 2012, 1542.

¹⁰ Su tutti Filippi, *Le intercettazioni di comunicazioni*, Milano, 1997, 82.

¹¹ Aprile, *Intercettazione di comunicazioni*, Scalfati (a cura di), *Le prove*, Spangher (diretta da), *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Tomo I; Torino, 2009, 488 ss; Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 149.

¹² Cass., sez. I, 14 febbraio 2005, n. 12901, Arch. n. proc. pen., 2006, 452 si è invece collocata su posizioni diametralmente opposte, affermando che «la eventuale terminologia non del

Tutti questi apparecchi rientrano nel concetto di domicilio informatico, a cui si estende la tutela apprestata dall'art. 14 Cost., in quanto elementi ormai quasi insostituibili per la loro capacità di consentire agli individui il libero svolgimento della loro personalità, anche in forma riservata, in qualsiasi luogo¹⁷. Al domicilio informatico così inteso si attaglia perfettamente la concezione della libertà domiciliare elaborata dalla Corte costituzionale, che l'ha posta in stretto collegamento da un lato con la libertà personale e dall'altro con la libertà di comunicazione, ricavando dagli artt. 13, 14 e 15 Cost. un più ampio diritto alla riservatezza della persona¹⁸.

Quanto precede rileva perché, per poter intercettare le comunicazioni a mezzo *Skype*, il programma spia capace di captare e trasmettere in remoto i dati telematici deve essere intromesso nel domicilio informatico bersaglio, mediante operazioni di installazione condotte direttamente sull'apparecchio, oppure mediante invio del programma spia via internet, ad esempio come allegato ad una e-mail¹⁹. Poiché la libertà di cui all'art. 14 Cost. viene in considerazione ogni volta che, per accedere e prendere cognizione di ciò che accade all'interno del domicilio, sia necessario compiere «opportune manovre o avvalendosi di speciali strumenti»²⁰, è indubbio che l'attività di installare un programma spia all'interno di un sistema informatico e di lasciarvelo ad oltranza rappresenti una violazione del domicilio informatico²¹. Tale violazione non è inquadrabile in alcuno dei modi di limitazione della libertà domiciliare costituzionalmente ammessi: ispezioni, perquisizioni o sequestri, e pertanto dovrebbe ri-

per fornire un altro insieme di dati e informazioni in forma intellegibile dalle persone comuni In tal senso Aterno, *Op. cit.*, 2995.

¹⁷ In senso analogo De Flammineis, *Op. cit.*, 989.

¹⁸ C. cost., sent. 24 aprile 2002 n. 135, *Foro it.*, 2004, I, 390: «Nel sistema delle libertà fondamentali, difatti, la libertà domiciliare si presenta strettamente collegata alla libertà personale, come emerge dalla stessa contiguità dei precetti costituzionali che sanciscono l'una e l'altra (artt. 13 e 14 Cost.), nonché dalla circostanza che le garanzie previste nel secondo comma dell'art. 14 Cost., in rapporto alle limitazioni dell'inviolabilità del domicilio, riproducono espressamente quelle stabilite per la tutela della libertà personale. Il domicilio viene cioè in rilievo, nel panorama dei diritti fondamentali di libertà, come proiezione spaziale della persona, nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente: prospettiva che vale, per altro verso, ad accomunare la libertà in parola a quella di comunicazione (art. 15 Cost.), quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona».

¹⁹ Segnala l'invasività di questa tecnica Porcino, sub art. 268 c.p.p., Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Torino, 2012, 1574.

²⁰ C. cost., sent. 16 maggio 2008 n. 149, *Cass. pen.*, 2008, 4109.

²¹ Esula dalla presente trattazione la *querelle* se la tutela di cui all'art. 14 Cost. sia più ampia rispetto alla tutela del domicilio offerta dal codice penale. Nel nostro caso, infatti, vi è piena coincidenza tra i due momenti.

tenersi un'operazione vietata. Ciononostante, nel diritto vivente si considerano costituzionalmente conformi anche modi di compressione della libertà domiciliare non tipizzati dall'art. 14 Cost.²², mentre in dottrina si sono sostenute, con ragione, tesi opposte²³; a ben vedere, ammettere limitazioni delle libertà individuali diverse da quelle espressamente previste dalla Costituzione equivale ad assegnare al legislatore ordinario un potere i cui limiti non sono preventivamente definibili, minando i fondamenti dello Stato di diritto²⁴. Una siffatta violazione del domicilio informatico, dunque, seppur finalizzata all'intercettazione di comunicazioni, appare di per sé illegittima²⁵.

Ma vi è di più. Anche a voler sposare la tesi per cui la legge potrebbe prevedere casi e modi ulteriori (rispetto a quelli elencati nell'art. 14, comma 2, Cost.) di limitazione della libertà domiciliare, la disciplina codicistica delle intercettazioni informatiche e telematiche indica solo i *casi* ma non i *modi* in cui il domicilio informatico può essere limitato, dal che discende comunque il mancato rispetto della riserva di legge²⁶. Una simile lettura tuttavia si scontra con un orientamento giurisprudenziale, sorto sull'analogo fronte delle intercettazioni ambientali

²² C. cost. sent. 24 aprile 2002 n. 135, cit.; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1347, con nota di Conti, *Le video riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, nonché Arch. n. *proc. pen.*, 2007, 494, con nota di Pulito, *Più garanzie per le video riprese nel «quasi domicilio»*, e *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, con nota di Camon, *Le sezioni unite sulle videoregistrazioni come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*. Sulla problematica generale cfr. Scaparone, *Procedura penale*, Vol. I, 2013, 64 s. e nota 53.

²³ Su tutti cfr. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, 1992, 223; tra i processualisti v. Scella, *Dubbi di legittimità costituzionale e questioni applicative in tema di intercettazioni ambientali compiute in luogo di privata dimora*, *Cass. pen.*, 1995, 992; Porcino, sub art. 268 c.p.p., cit., 1572.

²⁴ Non convince la motivazione di C. cost. sent. 24 aprile 2002 n. 135, cit., ove si legge che il novero ristretto di atti limitativi indicati dall'art. 14 Cost. «ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi». Una simile interpretazione abroga di fatto l'art. 14, comma 1, Cost., rendendo sempre violabile il domicilio previo soddisfacimento della doppia riserva di legge e di giurisdizione.

²⁵ Lo stesso ragionamento, portato alle sue estreme conclusioni, conduce ad affermare che anche le intercettazioni domiciliari tra presenti non hanno una copertura costituzionale sufficiente nell'art. 15 Cost., mancando un adeguato richiamo a tale tipo di attività nell'art. 14 Cost.

²⁶ Scaparone, *Procedura penale*, Vol. I, 2013, 67, rimarca che la riserva di legge di cui all'art. 14 Cost. è assoluta e quindi implica che «le disposizioni di legge, che esse esigono, siano determinate, cioè non attribuiscono poteri discrezionali troppo ampi agli organi incaricati della loro applicazione, e (...) non applicabili per analogia».

nei luoghi di privata dimora, che reputa irrilevanti le violazioni del domicilio finalizzate al collocamento di apparecchi strumentali all'intercettazione di dialoghi tra presenti, essendo queste ultime finalizzate al soddisfacimento dell'interesse pubblico sottostante all'art. 112 Cost.²⁷. Simili argomenti non possono essere condivisi perché presuppongono che il giudice abbia la facoltà di operare un bilanciamento tra valori costituzionali in una materia in cui vige il principio di stretta legalità.

Ci pare altresì che così ragionando si riduca troppo l'ambito di tutela tracciato dall'art. 14 Cost. e ci si scontri con i principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza 9 luglio 1996 n. 238, la quale, affrontando il problema dei prelievi ematici coattivi, ha affermato che le finalità di acquisizione probatoria, per quanto importanti, non possono legittimare l'omessa specificazione dei casi e dei modi in cui le libertà individuali possono essere limitate. Tanto meno si possono regolare con una disciplina generica ed indistinta provvedimenti incidenti e non incidenti sulle libertà fondamentali della persona²⁸.

²⁷ *Ex plurimis* Cass., sez. IV, 28 settembre 2005, n. 47331, *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 125. Per ulteriori riferimenti cfr. Filippi, *sub art. 266 c.p.p.*, Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 2585.

²⁸ C. cost. 9 luglio 1996 n. 238, *www.cortecostituzionale.it.*, che testualmente recita: «le ragioni relative alla giustizia penale, consistenti nell'esigenza di acquisizione della prova del reato, pur costituendo un valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità, rappresentano in realtà soltanto la finalità della misura restrittiva e non anche l'indicazione dei "casi" voluta dalla garanzia costituzionale. Così come la considerazione che il prelievo ematico coattivo non possa essere disposto quando lede la dignità della persona o metta in pericolo la vita o l'integrità fisica della stessa costituisce null'altro che il riflesso dei limiti negativi dedotti dall'inquadramento della misura specifica nel contesto generale dell'ordinamento, ma non realizza la indicazione al positivo dei "modi", come prescritto dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione. 3.5. - Più in generale, con riferimento anche ad ogni altro provvedimento coercitivo atipico che possa astrattamente ricondursi alla nozione di "provvedimenti ... necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali", la disposizione censurata - nella quale manca addirittura la previsione specifica delle misure che possono essere adottate dall'autorità giudiziaria per l'esecuzione delle operazioni peritali facendosi riferimento, con una unica ed indifferenziata locuzione, ad una serie indeterminata di provvedimenti, senza distinguere tra quelli incidenti e quelli non incidenti sulla libertà personale e cumulando in una disciplina indistinta gli uni e gli altri - presenta assoluta genericità di formulazione e totale carenza di ogni specificazione al positivo dei casi e dei modi in presenza dei quali soltanto può ritenersi che sia legittimo procedere alla esecuzione coattiva di accertamenti peritali mediante l'adozione, a discrezione del giudice, di misure restrittive della libertà personale. E manca anche, come già si è rilevato, la stessa precisazione della tipologia delle misure restrittive adottabili, il che accentua - evidenziandone il contrasto con il parametro evocato l'assoluta mancanza di indicazioni al positivo circa i "casi" e i "modi"».

Del tutto in linea con questa impostazione è un passo della sentenza con cui le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale in ordine all'utilizzabilità delle videoriprese, nel quale si legge: «Certo è che se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio *che la legge processuale non prevede* (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio»²⁹.

Se queste sono le premesse, l'art. 266-bis c.p.p. può ritenersi idoneo a garantire le libertà costituzionali solo nella misura in cui i flussi di dati informatici o telematici vengano intercettati direttamente sulla rete internet deviandoli verso il punto di ascolto. Quando invece l'intercettazione implica la violazione del domicilio informatico con modalità e strumenti altamente lesivi del diritto alla riservatezza della persona, l'art. 266-bis c.p.p. si rivela insufficiente a garantire la libertà domiciliare sotto il duplice profilo della riserva di legge e di giurisdizione; infatti la scarsa determinatezza della fattispecie astratta incide inevitabilmente sulla qualità dei provvedimenti autorizzativi, che saranno carenti nella misura in cui il giudice non dispone di un parametro normativo di riferimento.

LA CAPTAZIONE, LA REGISTRAZIONE E LA CONSERVAZIONE DEI DATI

La legge 18 marzo 2008 n. 48 ha adeguato la normativa processuale in materia di ispezioni, perquisizioni e sequestri operati su sistemi informatici e telematici, ma non ha adeguato la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni informatiche e telematiche, rimasta ferma alla riforma operata con la legge n. 547 del 1993. Con la legge n. 48 del 2008 il legislatore ha previsto, in relazione ai mezzi di ricerca del documento informatico, una serie di «garanzie fondamentali, che dovrebbero essere attuate in ognuno dei mezzi di ricerca»³⁰, al fine di assicurare la conservazione del dato informatico e scongiurare l'alterazione. Tali garanzie sono: il dovere di conservare inalterato il dato informatico originale nella sua genuinità; il dovere di impedire l'alterazione successiva del dato originale; il dovere di formare una copia che assicuri la conformità del dato informatico acquisito rispetto a quello originale; il dovere di assicurare la non modificabilità della copia

²⁹ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit.

³⁰ Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 370 s.

del documento informatico; l'installazione di sigilli informatici sui documenti acquisiti³¹.

Al contrario, gli artt. 268, 269 c.p.p. e 89 disp. att. c.p.p. non prescrivono alcuna cautela particolare nel caso di intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, che sono trattate alla stregua delle tradizionali intercettazioni telefoniche o ambientali, se non addirittura meno attentamente.

Passando in rassegna le tre fasi principali in cui si articola l'attività di ricerca della prova, si deve analizzare in primo luogo il momento della captazione, che come abbiamo detto avviene grazie all'opera di un programma-spia. Trattasi di uno strumento connotato da estremo tecnicismo, il cui funzionamento deve poter formare oggetto di contraddittorio tra le parti. Essendo dubbia l'applicabilità dell'art. 189 c.p.p. (non di prova atipica si tratta, ma di intercettazione altamente tecnologica), riteniamo che il momento in cui questo contraddittorio può svilupparsi sia quello della perizia trascrittiva disciplinata dall'art. 269, comma 7, c.p.p.

La registrazione delle conversazioni è stringatamente regolata dall'art. 268, comma 3-bis, c.p.p., il quale prevede che «quando si procede ad intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, il pubblico ministero può disporre che le operazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati». Il ricorso agli impianti non installati presso la procura della Repubblica quindi diventa la regola e non l'eccezione (come nel caso di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p.). Ciò stride con l'impostazione originaria del codice, nel quale il legislatore aveva voluto preservare la segretezza delle comunicazioni da invasioni incontrollate ed arbitrarie³², e pare sollevare il pubblico ministero dagli oneri di motivazione previsti dall'art. 268, comma 3, c.p.p.³³. Poiché il dato informatico può essere modificato più rapidamente e agevolmente della tradizionale registrazione audio su nastro, appare irragionevole che proprio nei casi di intercettazione di flussi informatici o telematici il controllo dell'autorità giudiziaria sulle operazioni sia meno intenso per la delegazione delle operazioni a privati. Opportunamente la Corte di cassazione ha chiarito che la norma, dettata da ragioni pratiche e di economia, riserva in ogni caso l'accesso ai dati captati e la loro lettura al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria autorizzata e mai

all'ausiliare privato³⁴. Ogni violazione di questa regola, oltre a far scattare la responsabilità personale del singolo autore, deve sollevare il dubbio sulla genuinità della prova portata a processo, ed imporre una verifica attenta sulla qualità dei dati informatici da trascrivere.

Del tutto insufficienti appaiono anche le disposizioni speciali contenute nei commi 6, 7 e 8 dell'art. 268 c.p.p. che si limitano, rispettivamente, a porre il diritto dei difensori «di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche», ad assegnare al giudice il potere di disporre «la stampa in forma intelligibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire», a riconoscere la facoltà dei difensori di «richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7».

La terminologia utilizzata dal legislatore è errata, perché confonde i flussi con i dati: «il flusso è uno scambio di dati numerici (*bit*) e oggetto dell'intercettazione sono questi dati che si trasmettono tramite la connessione tra *computer*»³⁵. Va da sé che *a posteriori* non si possa prendere cognizione dei flussi intercettati, ma solo dei dati registrati. Analogamente, possono essere «copiati» su idoneo supporto i dati intercettati e non anche i flussi. L'equivoco linguistico appena segnalato manifesta in tutta la sua gravità la mancanza di una disciplina rigorosa mirante a salvaguardare la genuinità dei dati e a garantire l'autenticità della prova portata a processo, che emerge palese anche nel mancato adeguamento dell'art. 89 disp. att. c.p.p. alle intercettazioni telematiche e informatiche³⁶.

Ci si trova di fronte ad una lacuna normativa da colmare necessariamente per via analogica, pena il possibile giudizio di inattendibilità delle intercettazioni informatiche o telematiche nei casi in cui l'accusa non sia in grado di certificare il rispetto della c.d. catena di custodia, ovvero di quella serie di adempimenti tecnici tesi a certificare la corri-

³¹ *Ibidem*.

³² Filippi, sub art. 268 c.p.p., Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 2691 s., che analizza la genesi dell'art. 268, comma 3, c.p.p. e offre una compiuta rassegna delle pronunce della Corte costituzionale sul punto.

³³ In senso contrario Porcino, sub art. 268 c.p.p., cit., 1573.

³⁴ Cass., sez. II, 17 dicembre 2010, n. 16599, cit.

³⁵ De Flammineis, *op. cit.*, 991, il quale prosegue: «si prescinde dal contenuto dei dati, che può essere nella forma del dialogo tra soggetti, quindi una conversazione, ovvero anche nella forma del monologo, cioè di messaggi senza richiesta di risposta, di un video senza audio, cioè contenuti non strettamente comunicativi».

³⁶ Sul punto si è pronunciata Cass., sez. II, 17 dicembre 2010, n. 16599, cit., nella cui motivazione si legge che «la disciplina di cui al comma 2 del citato art. 89 deve essere letta alla luce delle nuove tecnologie informatiche e telematiche, che la rendono inapplicabile se non nella parte in cui prevede la necessità di una verbalizzazione delle operazioni, attività di verbalizzazione che, peraltro, rimane fuori dal termine "operazioni" utilizzato nell'art. 268 c.p.p.».

spondenza tra il dato originale ed il dato prodotto al processo, come imposto ad esempio dall'art. 259, comma 2, c.p.p. per i dati informatici oggetto di sequestro probatorio³⁷.

IL PROBLEMA DELLE VIDEO-CHIAMATE INTERCETTATE NEL DOMICILIO

Come si è già detto, i programmi spia a disposizione degli inquirenti consentono di acquisire non solo i dati audio delle conversazioni via *Skype*, ma anche le immagini dei conversanti se questi hanno imbastito una video-chiamata sfruttando le *webcams* dei rispettivi apparecchi. Un problema che potrebbe porsi è il seguente: se l'intercettato sta effettuando una video-chiamata all'interno della propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, è prevedibile che la videocamera in uso riprenda, oltre al suo volto, anche ciò che accade alle sue spalle. Il dubbio è che tali riprese, quand'anche abbiano ad oggetto eventi penalmente rilevanti, non possano rappresentare una valida fonte di prova. Ci pare che anche in questa ipotesi debba trovare applicazione la regola di diritto posta dalle sezioni unite della Corte di cassazione, che ha distinto tra video-riprese di comportamenti comunicativi e di comportamenti non comunicativi, affermando che alle prime si applica il normale regime delle intercettazioni domiciliari mentre le seconde sarebbero vietate in ragione della mancanza di una espressa previsione normativa³⁸.

³⁷ Anche su tale aspetto merita attenzione Cass., sez. II, 17 dicembre 2010, n. 16599, cit., nella quale si afferma che: a) nessuna regola tecnica dotata di sanzione processuale è stata dettata dal legislatore per garantire un particolare livello di protezione dei dati informatici intercettati; b) i dati informatici, immessi in un server di registrazione devono essere duplicati, con verbalizzazione delle relative operazioni, in supporti trasportabili per consentirne il deposito e la lettura (in genere CD o DVD); c) è irrilevante la data in cui tali duplicati vengono effettuati, a meno che non si intenda denunciare un fatto di rilevanza penale di manipolazione del dato originario. Quest'ultima affermazione rischia di invertire l'onere della prova, scaricando sulla parte interessata il compito di dimostrare la non genuinità della prova, mentre dovrebbe essere sempre l'accusa a provare la corretta esecuzione delle operazioni di registrazione e copia dei dati intercettati.

³⁸ Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit. Per altro verso, anche se nell'ipotesi in considerazione si può parlare di video-riprese casuali o accidentali, non può trovare spazio l'orientamento giurisprudenziale per il quale sarebbero legittime le intercettazioni ambientali, anche domiciliari, accidentali, cioè quelle captate in assenza di apposito decreto autorizzativo perché il microfono del telefono intercettato viene inavvertitamente lasciato aperto mentre l'utente parla con persone presenti. Le video-riprese, infatti, non sono annoverabili nel genere delle intercettazioni.

I LIMITI TECNICI PER LE INDAGINI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'ACQUISIZIONE DEI DATI ESTERNI ALLE COMUNICAZIONI

Deve infine essere segnalato che allo stato attuale della tecnica i risultati investigativi, cui si può ambire quando i soggetti interessati dall'indagine comunicano via *Skype*, sono complessivamente inferiori rispetto a quelli che si ottengono quando le comunicazioni avvengono per via telefonica. La questione principale riguarda i dati esterni alle comunicazioni che dovrebbero essere conservati dai fornitori dei servizi di comunicazione e normalmente riassunti nei c.d. tabulati. L'art. 3 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109 elenca i dati che devono essere conservati dagli operatori di telefonia e di comunicazione elettronica³⁹, mentre l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, stabilisce che ai fini dell'accertamento e della repressione di reati, «i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione».

Abbiamo già accennato alle chiamate *SkypeOut*, cioè correnti tra un utente internet ed un utente di telefonia fissa o mobile. Se ad essere intercettato è questo secondo utente, può risultare impossibile risalire l'indirizzo IP dell'interlocutore che usa *Skype*, e quindi non lo si potrà né localizzare, né identificare con certezza.

Quando invece ad essere intercettato è il soggetto che utilizza *Skype*, nonostante alcuni dubbi sollevati al proposito⁴⁰, riteniamo che il fornitore del servizio di accesso alla rete internet con il quale l'utente intercettato ha stipulato il relativo contratto debba conservare i dati relativi alla navigazione del medesimo soggetto. Tuttavia anche tale fornitore potrebbe non essere in grado di individuare, nel caso di chiamate via *Skype*, l'indirizzo IP o gli altri identificativi dell'interlocutore non intercettato, a causa del

³⁹ Si tratta di: i dati necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione, i dati necessari per rintracciare e identificare la destinazione di una comunicazione, i dati necessari per determinare la data, l'ora e la durata di una comunicazione, i dati necessari per determinare il tipo di comunicazione, i dati necessari per determinare le attrezzature di comunicazione degli utenti o quello che si presume essere le loro attrezzature, i dati necessari per determinare l'ubicazione delle apparecchiature di comunicazione mobile.

⁴⁰ Mariotti - Tacconi, *op. cit.*, 562, segnalano che le modalità attraverso cui *Skype* sfrutta la rete internet rende difficile risalire al percorso effettuato dal flusso dei dati, tanto che risulterebbe dubbio capire chi possa ritenersi il soggetto obbligato alla conservazione dei dati, in quanto il fornitore del servizio non corrisponde al gestore della rete: tutti gli utenti cooperano all'esercizio del sistema, con conseguente «difficoltà di identificazione dei soggetti ai quali è possibile attribuire la qualità di operatore di servizi di comunicazione accessibili al pubblico».

TROGU / LE INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI A MEZZO SKYPE

particolare modo con cui *Skype* usa internet. Ciò può privare gli investigatori di elementi essenziali per la prosecuzione delle indagini.

BREVI RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In conclusione, l'attuale stato di cose in tema di intercettazioni a mezzo *Skype* pare non soddisfi nessuno. Da un lato, le garanzie previste non sono proporzionate al grado di incisività con cui la normativa limita le libertà fondamentali dell'individuo

interessate, mentre dall'altro lato le tecniche adottate nella prassi non soddisfano appieno le esigenze investigative.

Pare necessario un intervento politico che ponga rimedio ad entrambi i problemi, sul primo versante adeguando la legge applicabile, sul secondo imponendo al proprietario del programma *Skype* (che attualmente è la Microsoft, società di diritto statunitense) maggiore collaborazione al fine di agevolare l'identificazione degli utenti e il tracciamento delle loro conversazioni.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Manfredi Bontempelli

Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice / *Procedural Guarantees and EU System, between Law and Judge*..... 80

Lucio Camaldo

Novità sovranazionali / *Supranational News* 14

Laura Capraro

Corte costituzionale..... 25

Marilena Colamussi

Le conclusioni della parte civile: dove, come, quando / *The Conclusions of the Civil Party* 38

Antonio Corbo

Sezioni Unite 30

Ada Famiglietti

Novità legislative interne / *National legislative news* 9

Fabio Fiorentin

Estradizione negata per violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute: a rischio anche l'Italia? / *Extradition Denial in Case Of Prisoner's Fundamental Rights Violation: What Risks Italy?* 68

Irene Guerini

La perquisizione sul posto: ambito di operatività e profili problematici / *Perquisition in Place: Application Requirements and Problematic Aspects* 56

Mariangela Montagna

La perizia come prova neutra / *The Expertise as "Neutral" Evidence* 95

Antonino Pulvirenti

Un caso di mancato contraddittorio in tema di accertamenti tecnici irripetibili per l'analisi del DNA: nullità o inutilizzabilità? / *A case of non-contradictory in terms of technical assessments unique to the analysis of DNA: invalidity or inoperability?* 45

Tommaso Rafaraci

Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE / *Fundamental Rights, Fair Trial and Primacy of Eu Law* 1

Francesco Trapella

Corti europee / *European courts*..... 21

Nicola Triggiani

De jure condendo..... 18

Mauro Trogu

Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype / *Interception of electronic communications by Skype* 102

Giulio Ubertis

Singularità di oggetto del processo penale e prescrizione *à la carte* / *Singularity of Subject in the Criminal Proceedings and Statute of Limitation à la carte* 77

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 13 febbraio 2014, n. 24..... 27
 sentenza 10 marzo 2014, n. 45..... 26
 sentenza 13 marzo 2014, n. 47..... 25

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali

sentenza 30 gennaio 2014, n. 4319..... 32
 sentenza 6 febbraio 2014, n. 5838..... 33
 sentenza 27 febbraio 2014, n. 9605..... 30
 sentenza 5 marzo 2014, n. 10561..... 31

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione V, sentenza 9 ottobre 2013, n. 45959..... 44
 Sezione VI, 15 ottobre 2013, n. 1490..... 66
 Sezione VI, sentenza 7 novembre 2013, n. 44906..... 37
 Sezione III, sentenza 19 novembre 2013, n. 46233..... 53

Corte europea dei diritti dell'uomo

4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*..... 21
 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*..... 22
 1° aprile 2014, *Kose c. Turchia*..... 23
 1° aprile 2014, *Enache c. Romania*..... 24

Atti sovranazionali

Relazione Commissione europea 5 febbraio 2014 sullo stato di attuazione di un pacchetto di normative coerenti e complementari “diretto ad affrontare la questione della detenzione dei cittadini dell’Unione in altri Stati membri” e potenzialmente in grado di “condurre a una riduzione della durata della custodia cautelare o agevolare la riabilitazione sociale dei detenuti in un contesto transfrontaliero” 14

Norme interne

Decreto legge 10 dicembre 2013, n. 136 – Legge 6 febbraio 2014, n. 6..... 9
 Decreto legge 26 dicembre 2013, n. 146 – Legge 21 febbraio 2014, n. 10..... 10
 Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24 «attuazione della direttiva 2001/36/UE che sostituisce la decisione quadro 2002/629 GAI» 11
 Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32 «attuazione della direttiva 2010/64/UE» 12
 Decreto legge 31 marzo 2014, n. 52..... 13

De jure condendo

Disegno di legge S. 1344 «Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all’articolo 416-ter del codice penale» 18
 Disegno di legge S. 1039 «Disposizioni in materia di tutela del diritto all’oblio dei soggetti sottoposti a procedimento penale» 18
 Disegno di legge S. 381 «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni in materia di relazioni affettive e familiari dei detenuti» 20

MATERIE/TOPICS

Applicazione della pena su richiesta delle parti

- Richiesta di patteggiamento riformulata ed immanenza della parte civile (Cass., sez. VI, 7 novembre 2013, n. 44906), con nota di Marilena Colamussi..... 37

Atti

- interpretazione e traduzione
- Interpretazione e traduzione degli atti nei procedimenti penali (D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 «attuazione della direttiva 2010/64/UE»)..... 12
- invalidità (abnormità)
- Ordine di imputazione coatta e abnormità (Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 4319) 32

Competenza

- conflitti
- Il conflitto di competenza è configurabile solo tra organi giurisdizionali e di esso non può essere parte il pubblico ministero (Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 9605)..... 30

Dibattimento

- Prova decisiva e diritto al controesame (Corte e.d.u., 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*)..... 22

Dichiarazioni spontanee

- L'equiparazione delle dichiarazioni spontanee all'interrogatorio (Cass., sez. un., 6 febbraio 2014, n. 5838) 33

Difesa e difensori

- Indagini genetiche e violazione del diritto di difesa (Cass., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959), con nota di Antonino Pulvirenti..... 44

Diritti fondamentali (tutela dei)

- Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE / *Fundamental Rights, Fair Trial and Primacy of Eu Law*, di Tommaso Rafaraci..... 1
- Estradizione passiva e tutela dei diritti fondamentali (Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 1490), con nota di Fabio Fiorentin 68
- Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice / *Procedural Guarantees and EU System, between Law and Judge* di Massimo Bontempelli 80
- Procedimento penale e diritto all'oblio (D.d.l. S. 1039 «Disposizioni in materia di tutela del diritto all'oblio dei soggetti sottoposti a procedimento penale») 18
- Tratta di esseri umani e protezione delle vittime (D. lgs. 4 marzo 2014, n. 24 «attuazione della direttiva 2001/36/UE che sostituisce la decisione quadro 2002/629 GAI») 11

Estradizione

- Estradizione passiva e tutela dei diritti fondamentali (Cass., sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 1490), con nota di Fabio Fiorentin 68

Giudice di pace

- Condanna a pena pecuniaria per reati di competenza del giudice di pace e sospensione condizionale della pena (C. cost., sent. 13 marzo 2014, n. 47)..... 25

Indagini preliminari

- completezza
- Completezza delle indagini (Corte e.d.u. 1° aprile 2014, *Kose c. Turchia*)..... 23
- interrogatorio
- L'equiparazione delle dichiarazioni spontanee all'interrogatorio (Cass., sez. un., 6 febbraio 2014, n. 5838) 33

Mezzi di prova

– perizia

- La perizia come prova neutra / *The Expertise as “Neutral” Evidence*, di Mariangela Montagna..... 95

Mezzi di ricerca della prova

– intercettazioni di comunicazioni

- Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype / *Interception of electronic communications by Skype*, di Mauro Trogu 102

– perquisizioni

- «Operazioni di polizia» e perquisizioni sul posto (*Cass., sez. III, 19 novembre 2013, n. 45959*), con nota di Irene Guerini..... 53

Misure cautelari personali

- Tossicodipendente e alcoodipendente imputati del delitto di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti e applicazione di misure cautelari (*C. cost., sent. 10 marzo 2014, n. 45*)..... 26

Misure cautelari reali

– sequestro preventivo

- I limiti di ammissibilità del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica per reati tributari (*Cass., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561*) 31

Misure di sicurezza

- Superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (*D.l. 31 marzo 2014, n. 52*)..... 13

Misure di sicurezza (patrimoniali)

- Terra dei fuochi (*D. l. 10 dicembre 2013, n. 136 – L. 6 febbraio 2014, n. 6*)..... 9

Ne bis in idem

- Divieto di doppia sanzione (*Corte e.d.u. 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia*)..... 21

Ordinamento penitenziario

- Divieto di concedere benefici ai condannati per scambio elettorale politico-mafioso (*D.d.l. S. 1344 «Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale»*) 18
- Motivi e modalità per superare il deludente stato di attuazione delle decisioni quadro in materia di detenzione (*Relazione Commissione europea 5 febbraio 2014*) 14
- Relazioni affettive e familiari dei detenuti (*D.d.l. S. 381 «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni in materia di relazioni affettive e familiari dei detenuti»*)..... 20
- Sovraffollamento carcerario (*Corte e.d.u. 1° aprile 2014, Enache c. Romania*) 24
- Svuotacarceri (*D.l. 26 dicembre 2013, n. 146 – L. 21 febbraio 2014, n. 10*)..... 10

Parte civile

- Richiesta di patteggiamento riformulata ed immanenza della parte civile (*Cass., sez. VI, 7 novembre 2013, n. 44906*), con nota di Marilena Colamussi..... 37

Persona offesa

- Tratta di esseri umani e protezione delle vittime (*D. lgs. 4 marzo 2014, n. 24 «attuazione della direttiva 2001/36/UE che sostituisce la decisione quadro 2002/629 GAI»*) 11

Processo penale

- Singularità di oggetto del processo penale e prescrizione à la carte / *Singularity of Subject in the Criminal Proceedings and Statute of Limitation à la carte*, di Giulio Ubertis..... 77

Prova

- Prova decisiva e diritto al controesame (*Corte e.d.u., 27 marzo 2014, Matytsina c. Russia*)..... 22

INDICI / INDEX

Pubblico ministero

- Terra dei fuochi (*D. l. 10 dicembre 2013, n. 136 – L. 6 febbraio 2014, n. 6*)..... 9

Responsabilità degli enti

- I limiti di ammissibilità del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica per reati tributari (*Cass., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561*) 31

Segreto di Stato

- L'oggetto del segreto di Stato (*C. cost., sent. 13 febbraio 2014, n. 24*)..... 27