

# SOMMARIO / CONTENTS

## Editoriale / Editorial

Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese ( <i>Paolo Tonini</i> ) <i>The right to scientific evidence, ten years after the Franzese sentence</i> _____	1
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

## Scenari / Overviews

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> ( <i>Nicola Russo</i> ) _____	17
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> ( <i>Elena Zanetti</i> ) _____	20
<i>De jure condendo</i> ( <i>Gioia Sambuco</i> ) _____	24
Corti europee / <i>European Courts</i> ( <i>Antonio Balsamo</i> ) _____	28
Corte costituzionale ( <i>Alessia Ester Ricci</i> ) _____	34
Sezioni Unite ( <i>Alessandro Diddi</i> ) _____	39

## Avanguardie in Giurisprudenza / *Cutting Edge Case Law*

<b>Nessun automatismo per il c.d. «incidente probatorio difensivo»</b> Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 17 gennaio 2012, n. 1399 – Pres. Mannino; Rel. Ramacci _____	45
Diritto di difendersi provando. Retorica del desiderabile ( <i>Luciano Calò</i> ) <i>The lawyer's rights in taking evidence. Unsatisfactory standards</i> _____	48

<b>Per l'applicazione della recidiva non conta la condanna per un reato dichiarato estinto a conclusione dell'affidamento in prova</b> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 15 febbraio 2012, n. 5859 – Pres. Lupo; Rel. Conti _____	58
L'affidamento in prova, la recidiva e le tessere mancanti nel mosaico delle Sezioni Unite ( <i>Stefano Ciampi</i> ) <i>Probation, Recidivism and the Missing Piece from Supreme Court's Mosaic</i> _____	63

<b>Mutamento interpretativo disposto dalle Sezioni Unite e revoca della sentenza di condanna in esecuzione</b> Tribunale di Torino – Giudice dell'esecuzione – Ordinanza 30 gennaio 2012, – Est. Recchione _____	75
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

L'overruling della Corte di Cassazione in seduta plenaria: assenza di limiti al "diritto vivente" nel procedimento di esecuzione? (Andrea Conz) <i>The overruling power of the Supreme Court in plenary sessions: the considerable lack of limits to the application of "living law" in execution procedures</i> _____	83
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

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

Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo (Elena Maria Catalano) <i>Abuse of Process: A Misunderstood Concept</i> _____	91
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## Analisi e prospettive / *Analysis and Prospects*

L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo (Sonia Campailla) <i>The application of the principle of conform interpretation in relation with E.U. Law, the European Convention of Human Rights and the role of the Court of Strasbourg</i> _____	99
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## Indici / Index

Autori / <i>Authors</i> _____	109
Provvedimenti / <i>Measures</i> _____	110
Materie / <i>Topics</i> _____	110

PAOLO TONINI

*Professore ordinario di Procedura penale, Università di Firenze; già Componente il Comitato scientifico del CSM*

## Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese

### *The right to scientific evidence, ten years after the Franzese sentence*

---

La carica innovativa della sentenza delle Sezioni Unite Franzese del 2002 è stata capace di incidere sull'impostazione sistematica del codice di procedura penale: il suo merito è stato quello di aver fatto comprendere che la prova scientifica non è immune dalle regole comuni sulla prova. Un evento può essere la conseguenza di altre cause oltre a quelle ipotizzate; occorre escludere almeno la operatività di quelle che sono attualmente conoscibili. L'esistenza di una prova scientifica non esenta il pubblico ministero dal dimostrare che la ricostruzione alternativa non è accettabile; anzi, egli ha l'onere di dimostrare al di là di ogni ragionevole dubbio l'infondatezza della ricostruzione alternativa rispetto all'ipotesi accusatoria. L'Autore ritiene che la nuova impostazione sistematica abbia messo in crisi la tradizionale tesi giurisprudenziale secondo cui la perizia sarebbe una "prova neutra" ed afferma che, rispetto a quest'ultima, le parti hanno un diritto alla prova costituzionalmente garantito.

*The innovative content of the Franzese sentence (Supreme Court, 2002) has influenced the systematic framework of the Criminal Procedure Code: its merit has been to show that scientific evidence is not exempt from common evidence rules. An event may be the result of causes other than those foreseen; we must exclude at least those that nowadays can be identified. The fact that a scientific evidence of guiltiness exists doesn't exempt the public prosecutor to prove that an alternative hypothesis is not acceptable. Moreover, he is obliged to prove, beyond any reasonable doubt, that the hypothesis, alternative to the accusatory assumption, is unfounded. The Author thinks that the new systematic approach has undermined the traditional jurisprudential thesis according to which judicial expertise is a "neutral evidence". Moreover, he states that parties have a constitutionally granted right to judicial expertise.*

---

#### **Nozione di scienza e interpretazione delle norme**

La problematicità della prova scientifica è riconducibile alla constatazione che oggi, all'in-

terno del codice di procedura penale sono presenti, contemporaneamente, due tipi di norme differenti. Da un lato, sopravvivono alcune disposizioni che giungono direttamente

dal precedente codice del 1930 e che, quindi, sono state scritte quando il positivismo scientifico ottocentesco era accolto in modo pacifico. Esempi eloquenti si rinvencono proprio all'interno della disciplina della perizia.

Da un altro lato, vi sono norme – introdotte *ex novo* con il codice del 1988 e con leggi successive – che si ricollegano al nuovo concetto di scienza ed al principio del contraddittorio; ad esempio, la consulenza tecnica fuori della perizia (art. 233), l'accertamento tecnico ripetibile (art. 359) e quello non ripetibile (art. 360). Il problema sta nel fatto che una parte della giurisprudenza, anche di legittimità, continua ad interpretare *tutte* le disposizioni sulla prova scientifica secondo il vecchio sistema del 1930.

Viceversa, siamo convinti che il mutamento del concetto di scienza deve influire necessariamente sull'interpretazione delle norme vigenti. Non si può accettare, cioè, che la giurisprudenza mantenga quelle chiavi di lettura che erano in uso sotto il precedente codice del 1930 e che oggi sono irrimediabilmente obsolete.

Quando in Italia si accoglieva l'idea ottocentesca secondo cui la scienza era illimitata, completa, infallibile (e, quindi, unica) era sufficiente che il giudice (il vecchio giudice istruttore) nominasse un perito. Perfettamente allineato a tale impostazione, il codice del 1930 imponeva al perito l'obbligo di verità e gli faceva compiere la perizia in segreto. Il perito individuava in segreto la legge scientifica, unica ed infallibile, la applicava al caso concreto e poi forniva una valutazione al giudice. A tale valutazione il giudice poteva aderire, allora, anche senza motivare: così affermava la vecchia giurisprudenza.

Ma v'è di più. Il nostro pubblico ministero, sotto il codice previgente, non poteva nominare un proprio consulente tecnico perché la scienza era unica: era sufficiente il perito nominato dal giudice, che doveva bastare anche al pubblico ministero. Non si riteneva necessario un ulteriore esperto della pubblica accusa; soltanto le parti private potevano nominare consulenti tecnici. Questi ultimi, peraltro,

potevano soltanto argomentare, e cioè redigere memorie. Gli esperti di parte non erano considerati fonti di prova, e cioè non erano sottoposti ad esame, come invece avviene attualmente. Inoltre, i consulenti tecnici non avevano il potere di investigazione difensiva, come avviene oggi. Rispetto a tutto questo, il codice 1988 ha provocato un terremoto al quale abbiamo accennato all'inizio.

### Il nuovo concetto di scienza

Come è noto, il vecchio concetto di scienza è stato superato. Si è potuto constatare, in sintesi, che la scienza è limitata, incompleta e fallibile. È limitata nel senso che, di un fenomeno<sup>1</sup>, è possibile cogliere un numero circoscritto di aspetti; e per rappresentare tutti gli aspetti di un fenomeno può non essere sufficiente una sola legge scientifica.

Oggi sappiamo che la scienza non è completa, perché non appena altri aspetti del medesimo fenomeno sono conosciuti, la legge scientifica deve essere ampliata o modificata per considerare anche tali profili. Nella nostra materia, il riferimento va al vecchio guanto di paraffina, che è rimasto soltanto nei romanzi gialli, quelli più datati, perché è stato superato dal tampone da esaminare col microscopio elettronico a scansione e microanalisi a fluorescenza (SEM – EDX)<sup>2</sup>.

Nel medesimo ordine di idee, ricordiamo l'affermazione di un noto filosofo della scienza: questa è fallibile, perché ogni metodo scientifico ha una percentuale di errore<sup>3</sup>. Anzi,

<sup>1</sup> Viene utilizzato il significato del termine greco *faitomenon*: "ciò che appare".

<sup>2</sup> Baccari, *La rilevanza dei residui dello sparo: dal "guanto di paraffina" allo STUB*, Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 301.

<sup>3</sup> Si allude ovviamente a Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, trad. it., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, 308; Id., *Conjectures and Refutations: The growth of Scientific Knowledge*, New York, 1962, trad. it. *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, 325.

paradossalmente, è proprio la conoscenza della percentuale di errore a confermare che la teoria è stata controllata in modo serio. Come si legge nella sentenza Daubert, pronunciata dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel 1993, la precisa individuazione del tasso di errore costituisce uno degli indici della scientificità del metodo<sup>4</sup>.

Il filosofo sopra citato afferma che non basta che una legge sia confermata dall'esperienza mediante il ripetersi costante delle sue verifiche. Insomma, non è sufficiente il "verificazionismo" che si nutre di esperimenti ripetuti, come ai tempi di Galileo Galilei. Una legge, per poter essere ritenuta scientifica, deve essere sottoposta – e deve essere sottoponibile sempre – a tentativi di smentita, quelli che i filosofi della scienza definiscono «tentativi di falsificazione»<sup>5</sup>.

Ormai è convinzione diffusa che, nel costruire una legge scientifica, lo scienziato usa l'induzione, ma sa che non è risolutiva; è consapevole che non vi è un passaggio deterministico, necessario, tra l'osservazione dei casi e la regola che viene ricavata dagli stessi<sup>6</sup>. Sulla base delle esperienze si possono formulare soltanto congetture, che devono essere controllate. La conoscenza è scientifica in quanto rende possibile sottoporre a smentita, e cioè a falsificazione, la singola regola.

<sup>4</sup> Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993), trad. it. *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 278. Può essere utile ricordare, per sintesi, i criteri di affidabilità del metodo scientifico ritenuti validi dalla sentenza Daubert: 1) *verificabilità del metodo*; 2) *falsificabilità*; 3) *sottoposizione al controllo della comunità scientifica*; 4) *conoscenza del tasso di errore*. Soltanto a questo punto il giudice deve considerare se il metodo proposto gode di una generale accettazione nella comunità degli esperti. Tuttavia, si tratta di un criterio ausiliario, ma non indispensabile, poiché la scienza maggioritaria è superabile da un metodo più recente.

<sup>5</sup> Popper, *The poverty of historicism*, trad. it., *Miseria dello storicismo*, Milano, 1997, 120.

<sup>6</sup> Volendo, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 253.

## Nuovo concetto di scienza e principi fondamentali del processo penale

Così fissati i punti di partenza, è il momento di chiedersi quali sono le conseguenze che il concetto post-positivistico di scienza, ormai comunemente accolto, ha prodotto sul processo penale.

*Prima conseguenza.* Ciascuna parte del processo penale ha un diritto: mettere in dubbio quella ipotesi scientifica che è stata formulata dalla controparte, o che è stata espressa dal perito nominato dal giudice. In sostanza, ciascuna delle parti deve essere messa in condizione di dimostrare se, nel caso in esame, sono applicabili leggi scientifiche alternative, che diano al fatto provato una spiegazione differente. In tale ottica, le parti devono avere il potere di "ricercare" la prova di ulteriori fatti dai quali si possa risalire a diversi antecedenti causali. È appena il caso di sottolineare che tutte le parti anche potenziali hanno il diritto alla prova; anche l'indagato e l'offeso.

Ma il nuovo concetto di scienza sortisce anche una *seconda conseguenza* sul processo penale. È necessario che in tale sede si renda applicabile il metodo della possibilità di smentita o falsificabilità. Il ragionamento da applicare è il seguente: se davvero la causa del fatto storico era quella ipotizzata, essa, in base alle leggi scientifiche prospettate, avrebbe dovuto provocare anche ulteriori effetti. E allora, occorre che le parti possano indagare se quegli effetti si sono verificati. Se, viceversa, tali effetti non si sono verificati, allora si può mettere in dubbio la validità in concreto della legge scientifica ipotizzata.

Vi è una *terza conseguenza*. Se la prova a carico dell'imputato deriva dalla applicazione di una legge scientifica, ciò non esime dal ricercare e valutare se, comunque, restano in piedi altre differenti ricostruzioni alternative del fatto storico<sup>7</sup>. Infatti, per condannare oc-

<sup>7</sup> Sul tema della valutazione della prova scientifica, Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libe-*

corre dimostrare che le alternative prospettate non sono accettabili ragionevolmente<sup>8</sup>.

In base alla legge n. 46 del 2006, occorre che l'accusa escluda ogni ragionevole dubbio sulla reità dell'imputato; il principio è stato affermato per la prima volta dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2002 con la sentenza Franzese<sup>9</sup>, il cui merito è anche quello di aver fatto comprendere che la prova scientifica non è immune dalle regole comuni sulla prova<sup>10</sup>. Si tratta di un punto centrale della teoria della conoscenza giudiziale<sup>11</sup>. La prova scientifica non deve diventare una nuova versione di "prova legale", perché, lo sappiamo, la prova scientifica non è immune da smentite. Un evento può essere la conseguenza di altre cause oltre a quelle ipotizzate; occorre escludere almeno la operatività di quelle cause, che sono attualmente conoscibili. L'esistenza di una prova scientifica non esenta l'accusa dal dimostrare che la ricostruzione alternativa non è accettabile. Eppure quella che noi criti-

ro convincimento del giudice nel processo penale, *Dir. pen. proc.*, 2003, 1195.

<sup>8</sup> Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 240. In giurisprudenza, v. Cass., sez. I, 26 maggio 2010, n. 19933, *Dir. pen. proc.*, 2011, 2: «la regola dell'«oltre il ragionevole dubbio» formalizzata nell'art. 533 c.p.p., primo comma, c.p.p., come sostituito dall'art. 5 della l. n. 46 del 2006, impone di pronunciare condanna, quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in *rerum natura*, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose della normale razionalità umana».

<sup>9</sup> Cass., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133.

<sup>10</sup> Conti, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Napoli, 2009, 335 ss.

<sup>11</sup> Ferrua, *Le regole di formazione e di valutazione della prova tra Costituzione e giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, aa.vv., *Scienza e processo penale*, cit., 101 ss.; Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, Scalfati (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, 86 ss.; Ead., *Verità processuale, Procedura penale*, Spangher (a cura di), *Dizionari sistematici di Guida al diritto*, Milano, 2008, 427 ss.; Ead., *Ragionevole dubbio*, ibidem, 724 ss.

chiamo è, nella sostanza, la motivazione della sentenza sul caso Cogne<sup>12</sup>.

*Quarta conseguenza*, che deriva dal principio del contraddittorio. Nessuna parte può modificare in modo irreversibile la fonte da cui si ricava l'elemento di prova scientifica senza che sia stato instaurato il contraddittorio con la controparte. Per poter modificare la fonte di prova, occorre che la controparte sia messa in grado di essere presente all'accertamento tecnico con un proprio consulente; non è sufficiente il solo contraddittorio differito su di una prova già formata. Il riferimento va, ovviamente, all'art. 360 c.p.p. per le indagini pubbliche e all'art. 391-*decies* c.p.p. per le investigazioni private.

### Le differenti letture del codice del 1988

A livello di principi, riteniamo che ci sia chiarezza: il codice del 1988 ha un apparato valido, seppur non completo. Siamo oltre la metà del guado, anche se ancora non abbiamo raggiunto la riva a cui siamo destinati. C'è sicuramente nel codice una impalcatura essenziale, che appare compatibile con una lettura illuminata della nuova prova scientifica. Purtroppo, però, è compatibile anche con una lettura di retroguardia, legata al codice del 1930<sup>13</sup>.

In base a tale lettura, la perizia è ancora interpretata come una "prova del giudice" e

<sup>12</sup> Cass., sez. I, 29 luglio 2008, *Cass. pen.*, 2009, 1867. Della sentenza riportiamo il ragionamento centrale: «una volta, invero, dimostrate l'assoluta implausibilità dell'ingresso di un estraneo nell'abitazione e la materiale impossibilità che costui possa aver agito, con le modalità già descritte, nel ristrettissimo spazio di tempo a sua disposizione, ed una volta esclusa, come esplicitamente fa la sentenza, ogni responsabilità da parte del marito dell'imputata e del figlio Davide, unica realistica e necessitata alternativa residuale è quella della responsabilità della sola persona presente in casa nelle fasi antecedenti la chiamata dei soccorsi».

<sup>13</sup> Per una critica in tal senso, v. Conti, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, De Cataldo Neuburger (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010, 154 ss.

gode di un credito particolare, di per sé. Questa convinzione, è chiaro, ostacola il pieno contraddittorio. Tutto ciò si ripercuote immediatamente sulla motivazione ed induce il giudice ad “appiattirsi” sulla perizia, che, così, rischia di diventare un nuovo tipo di prova legale<sup>14</sup>.

In definitiva, il codice del 1988 non garantisce un pieno riconoscimento del diritto alla prova rispetto alla perizia: il passaggio tra sistema misto e sistema accusatorio non è stato ancora compiuto, anche se siamo oltre la metà del cammino.

### La tesi della perizia “prova neutra”

Il punto centrale delle nostre considerazioni è la teoria giurisprudenziale della perizia come prova neutra. È inevitabile che dobbiamo prendere posizione su di una opinione, che purtroppo è molto diffusa nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui la perizia è una prova del giudice<sup>15</sup>. Da ciò deriva il corollario

secondo cui le parti non hanno un pieno diritto all’ammissione della prova peritale.

Al fondo di questa idea si deve ravvisare proprio il pregiudizio dal quale abbiamo preso le mosse, e cioè la convinzione che la perizia è un’isola felice del “bel tempo che fu”, tanto cara ai nostalgici del sistema inquisitorio, che ritengono ancora valido il principio *iudex peritus peritorum*<sup>16</sup>. Costoro affermano, in sintesi, che alla perizia non si devono applicare le regole comuni sulle prove, contenute nel codice del 1988.

A questa idea si può replicare nel modo seguente. La legge-delega n. 81 del 1987, al n. 10 dei principi direttivi, imponeva «la tutela

sez. VI, 25 novembre 2008, *Guida dir.*, 2009, 8, 84; Cass., sez. II, 29 marzo 2011.

<sup>16</sup> Il giudice, secondo un antico brocardo, è denominato *peritus peritorum*. Il principio è differentemente inteso nel sistema inquisitorio ed in quello accusatorio. Nel sistema inquisitorio (o nel misto prevalentemente inquisitorio) il giudice, che sia personalmente esperto in una materia specialistica, può non nominare un perito; inoltre, gli è consentito di disattendere le argomentazioni svolte dall’esperto e di sostituire ad esse quelle argomentazioni, che sono tratte da proprie personali cognizioni. L’orientamento risale alla dottrina di Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, 25 ss., per il quale tutte le massime d’esperienza, anche quelle appartenenti alla scienza degli specialisti, sono liberamente utilizzabili dal giudice e non costituiscono scienza privata. Nel sistema accusatorio, il principio del contraddittorio nella formazione della prova, quando questa è specialistica, impone che le parti possano nominare consulenti tecnici anche fuori della perizia e che questi possano illustrare al giudice le proprie conclusioni nell’esame incrociato. Il giudice, anche se esperto in materie scientifiche, tecniche o artistiche, non può lui stesso svolgere una perizia perché, riteniamo, le parti hanno il diritto al contraddittorio sul metodo scelto e sulle leggi utilizzabili per ricercare e valutare l’elemento di prova. Alla luce dei rilievi svolti in precedenza, nel nostro ordinamento il brocardo *iudex peritus peritorum* assume un significato differente da quello originario, sorto nel sistema inquisitorio. Esso significa che il giudice, pur dovendo avvalersi di specialisti in materie scientifiche, tecniche o artistiche, deve motivare sul perché il metodo prescelto e la conclusione raggiunta da un esperto appaia più attendibile rispetto a quella accolta da un altro esperto; in tal senso, Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, *Dir. pen. proc.*, 2011, 1342, con nota di Tonini, e in *Guida dir.*, 2011, 6, con nota di Amato.

<sup>14</sup> Conti, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, Tonini (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, *Dir. pen. e proc.*, 2008, Dossier 6, 29-36. In termini problematici, Masera, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello iudex peritus peritorum*, *Corr. merito*, 2007, 354.

<sup>15</sup> Si veda Cass., sez. V, 30 aprile 1997, *Giust. pen.*, 1998, III, 309: «se l’art. 495, comma 2 c.p.p. espressamente richiamato dall’art. 606 lett. d dello stesso codice, sancisce il diritto dell’imputato all’ammissione delle prove da lui dedotte “a discarico” sui fatti costituenti oggetto della prova “a carico”, il diritto alla controprova, tuttavia, 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, oltretutto 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». In termini, Cass., sez. VI, 7 luglio 2003, *Cass. pen.*, 2004, 4164; Cass., sez. VI, 22 maggio 2007, *Guida dir.*, 2007, 43, 84; Cass., sez. IV, 22 novembre 2007, *Guida dir.*, 2008, 10, 92; Cass.,

dei diritti delle parti rispetto alle perizie». Ciò vuol dire, in base ad un'interpretazione funzionale, che anche nei confronti delle perizie devono essere riconosciuti i «diritti» delle parti; e tra questi vi è il diritto alla prova<sup>17</sup>. Come è noto, la legge-delega ha un primo effetto, e cioè quello di vincolare il governo delegato a scrivere il codice. Ma ha anche un ulteriore effetto: quanto meno, costituisce un criterio per interpretare il codice. Del resto, la Costituzione, quando afferma il diritto alla prova negli artt. 24 e 111, non fa differenze tra prova ordinaria e prova scientifica. Di conseguenza, neppure l'interprete deve operare differenze. In positivo: il diritto alla prova ha una portata generale e la sua validità non può arrestarsi di fronte alla prova scientifica, che è diventata la più importante nel processo penale e la più insidiosa per il diritto di difesa<sup>18</sup>.

### La tesi della neutralità dello scienziato

Si dice ancora, in giurisprudenza: la perizia è prova neutra perché lo scienziato è neutrale. In verità, la scelta del metodo scientifico non è mai, in sé, neutra; dipende dal singolo esperto, dalla sua competenza, dal laboratorio in cui opera, dall'aver osservato la catena di custodia. Questo è stato affermato dagli scienziati intervenuti ad un importante Incontro di studi del Consiglio superiore della Magistratura, che si è svolto a Roma nel marzo 2010. Gli scienziati sono stati unanimi: medici legali, psichiatri, esperti in informatica, professori di chimica.

<sup>17</sup> Conti, *Il processo si apre alla scienza: considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 1208, nt. 13.

<sup>18</sup> Si veda il punto 4 delle *Linee-guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale*, elaborate da un gruppo di esperti nel corso del seminario sul tema "La prova scientifica nel processo penale" promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC), in collaborazione con l'Osservatorio Permanente sulla Criminalità Organizzata (OPCO), che si è tenuto a Siracusa, 13-15 giugno 2008, ora pubblicate in aa.vv., *Scienza e processo penale*, cit., 6.

Da simili considerazioni di principio scaturiscono direttamente profili operativi: il diritto al contraddittorio deve potersi esercitare anche nei confronti del "metodo"; e poi, deve esserci un contraddittorio anche e soprattutto sulla competenza dell'esperto sia in generale, sia sulla sua competenza in concreto per quel metodo che si deve utilizzare, in particolare<sup>19</sup>. Questa è soltanto un'applicazione dell'art. 190 c.p.p. alla materia della prova scientifica: "rilevanza" si traduce in "idoneità scientifica".

Quando, poi, si tratta di prova scientifica nuova o di alta specializzazione, il contraddittorio deve adattarsi alla particolarità della materia ed impone che si debba pretendere dall'esperto la conoscibilità del tasso di errore del nuovo metodo. Si tratta della nota tesi secondo cui si deve chiedere all'esperto di provare l'idoneità del metodo in astratto, ed in concreto per quella indagine, e lo deve dimostrare in modo comprensibile alle parti in quel processo, altrimenti il contraddittorio non si può esercitare in senso pieno<sup>20</sup>. La giurisprudenza della Corte costituzionale è piena di precedenti secondo i quali il diritto di difesa deve essere esercitabile in modo effettivo; lo ha detto da ultimo la sentenza costituzionale sul caso Telecom, la n. 173 del 2009<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Brusco, *L'ingresso del dato scientifico nel processo penale: forme, garanzie, divieti. La fase del giudizio e le problematiche connesse alla valutazione della prova scientifica*, Relazione svolta all'Incontro di studio sul tema *La prova tecnico-scientifico nel processo penale*, Roma, 15-16 gennaio 2009, pag. 13 del dattiloscritto; Conti, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., 29-36; Lorusso, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, Dir. pen. proc., 2010, 1345.

<sup>20</sup> Dominioni, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 231 ss.; Dominioni, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, Dir. pen. proc., Dossier, *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 21-22; Dominioni, *Prova scientifica*, Enc. dir., *Annali II*, Tomo I, Milano, 2008, 984-985. Sulla problematica relativa alla norma del codice nella quale deve ravvisarsi il canale di ammissione della prova scientifica nuova, Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, aa.vv., *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 91; Lorusso, *La prova scientifica*, cit., 25 ss.

<sup>21</sup> C. cost., sent. 22 aprile 2009 n. 173, Dir. pen. proc., Milano, 2010, 193, con nota di Conti.

Il problema più complesso concerne l'*an*, e cioè il riconoscimento del carattere della novità o dell'alta specializzazione<sup>22</sup>. Ad esempio, se c'è un metodo nuovo per l'Italia, questo è la *Bloodstain Pattern Analysis*. Eppure, al processo di Cogne il giudice ha affermato che la BPA non è scienza nuova perché è la somma di matematica, geometria, fisica e chimica applicate. Poiché è la somma di scienze tradizionali, non si tratterebbe di scienza nuova<sup>23</sup>.

In verità, gli esperti affermano che le inferenze effettuate attraverso l'applicazione del metodo BPA possono non avere un grado tranquillizzante di predittività, al punto che in molti casi l'ipotesi formulata in concreto può risultare inconcludente o può non offrire una ricostruzione significativamente più verosimile di altre<sup>24</sup>.

### La tesi della neutralità derivante dall'ammissione d'ufficio

Si è sostenuto ancora, in giurisprudenza, che la perizia è neutra perché l'ammissione avviene d'ufficio ad opera del giudice. Il ragionamento è strutturato nel modo seguente. Le

parti non avrebbero il diritto alla prova peritale perché questa è ammessa anche d'ufficio in base all'art. 224, comma 2 c.p.p., che trova attuazione in dibattimento attraverso l'art. 508 c.p.p.

Sul punto è stato replicato che l'espressa previsione dell'ammissione d'ufficio ha un effetto ben preciso: e cioè, permette di superare il principio dispositivo espresso nell'art. 190, comma 1. Se non fosse stato scritto l'art. 224, comma 2, si sarebbe applicato l'art. 507 c.p.p.<sup>25</sup>: la perizia sarebbe stata ammissibile d'ufficio soltanto per assoluta necessità. La vera funzione dell'art. 224, comma 2 c.p.p. consiste, dunque, nel liberare la perizia da quel criterio della "assoluta necessità", che si imporrebbe se non si affermasse nulla in contrario nel codice.

In definitiva, l'art. 224, comma 2 c.p.p. non intende cancellare il diritto all'ammissione della perizia. All'opposto, intende rafforzare il ricorso a tale strumento anche in assenza di un'iniziativa di parte, al di fuori della assoluta necessità ed anche fin dall'inizio del dibattimento (cfr. anche l'art. 508 c.p.p.)<sup>26</sup>.

Inoltre, è possibile formulare una ulteriore obiezione di carattere generale: il fatto che una prova sia introdotta d'ufficio, non determina di per sé la "neutralità" di quella prova. Un esempio può chiarire il concetto<sup>27</sup>.

Pensiamo a cosa avviene per il testimone, che sia stato ammesso d'ufficio dal giudice in base all'art. 507 c.p.p. Si applica l'art. 151 disp. att., secondo cui il giudice pone direttamente le domande al teste. Ma l'articolo prosegue ed aggiunge: «stabilendo, all'esito, la parte che

<sup>22</sup> Conti, *Il processo si apre alla scienza*, cit., 1211.

<sup>23</sup> Cass., sez. I, 29 luglio 2008, cit., 1867, secondo cui la *Bloodstain Pattern Analysis* non può considerarsi una prova atipica, bensì una tecnica d'indagine riconducibile al *genus* della perizia e, pertanto, non è necessario che la sua ammissione sia preceduta dall'audizione delle parti ex art. 189 c.p.p. Il giudice di legittimità ha affermato che la BPA non si basa su leggi scientifiche nuove o autonome, bensì sull'applicazione di quelle, ampiamente collaudate da risalente esperienza, proprie d'altre scienze – matematica, geometria, fisica, biologia e chimica – che, in quanto universalmente riconosciute, non richiedono specifici vagli d'affidabilità.

<sup>24</sup> Illuminanti sono le parole con le quali si chiude il contributo di Fratini, Conti (a cura di) *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, cit., 299: «un problema non da poco, soventemente discusso in ambito scientifico, riguarda i limiti dovuti al metodo di calcolo che comunque assimila le traiettorie delle goccioline di sangue ad un moto rettilineo anziché parabolico dovuto alla gravità. Tale problema fa sì che il punto di origine calcolato sperimentalmente sia sistematicamente più alto rispetto a quello "vero"».

<sup>25</sup> Conti, *Il processo si apre alla scienza*, cit., 1207; Varaso, *La prova tecnica*, Scalfati (a cura di), *Le prove*, Spangher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, 251.

<sup>26</sup> In argomento, Gasparini, *Perizia, consulenza tecnica ed altri mezzi di ausilio tecnico-scientifico*, Marzaduri (a cura di), *Le prove*, Torino, II, 1999, 85; Rivello, *Perito e perizia*, *Dig. disc. pen.*, Vol. IX, Torino, 1995, 470.

<sup>27</sup> V. ancora, sul punto, Conti, *Il processo si apre alla scienza*, cit., 1209.

deve condurre l'esame diretto». E cioè, il giudice deve attribuire il teste o alla accusa o alla difesa sulla base del "risultato" probatorio di quella prova.

Ecco la conclusione: l'iniziativa officiosa del giudice non esclude che la prova vada a favore di una delle parti in base al risultato che ha introdotto nel processo, e cioè, a carico o a discarico. Lo ha affermato la Corte costituzionale con la sentenza n. 73 del 2010: «che poi la prova, una volta introdotta nel processo ex art. 507, torni a beneficio della parte istante, è una delle possibili conseguenze naturali».

E, se questo vale per la testimonianza ammessa dal giudice in base all'art. 507, non c'è ragione che non valga anche per la perizia, quando questa è stata ammessa d'ufficio in base all'art. 224, comma 2. La perizia può avere un risultato probatorio favorevole o contrario all'imputato<sup>28</sup>. L'essere ammessa d'ufficio, di per sé, non impedisce che la prova si manifesti a carico o a discarico. Né, a maggior ragione, impedisce che la perizia sia decisiva per la sentenza.

### La difformità rispetto ai criteri di ammissione previsti dall'art. 190 c.p.p.

Ancora, la giurisprudenza ritiene che la perizia sia una prova neutra perché la nomina del perito, ai sensi dell'art. 220, è disposta dal giudice sulla base di criteri differenti da quelli previsti nell'art. 190 per gli altri mezzi di prova. In particolare, per la perizia i criteri della "occorrenza" e della "specificità" imporrebbero di derogare ai parametri ordinari previsti dall'art. 190 per gli altri mezzi di prova ed

<sup>28</sup> In proposito, Curtotti Nappi, *La perizia*, Gaito (a cura di), *La prova penale*, Vol. II, Torino, 2008, 604; Raffaraci, *La prova contraria*, Torino, 2004, 227. Sulla interpretazione dell'art. 507 c.p.p. ad opera della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, nel quadro della evoluzione intervenuta nei primi venti anni di vigenza del codice, si veda Bargi, *Cultura del processo e concezione della prova*, Gaito (a cura di), *La prova penale*, Vol. I, Torino, 2008, 73.

attribuirebbero al giudice una discrezionalità sterminata<sup>29</sup>: egli sarebbe libero di valutare se e quando disporre la perizia<sup>30</sup>.

In base ad un'interpretazione sistematica, e non meramente letterale, tuttavia, il problema si ridimensiona e può essere collocato all'interno dei principi generali. Il concetto di "occorrenza" – che ricorre almeno altre ventitre volte nel codice (si veda, ad esempio, in relazione alla ricognizione, all'esperimento giudiziale ed all'ispezione) – indica soltanto la "finalità" che si intende raggiungere con un mezzo di prova, quando questo è tipico<sup>31</sup>. Anche in relazione alla perizia, dunque, la nozione in esame indica semplicemente lo scopo che la caratterizza. Può dunque affermarsi che l'occorrenza – collocata su tale sfondo – restringe, ma non esclude, il criterio della "non superfluità" ex art. 190: la perizia deve risultare utile alla luce del panorama probatorio disponibile. Pertanto, la parte che chiede l'ammissione della perizia deve dimostrare che essa è necessaria per l'accertamento<sup>32</sup>. La

<sup>29</sup> Sulla problematica, Amodio, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, *Cass. pen.*, 1989, 170.

<sup>30</sup> Secondo Cass., sez. IV, 8 luglio 2009, *CED Cass.*, 245115, la violazione del dovere di decidere "senza ritardo" sulla richiesta di ammissione delle prove (art. 190, comma 1) non comporta alcuna sanzione processuale. Nella fattispecie il giudice, anziché provvedere immediatamente, si era riservato sulla richiesta di perizia formulata dalla difesa, sciogliendo la riserva solo all'udienza successiva. Ad avviso di Cass., sez. I, 12 febbraio 2001, *Dir. e giustizia*, 2001, 19, 76, qualora decida di revocare una perizia già disposta perché la ritiene inutile, il giudice non è tenuto ad emettere uno specifico provvedimento di revoca, giacché tale mezzo di prova rientra esclusivamente nel potere di disposizione del giudice. Cass., sez. III, 28 ottobre 1999, *Cass. pen.*, 1999, 1245 e Cass., sez. V, 6 aprile 1999, *Cass. pen.*, 2000, 1872, affermano che la sottrazione della perizia al potere dispositivo delle parti non limita i diritti della difesa in quanto è sempre possibile all'imputato ricorrere alla nomina di un proprio consulente tecnico.

<sup>31</sup> Conti, *Il processo si apre alla scienza*, cit., p. 1208.

<sup>32</sup> Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, *Cass. pen.*, 2011, 4115, sottolinea che attraverso la "spia linguistica" dell'avverbio «manifestamente», l'art. 190 rimarca l'esigenza di proteggere dal pericolo che il giudice incorra

perizia diventa superflua, ad esempio, quando è già stata acquisita una consulenza tecnica di parte che ha fornito un contributo specifico, che sia esauriente e non contestato. Ma non per questo la perizia è da considerare una prova neutra.

### **La tesi della neutralità derivante dalla “specificità” delle competenze**

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi in relazione alla “specificità”. Tale requisito indica la necessità di un sapere che va oltre la soglia della conoscenza comune. La difficoltà consiste, indubbiamente, nello stabilire in modo oggettivo quale sia tale soglia. In ogni caso, il giudice non ha un potere discrezionale e, ai fini di una corretta valutazione in ordine a tale requisito, si varrà dell’ausilio del contraddittorio tra le parti, da attivare fin dal momento dell’ammissione della prova. Inoltre, il giudice nell’eventuale ordinanza di rigetto della richiesta di ammissione, per carenza del requisito della specificità, dovrà motivare in modo esauriente le proprie valutazioni e il provvedimento potrà essere impugnato ai sensi dell’art. 586.

È possibile trarre una conclusione parziale su quanto è stato esposto fino a questo punto. Dai passaggi logici che abbiamo effettuato si può ricavare che la giurisprudenza prevalente ha stravolto la finalità originaria del codice, perché ha tramutato quello che è un dovere del giudice ai sensi dell’art. 220 in un limite per le parti. Occorrenza e specificità sono stati interpretati, purtroppo, come limiti al diritto alla prova spettante alle parti, mentre costituiscono criteri doverosi per il giudice.

È necessario essere chiari sul vero significato dell’art. 220. Come è stato sottolineato, i criteri della occorrenza e della specificità hanno la funzione di obbligare il giudice a disporre la

perizia sia quando le parti chiedono tale mezzo di prova, purché rilevante e non superfluo, sia quando restano inerti, e cioè quando non provvedono a nominare propri consulenti né a chiedere la perizia.

Anche quando sono state già espletate consulenze di parte che forniscono conoscenze specifiche, il giudice deve valutare la necessità di ammettere una perizia poiché a lui spetta di motivare adeguatamente l’attendibilità della prova che utilizza e la non attendibilità di quella che scarta (art. 546, comma 1, lett. e). In tal caso, al giudice può apparire utile o, addirittura, indispensabile, espletare una perizia. Ancor più, quando le consulenze di parte sono totalmente contrastanti tra di loro o il metodo è nuovo, il giudice deve necessariamente ammettere la perizia<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> «Quando il sapere scientifico non è consolidato o non è comunemente accettato perché vi sono tesi in irrisolto conflitto, spetta al giudice prescegliere quella da preferire. Per valutare l’attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono; le basi fattuali sulle quali essi sono condotti; l’ampiezza, la rigorosità, l’oggettività della ricerca; il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; la discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l’ipotesi, sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate; l’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, è di preminente rilievo l’identità, l’autorità indiscussa, l’indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. Dopo aver valutato l’affidabilità metodologica e l’integrità delle intenzioni, occorre infine valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l’argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato; deve trattarsi, cioè, di una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Gli esperti dovranno essere chiamati non solo ad esprimere il loro personale seppur qualificato giudizio, ma anche a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una “metateoria” in grado di fondare affidabilmente la ricostruzione. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale

in un “pre-giudizio” sulla forza persuasiva di quanto sottoposto al suo esame di ammissione probatoria.

Se quello italiano fosse un sistema accusatorio puro, come quello accolto nell'ordinamento inglese o in quello americano, in presenza dell'inerzia delle parti opererebbe direttamente il ragionevole dubbio e si dovrebbe dichiarare l'imputato non colpevole. Così, se dovessimo accettare la "teoria sportiva" del processo, sarebbe compromesso il fine del medesimo: il mero gioco delle parti comprometterebbe l'accertamento<sup>34</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno chiarito che in Italia il processo penale ha una finalità accertativa: in caso di lacune probatorie, il giudice ha il dovere di andare avanti<sup>35</sup>. Il nostro processo, cioè, accoglie una disponibilità temperata, perché non è un processo civile su diritti disponibili. Sia l'art. 507 c.p.p., sia l'art. 224 c.p.p. impongono al giudice di eliminare le difficoltà che si frappongono all'accertamento del fatto, quando queste dipendono "dall'inerzia delle parti" e purché il giudice non formuli una ricostruzione alternativa avulsa dalle allegazioni delle parti. Soltanto dopo che si è completato il quadro probatorio, allora opera la regola di giudizio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>36</sup>. In definitiva, la nostra Costituzione vuole un processo penale che accerta.

Quelle esposte sono le conclusioni della

---

spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto» (massima redazionale di Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, *Dir. pen. proc.*, 2011, 1342, con nota di Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*).

<sup>34</sup> Sia consentito rinviare al nostro scritto *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, *Cass. pen.*, 2011, 2010.

<sup>35</sup> Corte cost., sent. 26 febbraio 2010 n. 73, secondo cui l'esercizio del potere previsto dall'art. 507 c.p.p. «è doveroso per il giudice, non essendo rimessa alla sua discrezionalità la scelta tra l'acquisizione della prova e il proscioglimento (o la condanna) dell'imputato».

<sup>36</sup> Il punto è sviluppato da Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 86-117; Ead., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 10 ss.

sentenza delle Sezioni unite Greco del 2006<sup>37</sup>. In base a tale pronuncia, il processo penale ha una funzione cognitiva che non può essere lasciata alla disponibilità delle parti, ma deve essere affidata al controllo del giudice. Se ne è dedotto che il giudice incide soltanto sulla "introduzione" del mezzo di prova (d'ufficio), ma non incide sull'onere sostanziale della prova, che resta in capo al pubblico ministero<sup>38</sup>.

Si può accennare all'affascinante panorama che si presenta oggi dinanzi agli studiosi. Viene da chiedersi se la prova scientifica non imponga di riconsiderare in modo più moderno tutta la teoria generale della prova. Il mutamento del concetto di scienza e dei criteri decisori del rito penale suggeriscono di elaborare categorie nuove, come la distinzione tra onere formale e sostanziale della prova. Ma non è questa la sede per un simile approfondimento.

Tirando le fila delle considerazioni finora svolte, possiamo affermare che, qualora la perizia sia chiesta da una delle parti, la medesima è una prova a carico o a discarico a seconda della parte che si è fatta portatrice della iniziativa o che ne ha tratto un beneficio dal punto di vista del risultato probatorio. Sotto questo profilo, la perizia non può dirsi neutra,

<sup>37</sup> Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, *Guida dir.*, 2007, 2, 86.

<sup>38</sup> In tal senso, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 683. I poteri esercitabili dal giudice d'ufficio costituiscono un'eccezione al potere dispositivo delle parti sulla prova; in altri termini, toccano l'onere della prova in senso formale, inteso come onere di introdurre la prova nel processo (art. 190, comma 1, c.p.p.). Non incidono sull'onere sostanziale di convincere il giudice. Restano valide le regole di valutazione della prova, e cioè spetta pur sempre a chi accusa l'onere di provare i fatti al di fuori di ogni ragionevole dubbio (art. 533, comma 1, c.p.p. mod. dalla legge n. 46 del 2006). Queste nostre affermazioni risultano espressamente confermate dalla sentenza Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, cit., secondo la quale è «superfluo sottolineare che [...] l'esercizio dei poteri in deroga al principio dispositivo non fa venir meno l'onere del pubblico ministero di provare il fondamento dell'accusa e, tanto meno, l'obbligo per il giudice di rispettare i divieti probatori esistenti».

e cioè non si differenzia dalla testimonianza. Il diritto alla prova vale anche per la perizia, sia pure con i criteri previsti dal 220, comma 1, come applicazione specifica dell'art. 190.

### Le obiezioni al diritto alla prova peritale

Alla tesi appena esposta sono state mosse alcune obiezioni. In particolare, si è detto che, se anche il giudice, di fatto, non ammette la perizia richiesta, le parti private hanno tuttavia il diritto di nominare consulenti tecnici. Tanto è vero che, nella prassi, alcuni giudici rifiutano di ammettere la perizia richiesta dalle parti private e suggeriscono loro di valersi dell'art. 233 c.p.p., invitandole a nominarsi i consulenti tecnici.

In verità, si tratta di una prassi deviante. È certo che il codice non ha chiarito il rapporto reciproco tra perizia e consulenza tecnica extraperitale e non ha specificato i rispettivi criteri di ammissione. Tuttavia, proprio perché manca una norma specifica, il giudizio di superfluità ai sensi dell'art. 190 c.p.p. deve operare secondo le regole ordinarie, in base a quello che avviene in relazione agli altri mezzi di prova. E cioè, il giudice deve effettuare il giudizio di "superfluità" sulla richiesta di perizia soltanto in relazione alle altre prove già richieste dalle parti, e non in relazione a quelle che potrebbero essere assunte in futuro.

Un esempio, di nuovo tratto dal terreno limitrofo della prova dichiarativa, può chiarire l'assunto. Il giudice mai potrebbe ritenere superfluo un testimone invitando l'imputato a "trovarne" un altro. La regola è quella della iniziativa di parte nella richiesta di ammissione della prova. Allo stesso modo, il giudice non può ritenere superflua una perizia invitando l'imputato a cercarsi un consulente tecnico perché stravolgerebbe l'incedere ordinato del procedimento probatorio e sarebbero alterati i parametri della valutazione della superfluità. Soltanto in un caso, se la singola parte ha già nominato un consulente, allora il giudice potrebbe ritenere superflua la perizia richiesta

da una parte, a meno che tale mezzo non debba accertare qualche aspetto ulteriore o non si debba superare un contrasto tra consulenti.

È stata formulata anche una ulteriore obiezione nei seguenti termini. Se il giudice dovesse ammettere una perizia quando la parte lo chiede, questo provocherebbe costi eccessivi per la giustizia penale; ed allora, si è affermato, «ci pensi la parte privata a nominare il suo consulente tecnico mediante l'art. 233 c.p.p.».

La risposta comporta considerazioni di ampia portata. È noto che ben altri sono gli sprechi della giustizia penale: vi sono processi iniziati in modo avventato; vi sono processi destinati alla prescrizione e mantenuti in vita nonostante che sia espletata una attività onerosa. Negare *a priori* il diritto alla prova peritale non pare sia la soluzione idonea a risolvere in modo efficiente il grande problema dei costi della giustizia penale in Italia.

Soprattutto, la consulenza tecnica privata ha costi talmente elevati, che non tutte le parti private sono in grado di sostenerli. Disconoscere il diritto all'ammissione della perizia, quando questa è rilevante e pertinente, vorrebbe dire riservare la difesa tecnica scientifica soltanto alla parte abbiente. Sappiamo bene, infatti, che la disciplina del gratuito patrocinio è circoscritta ad ipotesi ridotte. Addossare ai privati l'onere di pagarsi un consulente tecnico, quando è necessaria una perizia, può diventare un limite non accettabile a quella effettività del diritto di difesa, che la Corte costituzionale ha sempre perseguito con le sue sentenze<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Interessante è, in proposito, ricordare quanto è avvenuto nel corso del processo di Perugia. Nel corso del giudizio di primo grado, i consulenti della difesa, fin da subito, hanno manifestato notevoli perplessità circa il corretto svolgimento di tali accertamenti e sulla attendibilità dei relativi risultati chiedendo che venisse disposta una perizia in merito. La Corte di Assise, però, ha rigettato la richiesta sostenendo che la perizia non fosse necessaria. A detta dei giudici di prime cure, infatti, alle due opposte valutazioni dei consulenti del pubblico ministero e della difesa se ne sarebbe soltanto aggiunta una terza che avrebbe avallato l'una o l'al-

Le argomentazioni svolte hanno messo in evidenza come il codice del 1988 abbia predisposto per la prova scientifica una regolamentazione non incompatibile con una piena valorizzazione del contraddittorio. In assenza di interventi normativi, non ipotizzabili nella presente situazione politica, è opportuno auspicare una rilettura dell'esistente, che sia immune da pregiudizi e che rifugga sia da interpretazioni nostalgiche del passato, sia da fughe in avanti verso un sistema accusatorio puro, quale quello angloamericano, che il legislatore italiano non ha voluto adottare e che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità non condividono.

### Ricostruzione del sistema

È giunto il momento di esporre gli approdi ai quali siamo pervenuti attraverso i singoli passaggi che abbiamo effettuato. Poiché le motivazioni sono state ampiamente argomentate nella loro sede, consideriamo utile e non dispersivo esporre le conclusioni per sintesi.

a) Sull'onda delle già mature acquisizioni della sentenza delle Sezioni unite Franzese, ormai si deve ritenere che alla perizia si applicano le regole sulla prova, nel senso che la materia non è immune né incompatibile con esse<sup>40</sup>. Ovvia-

---

tra. Dunque, i giudici di primo grado si sono arrogati il potere di scegliere quale delle due divergenti valutazioni dovesse ritenersi preferibile sulla base di proprie conoscenze senza avvalersi di esperti di fiducia dotati delle capacità tecnico scientifiche idonee a risolvere la questione e hanno ritenuto attendibili i risultati ottenuti dalla polizia scientifica facendone il loro punto di partenza nel ricostruire la vicenda. Viceversa, la Corte di assise di appello ha censurato le scelte dei giudici di prime cure e ha nominato un collegio di periti chiamati a pronunciarsi sulle delicate e controverse prove genetiche poste a base della decisione di primo grado. Sulla sentenza della Corte d'Assise d'appello di Perugia, si veda Conti-Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*, in corso di pubblicazione *Dir. pen. proc.*, 2012, 5.

<sup>40</sup> Per una siffatta chiave di lettura della pronuncia, si veda Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, Scalfati (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudi-*

mente, sono necessari adattamenti che considerino la peculiarità della prova scientifica rispetto alla prova personale e reale.

b) Al momento dell'ammissione della perizia occorre dimostrare la scientificità del *metodo* e la *competenza* dell'esperto. Ormai sappiamo che il metodo non è mai neutro e che da esso dipende l'affidabilità del risultato.

c) Quando il metodo scientifico è nuovo, o di alta specializzazione, o è controverso, allora è necessario applicare i cd. criteri Daubert. E cioè, occorre che il giudice in sede di ammissione della prova valuti la ripetibilità dell'esperimento mediante fatti, la possibilità di conferma della regola individuata, la sua sottoposizione al tentativo di smentita (cd. falsificazione); l'aver reso noto il metodo alla comunità scientifica; il tasso di errore che deriva dall'applicazione della legge scientifica.

d) Rispetto alle altre prove personali e reali, la perizia ha la particolarità che, di regola, è ammessa a richiesta di parte; eccezionalmente può essere ammessa anche d'ufficio (art. 224, comma 1) in deroga all'art. 190, comma 1. E cioè, la perizia sfugge al principio di disponibilità totale della prova. Il giudice mantiene il suo potere a prescindere dalle scelte delle parti che possono aver nominato un consulente tecnico ed aver espletato un accertamento tecnico non ripetibile in contraddittorio.

e) Al posto degli ordinari criteri della non manifesta superfluità ed irrilevanza (art. 190, comma 1) valgono i requisiti della "occorrenza" e della "specificità" (art. 220, comma 1): la parte che chiede l'ammissione della perizia, deve dimostrare che essa appare utile ed idonea a provare un fatto la cui valutazione richiede conoscenze che vanno oltre la soglia del sapere comune. In ogni caso, siffatti parametri debbono essere valutati in contraddittorio al momento dell'ammissione della prova;

---

zio, Milano, 2006, 86-117; Ead., *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Napoli, 2009, 335-358.

il giudice non può riservarsi di decidere in un momento successivo ed il provvedimento ammissivo risulta controllabile attraverso l'impugnazione.

f) Quando la perizia è ammessa e quando il contributo dell'esperto è introdotto nel processo, il risultato probatorio potrà andare a carico o a discarico dell'imputato; e, quindi, la perizia non è una "prova neutra". La perizia non è neutra neanche quando è ammessa d'ufficio perché, come afferma la sentenza della Corte cost. n. 73 del 2010, l'ammissione ex 507 non impedisce che la prova «torni a beneficio della parte». Inoltre, resta comunque l'onere della prova a carico del pubblico ministero<sup>41</sup>.

g) La peculiarità della perizia rispetto agli altri mezzi di prova sta nel fatto che il giudice ha il dovere di ammetterla sia quando le parti la chiedono (purché "rilevante" e "non sovrabbondante" ex art. 220, comma 1)<sup>42</sup>, sia quando

le parti restano inerti, e cioè non provvedono né a nominare consulenti, né a domandare l'ammissione della perizia. Come, peraltro, si ricava dal tenore letterale degli artt. 224, comma 1 e 508, la perizia è svincolata dai rigorosi criteri dell'art. 507.

h) Poiché, in presenza dei requisiti contenuti nell'art. 220, comma 1, il giudice è obbligato a nominare d'ufficio il proprio esperto, la perizia non è qualificabile come "neutra": essa è oggetto di un vero e proprio diritto alla prova alla stregua degli altri strumenti dimostrativi disciplinati dal codice<sup>43</sup>. Ma allora, la perizia "a prova contraria" deve essere ammessa ai sensi dell'art. 495, comma 2, e, se è decisiva, la sua mancata ammissione è valutabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, lett. d).

Quest'anno ricorre il decennale da quando è stata pronunciata la sentenza Franzese; è necessario constatare che la sua carica innovativa è stata capace di mutare il volto della prova scientifica e di completare la sistematica del codice. Gli studi che ha innescato hanno contribuito a rendere adeguato il processo penale alla modernità del sapere. È una conquista della quale la dottrina e la giurisprudenza italiana si possono vantare a buon diritto.

<sup>41</sup> Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, *Guida dir.*, 2007, 2, 86.

<sup>42</sup> A tal proposito, si veda Ass. app. Perugia, 15 dicembre 2011, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*: «questa Corte di assise di secondo grado non ha ritenuto che le conoscenze personali dei giudici, togati e popolari, fossero tali da consentire di risolvere una controversia nella sostanza scientifica, da risolvere, dunque, in base a criteri scientifici, senza l'ausilio di periti di propria fiducia, da essa nominati e che potessero svolgere l'incarico affidato nel pieno contraddittorio delle parti. Ed invero, mentre la valutazione della rilevanza dell'indizio, una volta accertata la effettiva sussistenza del medesimo nella sua materialità, è compito e materia propria del Giudice, problema che egli può risolvere con gli strumenti dell'argomentazione giuridica, l'accertamento della sussistenza materiale dell'indizio, soprattutto allorché richiede procedimenti di indagine particolar-

mente tecnici e conoscenze scientifiche complesse, pur non esulando formalmente dal potere dovere del giudice, non può davvero essere affrontato e risolto senza l'ausilio di persone esperte in quell'ambito».

<sup>43</sup> Sia pure con le ricordate cautele in relazione ai giudizi di rilevanza e non superfluità, v. *supra*, sub lett. e) e f).

# Novità legislative interne / *National Legislative News*

---

NICOLA RUSSO

---

Con l'intervento novellatore operato dalla legge 15 febbraio 2012 n. 12, contenente "Modifiche al codice penale in materia di confisca obbligatoria dei beni informatici o telematici utilizzati per la commissione di reati informatici", la cui disciplina trova applicazione a far tempo dal 9 marzo 2012, si sono introdotte due previsioni, tra loro collegate, nel codice penale ed in quello di procedura penale.

La prima (art. 240 comma 2 n. 1-bis c.p.) concerne la confisca obbligatoria dei beni o strumenti informatici o telematici che siano stati utilizzati in tutto od in parte per la commissione di uno dei seguenti reati:

- 615-ter (accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico)
- 615-quater (detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici)
- 615-quinquies (diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico)
- 617-bis (installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche)
- 617-ter (falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche)
- 617-quater (intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche)

- 617-quinquies (installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche)

- 617-sexies (falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche)

- 635-bis (danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici)

- 635-ter (danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità)

- 635-quater (danneggiamento di sistemi informatici o telematici)

- 635-quinquies (danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità)

- 640-ter (frode informatica)

- 640-quinquies (frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica).

Il catalogo è indubbiamente tassativo e la necessità di un'autonoma previsione si spiega con il fatto che la categoria evocata dalla disciplina di nuova introduzione costituisce, in realtà, una *species* del genere "*cose che servono o furono destinate a commettere il reato*", delle quali l'art. 240 c.p. consente solo la confisca facoltativa.

Oggetto del provvedimento ablativo (e che, nella fase *ante iudicium*, giustifica l'adozione della misura cautelare del sequestro preventi-

vo) possono essere beni o strumenti informatici o telematici.

Mentre la nozione di strumento informatico o telematico appare di comune comprensione, meno evidente può apparire la definizione di "bene informatico o telematico".

Secondo la più condivisibile opinione (Cuomo) per bene giuridico informatico può intendersi ogni sistema di produzione e trasmissione a distanza di informazioni, che consentono di memorizzare, elaborare e diffondere i dati con l'impiego di un linguaggio elettronico.

Può, inoltre, ritenersi che col termine "bene informatico o telematico" si sia inteso ricomprendere i *softwares*, difficilmente riconducibili alla categoria degli "strumenti".

È indubbio che la disposizione richieda che sia accertato un rapporto funzionale tra il bene o lo strumento oggetto della confisca ed il reato commesso. Tuttavia, l'espressione "*in tutto o in parte*" fa propendere per un'interpretazione che non richieda un nesso di strumentalità esclusiva o prevalente tra il bene o strumento ed il delitto.

In altri termini, non è richiesto che la *res* sia stata "destinata" alla commissione del reato, cioè che essa sia servita unicamente alla sua perpetrazione, essendo sufficiente un utilizzo anche occasionale della stessa per detto fine. Quindi il bene o strumento può essere stato utilizzato anche per fini diversi e leciti.

La seconda innovazione ha riguardato il necessario aggiornamento della disposizione del terzo comma dell'art. 240 c.p., che nel primo periodo fa ora riferimento anche all'ipotesi di cui al n. 1*bis* del comma 2.

Meno indispensabile appare, invece, la previsione del secondo periodo del nuovo art. 240 comma 3 c.p., in cui si precisa che la confisca obbligatoria di cui al n. 1*bis* deve essere disposta anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

La previsione specifica risponde ad una consuetudine normativa, ma non v'è dubbio che, trattandosi di confisca obbligatoria, poteva già ritenersi sufficiente la previsione generale

contenuta in chiusura al comma 1 dell'art. 445 c.p.p.

La novellazione del codice di rito si è, invece, realizzata attraverso l'inserimento nelle disposizioni di attuazione dell'art. 86-*bis*, cui è demandata la disciplina della destinazione dei beni informatici e telematici utilizzati per la commissione di uno dei delitti di cui al surriportato elenco.

A quel catalogo, però, sono stati aggiunti anche i delitti previsti dagli artt. 473 (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero brevetti, modelli e disegni) e 474 (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) del codice penale.

Come si può immediatamente notare, l'art. 86-*bis* disp. att. c.p.p. nella sua rubrica fa riferimento ai soli "beni informatici o telematici".

Questa limitazione, però, risponde solo ad esigenze di sintesi nella rubricazione della disposizione. Infatti, il testo della norma fa esplicito riferimento sia ai beni che agli strumenti, in maniera del tutto speculare alla previsione che ha riguardato l'art. 240 del codice penale.

L'omessa indicazione nel catalogo dell'art. 240, comma 2, n. 1*bis*, c.p. delle figure di reato di cui agli artt. 473 e 474 c.p. si spiega con il fatto che per questi due delitti il legislatore aveva già previsto una specifica disciplina della confisca nell'art. 474*bis* c.p.

Passando, quindi, all'analisi dell'art. 86-*bis* disp. att. c.p.p., può dirsi che la finalità della disposizione è (in costanza di sequestro o anche all'esito della confisca) quella di consentire alle forze di polizia l'utilizzo dei beni e strumenti informatici con il fine specifico del loro impiego nell'attività di contrasto ai crimini informatici. La finalità *si allarga* a quella di "giustizia" quando si tratta di assegnazione in favore di altri organi dello Stato (ivi compresi gli uffici giudiziari, in cronica penuria di apparecchiature informatiche).

La disposizione descrive anche una sintetica procedura per tali attribuzioni.

È prima di tutto necessario che vi sia stata un'analisi tecnica forense che abbia accertato che il bene o lo strumento informatico o telematico sia stato utilizzato, in tutto od in parte, per la commissione di uno dei reati previsti dalla norma.

La disposizione va intesa nel senso che l'assegnazione può essere disposta solo all'esito di una consulenza o perizia tecnica sul bene o strumento, allo scopo - da un lato - di evitare delle ingiustificate "espropriazioni" di apparecchiature informatiche e - dall'altro - di pregiudicare l'acquisizione di prove del reato.

Laddove si tratti di computers o dispositivi simili (si pensi ad un *tablet* o ad uno *smartphone*) sarà, pertanto, necessario che si sia già disposta la c.d. copia forense dell'*hard disk* o delle altre allocazioni di memoria dalle quali trarre la prova dell'utilizzo, ancorché parziale, del bene o strumento per la commissione del reato. Ove necessario, quindi, si dovrà attendere l'espletamento della perizia in dibattimento o nelle forme dell'incidente probatorio, qualora si sia nella fase *ante iudicium*.

Il secondo presupposto (in parte assorbito dalla previsione ora descritta) è che all'assegnazione non ostino esigenze processuali. Queste non possono che intendersi nel senso di esigenze probatorie, essendo difficilmente ipotizzabili ragioni processuali di natura diversa.

È, poi, necessario che vi sia una specifica richiesta di affidamento con facoltà d'uso da parte di un'articolazione delle forze di polizia o di altro organo dello Stato.

Il provvedimento è di competenza dell'auto-

rità giudiziaria procedente, che disporrà l'affidamento con ordinanza (da comunicarsi anche all'imputato od al terzo controinteressato non estraneo al reato)

Il capoverso dell'art. 86-*bis* prevede genericamente la possibilità di assegnazione alle "amministrazioni richiedenti" dei beni e strumenti informatici confiscati. Si può trattare, perciò, di qualsiasi ente pubblico (la natura pubblicistica la si desume dall'uso dell'espressione "amministrazioni").

La stessa disposizione, tuttavia, sembra prevedere una prelazione in favore degli organi di polizia o degli altri organi dello Stato che li abbiano avuti in affidamento già in costanza di sequestro.

L'art. 3 della legge n. 12 del 2012 va, infine, ad integrare la disciplina dell'art. 9 (operazioni sotto copertura) della legge n. 106 del 2006 attraverso l'introduzione del comma *9bis*.

La disposizione inserita, tuttavia, non è destinata a dispiegare i suoi effetti soltanto nella materia del crimine transnazionale (cui la legge n. 106 del 2006 si riferisce) bensì in tutte le fattispecie delittuose disciplinate dagli artt. 600-602 del codice penale.

Infatti, nonostante l'inserimento della novella in una normativa che ha come presupposto applicativo la transnazionalità della regudicanda, da tale precondizione si distacca l'intero dettato dell'art. 9 che si presta, nella sua interezza, a trovare applicazione anche in caso d'indagini concernenti reati che si realizzano esclusivamente nel territorio italiano.[ l. 15 febbraio 2012 n. 12].

## Novità sovranazionali / *Supranational News*

ELENA ZANETTI

La costante attenzione rivolta dal Consiglio d'Europa alla lotta contro le nuove forme di criminalità ha dato vita di recente ad un nuovo strumento di cooperazione. Il 28 ottobre 2011 (come già segnalato nel *precedente numero*, p. 11) è stata, infatti sottoscritta (da dodici Paesi tra cui l'Italia) e aperta alla firma a Mosca la *Convenzione sulla contraffazione dei prodotti medicinali e reati simili che implicano una minaccia alla salute pubblica* (MEDICRIME, STCE N. 211).

Il testo, originato dalla collaborazione tra EDQM (*European Directorate for the Quality of Medicines*) e Direzione Generale dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, è aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio stesso, dell'Unione europea e degli Stati non membri che abbiano partecipato alla sua elaborazione o ammessi a godere dello *status* di osservatori presso il Consiglio. La sua entrata in vigore è fissata – *ex art. 28* – al primo giorno del mese successivo alla scadenza di tre mesi dal conseguimento di cinque ratifiche, di cui almeno tre provenienti da Stati membri del Consiglio.

La convenzione si segnala per essere il primo strumento giuridico internazionale organico in materia. Molteplici e di assoluto rilievo sono gli obiettivi che essa si prefigge, a partire dalla messa a punto di una base normativa comune, che consentirà agli Stati parte di perseguire penalmente condotte illecite che rappresentano una seria minaccia per la collettività, quali fabbricazione, fornitura, traffico e promozione, anche via internet, di prodotti me-

dicali contraffatti; falsificazione della documentazione relativa ai farmaci; fabbricazione e commercializzazione di dispositivi medicali non conformi alle normative di settore.

Il contenuto della convenzione, che si compone di 33 articoli, si struttura – dopo le norme introduttive – secondo tre direttrici principali, che ricalcano gli scopi enunciati nell'art. 1, muovendo dalle disposizioni di natura sostanziale (artt. 5 – 13), cui è dedicato il capitolo II. Seguono, nel capitolo VI, l'individuazione di misure di protezione delle vittime, specie sul piano processuale (artt. 19 – 20) e la previsione di forme di cooperazione a livello sia nazionale (art. 17), sia internazionale (artt. 21 – 22), cui sono rispettivamente dedicati i capitoli IV e VII.

In merito al profilo di ordine sostanziale, si deve alla convenzione la definizione di alcune fattispecie di reato in tema di contraffazione (artt. 5 – 7) e di reati affini (art. 8) – punibili anche a titolo di concorso, favoreggiamento e tentativo (art. 9) – che gli Stati parte sono chiamati a recepire negli ordinamenti interni. Gli Stati parte sono altresì sollecitati ad adottare le norme necessarie a perseguire i reati *de quibus* (art. 10), predisponendo idonee modalità per la composizione di eventuali conflitti di giurisdizione. Inoltre, in linea con gli attuali orientamenti e al fine di assicurare una più efficace azione di contrasto è imposta l'introduzione nei sistemi nazionali della responsabilità – di natura penale, civile o amministrativa – delle persone giuridiche per i

reati che ricadono nell'area d'interesse della convenzione (art. 11).

Quanto al profilo della tutela delle vittime, l'obiettivo della salvaguardia dei loro diritti ed interessi viene attuato, in via generale, attraverso l'accesso alle informazioni rilevanti, specie se concernenti la difesa della salute, l'assistenza fisica, psicologica e sociale, la riparazione da parte degli autori di reato (art. 19). È, però, in prospettiva processuale che le istanze delle vittime ricevono un più concreto riconoscimento – come sancito dall'art. 20 – in ogni fase delle indagini e del procedimento. In questa prospettiva, il basilare diritto all'informazione e alla partecipazione si coniuga con quello ad essere sentiti, con la possibilità di produrre prove, con l'ausilio di servizi di supporto, con l'assistenza giuridica, se del caso in forma gratuita, anche grazie alla collaborazione di gruppi e associazioni, governativi e non.

Quanto poi al profilo della cooperazione, la convenzione scinde l'ambito di quella interna e di quella internazionale, trattandone separatamente. La prima si esplicherà, in prevalenza, nello scambio di informazioni e nella collaborazione tra i soggetti e le autorità interessati: tale approccio multisettoriale costituisce – secondo il *Rapporto esplicativo* (§ 111) – un elemento chiave nella lotta alla contraffazione. Sul versante internazionale della cooperazione – da intendersi nella forma più ampia possibile, comprensiva di sequestri e confisca – la convenzione si pone quale base giuridica per l'estradizione e l'assistenza giudiziaria rispetto ai reati di riferimento, in mancanza di un trattato *ad hoc*. Funzionale all'esercizio dell'attività di cooperazione è la creazione, da parte degli Stati contraenti, di un "punto di contatto nazionale" attraverso cui centralizzare l'invio e la ricezione di richieste di informazioni e di assistenza (art. 22, § 2).

Da segnalare, infine, la predisposizione di un meccanismo di *follow-up* affidato al Comitato degli Stati parte, istituito a norma dell'art. 23. A tale organo – indicato nel *Rapporto esplicativo*

(§ 148) quale centro di raccolta, analisi e condivisione di informazioni, esperienze e buone prassi – è attribuito il compito di verificare e favorire, anche attraverso attività di monitoraggio e l'elaborazione di raccomandazioni, l'efficace applicazione della convenzione.

\* \* \*

Con i due Rapporti adottati il 20 – 23 marzo 2012, durante la 54<sup>a</sup> sessione plenaria, si è concluso il terzo ciclo di valutazione – iniziato il 1° gennaio 2007 – del Gruppo GRECO (*Group of States against Corruption*) del Consiglio d'Europa riguardante l'Italia (quanto al precedente ciclo congiunto e alle procedure operative di GRECO v. *questa Rivista*, 2011, n. 5, p. 15).

Oggetto di indagine in quest'ultima tornata sono state le *Incriminzioni*, con riferimento agli artt. 1a e 1b, 2-12, 15-17, 19 § 1 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (STCE N. 173), 1-6 del suo Protocollo addizionale (STCE N. 191), e del Principio-guida 2 della Risoluzione (97)24 (incriminazione della corruzione) (Tema I); e la *Trasparenza del sistema di finanziamento dei partiti politici*, con riguardo agli artt. 8, 11, 12, 13b, 14 e 16 della Raccomandazione Rec(2003)4 sulle norme comuni contro la corruzione nel finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali, nonché del Principio-guida 15 della Risoluzione (97)24 (finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali) (Tema II). Come di consueto, entrambi i rapporti sono stati redatti sulla scorta delle risposte fornite al rispettivo questionario sottoposto alle autorità italiane (Greco Eval III (2011) 8E REPQUEST, Theme I and Theme II) e delle informazioni assunte durante la visita compiuta nel nostro Paese dai membri del gruppo di valutazione. La principale finalità del Rapporto dedicato al Tema I (Greco Eval III Rep. (2011) 7E – Theme I) è costituita dalla verifica dell'efficacia delle misure adottate dall'Italia per adeguarsi agli obblighi derivanti dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (Stra-

sburgo, 27 gennaio 1999) e dal suo Protocollo addizionale (Strasburgo, 15 maggio 2003). In quest'ottica, esso si apre con un'ampia e dettagliata disamina della normativa vigente in materia di corruzione (§§ 7 – 98), seguita da un'analisi critica altrettanto approfondita (§§ 99 – 127), per concludersi con una serie di raccomandazioni – ben nove – rivolte al nostro Paese al fine di elevare il grado di adesione alle disposizioni convenzionali *de quibus* (§§ 128 – 132).

Sul piano dell'analisi, muovendo dalla mancata ratifica da parte dell'Italia sia della Convenzione, sia del Protocollo addizionale – ad oggi solo firmati, rispettivamente il 27 gennaio 1999 e il 15 maggio 2003 – il Rapporto si sofferma sui ritardi e sulle lacune palesate dal nostro ordinamento sul fronte del recepimento delle diverse fattispecie relative alla corruzione contemplate in quei testi. Aspetti di particolare criticità sono stati, ad esempio, riscontrati nelle carenze della normativa concernente la corruzione nel settore privato (§§ 109 – 110); nell'inefficacia del regime sanzionatorio previsto per i reati in tema di corruzione (art. 2635 c.c.) (§§ 112 – 113); nell'eccessiva durata dei processi con conseguente elevato rischio di prescrizione (§§ 115 – 118); nell'inadeguatezza delle norme che regolano la giurisdizione italiana nei confronti dei reati commessi all'estero da cittadini (art. 9 c.p.) o da stranieri (art. 10 c.p.) (§§ 123 – 127).

In conclusione, il Rapporto pur rilevando come la previsione del reato di corruzione nel settore pubblico, sebbene articolata e complessa, risponda sostanzialmente agli *standard* della Convenzione penale sulla corruzione, sottolinea nel contempo i limiti che il nostro ordinamento mostra rispetto alla dimensione internazionale del reato e alla corruzione in ambito privato, la cui disciplina risulta assai restrittiva, applicandosi ad un numero molto esiguo di soggetti (§ 128). Si tratta di lacune che non hanno, comunque, impedito – il Rapporto non esita a riconoscerlo – la positiva azione svolta dalla magistratura nel perseguire e giudicare i reati in tema di corruzione an-

che se l'impatto derivante dalla prescrizione finisce sovente per vanificare l'efficacia di tale intervento (§ 129) (problematica già affrontata nel precedente ciclo di valutazione con una specifica raccomandazione, ma – come ben si sa – tuttora irrisolta).

La serie di raccomandazioni dirette all'Italia si apre con quella ad operare una sollecita ratifica della Convenzione penale sulla corruzione e del suo Protocollo addizionale (i), condizione preliminare per dar corso agli adeguamenti e alle modifiche richiesti in base a tali strumenti (ii – v), ad esempio, quanto all'ambito di applicazione della normativa sulla corruzione attiva e passiva dei pubblici ufficiali stranieri (ii), o alla incriminazione della corruzione nel settore privato (iv) e del traffico d'influenza (v). Si sollecitano, inoltre, le autorità competenti a compiere i passi opportuni affinché le norme in tema di corruzione e traffico d'influenza ricevano un'applicazione efficace, anche sotto il profilo del trattamento sanzionatorio (vi) e ad attivarsi sul fronte della prescrizione per ridurre gli effetti, anche attraverso un apposito piano d'azione da attuare entro tempi stabiliti (vii). Viene, infine, considerata, con riguardo ai fatti di corruzione commessi all'estero, l'eliminazione – ove previste – delle condizioni di procedibilità della richiesta del ministro della giustizia e della querela (ix).

Anche le conclusioni rassegnate nel Rapporto dedicato al Tema II (Greco Eval III Rep. (2011) 7E – Theme II) (§§ 149 – 153) sono di tenore critico, ponendo in risalto lacune e limiti del sistema di finanziamento dei partiti. In particolare, in esse si stigmatizza la frammentarietà dei controlli operati dalle pubbliche autorità in tale settore, oltre all'accentuato formalismo, che li rende di fatto inefficaci (§ 150). La gravità della situazione riscontrata impone al nostro Paese di affrontarla in via prioritaria, sulla base delle sette raccomandazioni formulate in chiusura del Rapporto.

Ai sensi dell'art. 30.2 delle Regole di procedura di GRECO, in entrambi i casi, le autorità italiane sono invitate a riferire sull'applicazio-

ne di tali raccomandazioni mediante rapporti da presentare entro il 30 settembre 2013.

\* \* \*

Lo scorso 1° maggio 2012 è entrato in vigore il Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione (STCE N. 209), concer-

nente la semplificazione delle procedure estradizionali in caso di consenso della persona ricercata (sul quale v. *questa Rivista*, 2011, n. 1, p. 11). È stato, infatti, raggiunto, con quella apposta dalla Lettonia il 26 gennaio 2012, il numero di ratifiche – tre – richiesto a tal fine dall'art. 14, § 2 del Protocollo stesso. L'Italia non ha ancora provveduto neppure a firmarlo.

## De jure condendo

GIOIA SAMBUCCO

In data 22 maggio 2012 è stato assegnato alle Commissioni riunite Giustizia e Igiene e Sanità del Senato l'esame del progetto di legge S. 3282 d'iniziativa del sen. Carlo Giovanardi – « *Modifiche all'articolo 94 del testo unico delle leggi in materia di disciplina di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, concernente l'affidamento in prova in casi particolari* ».

La relazione illustrativa della proposta motiva la ragione della modifica all'art. 94 del testo unico in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope con il fine di consentire al maggior numero di persone tossicodipendenti che hanno commesso reati di espiare la propria pena presso una struttura socio-sanitaria residenziale, pubblica o del privato sociale, al fine di trasformare la detenzione in carcere in un'opportunità di cura e di recupero.

Tale *ratio* appare assolutamente condivisibile giacché la finalità rieducativa - che, invero nell'ambito della attuale legislazione trova la sua massima espansione nell'ambito del rito penale minorile, costituendo il vero cardine sul quale è imperniato il microsistema processuale delineato nel d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 – non può essere ritenuta estranea alla legittimazione ed alla funzione stessa della pena, anche quando comminata nei confronti di un soggetto di età adulta, stante la necessità, costituzionalmente codificata, che «la pena, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, deb-

ba tendere a rieducare» tutti, indistintamente (cfr. C. cost., sent. 2 luglio 1990 n. 313).

Il d.d.l. si compone di un solo articolo che, *in primis*, modifica il comma 1 dell'art. 94 del citato t.u., elevando i limiti di pena entro cui è consentita la concessione del beneficio alternativo alla detenzione, innalzandoli da sei a sette anni ovvero da quattro a cinque se la pena è relativa ai reati di cui all'art. 4 *bis* della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Proposta di aumento che dovrebbe garantire il ricorso ad un istituto essenziale per assicurare la disassuefazione e la riabilitazione dei tossicodipendenti, favorendo, altresì, la loro uscita dal circuito penitenziario.

L'ulteriore modifica prevista nel d.d.l. in commento è invece relativa al comma 6 *bis* dell'art. 94 t.u. n. 309 del 1990 e consiste nel prevedere che, in ogni caso, il positivo completamento del programma di recupero del tossicodipendente-autore del reato determini la concessione di una detrazione della metà della pena eventualmente residua.

L'introduzione di questo ulteriore meccanismo di natura evidentemente "premiale" dovrebbe stimolare il tossicodipendente al recupero ed alla riabilitazione, attraverso il riconoscimento di una riduzione della pena per colui che dimostri, efficacemente, di essersi impegnato in tal senso.

\* \* \*

Al cospetto della Commissione Giustizia del Senato si trova altresì il d.d.l. S. 3129, d'inizia-

tiva dell'on. Anna Maria Bernini, recante le «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria del 2011».

Nel corpus normativo del d.d.l. assume, in questa sede, particolare rilievo l'art. 25, introdotto ed approvato in data 2 febbraio 2012 dall'Assemblea della Camera dei Deputati, in forza dell'emendamento presentato dall'on. Gianluca Pini che novella l'art. 2 della legge 13 aprile 1988 n. 117, in tema di «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati».

L'intervento normativo in esame in tema di responsabilità civile dei magistrati, riprendendo quanto già era stato delineato nel d.d.l. relativo alla legge comunitaria del 2010, poi espunto dal testo definitivo, è collegato alla procedura di infrazione comunitaria avviata nei confronti dello Stato Italiano (2009/2230) ed è finalizzato ad adeguare il nostro ordinamento a quello comunitario in considerazione dei moniti espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze 30 settembre 2003, emessa nella causa C-224/01 (Kobler) e 13 giugno 2006, emessa nella causa C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo Spa).

Il comma 1, lettera a), dell'art. 25 sostituisce il comma 1 dell'art. 2 l. n. 117 del 1988 ed introduce la possibilità per colui che abbia subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni – nelle ipotesi considerate nel medesimo articolo 2, ovvero per diniego di giustizia – di agire non solo contro lo Stato, ma anche contro il soggetto riconosciuto colpevole, per ottenere il risarcimento dei danni.

Ulteriore innovazione della novella contemplata nel d.d.l. in esame consiste nell'introduzione dell'ipotesi della «violazione manifesta del diritto», aggiuntiva rispetto ai già codificati titoli di imputazione della possibile responsabilità del magistrato: dolo ovvero colpa grave. L'ultima innovazione è rappresentata dall'aggiunta di un ultimo periodo al comma in que-

stione, con il quale viene precipuamente specificata la nozione di dolo, da intendersi cioè nel senso di «(...) carattere intenzionale della violazione del diritto».

L'introduzione della delineata possibilità di agire direttamente contro il magistrato, che attualmente è relegata alla sola ipotesi prevista *sub* art. 13 l. n. 117 del 1988 - secondo la quale «chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni ha diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato» - appare richiedere alcune ulteriori modifiche, quanto meno di coordinamento, delle quali, in verità, il progetto di legge non fa, attualmente, menzione.

Infatti il d.d.l. in esame non modifica il contenuto né raccorda le modifiche normative *ivi* espresse (consistenti e pregnanti) con le disposizioni di cui agli artt. 4 e 8 l. n. 117 del 1988 che sanciscono, rispettivamente, l'uno, il giudice competente per l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato e i termini entro cui, a pena di decadenza, tale azione deve essere esperita (art. 4 l. n. 117 del 1988); l'altro, la misura della rivalsa che, entro un anno dall'avvenuto risarcimento, lo Stato può esercitare nei confronti del magistrato (per la quale azione è competente il tribunale del capoluogo del distretto della corte d'appello, da determinarsi a norma dell'art. 11 c.p.p. e dell'art. 1 disp. att. c.p.p.), e che non può superare attualmente, ad eccezione dei casi di responsabilità del magistrato per dolo, una somma pari al terzo di un'annualità dello stipendio (né può comunque comportare, complessivamente, il pagamento di rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto), al netto delle trattenute fiscali, percepito dal giudicante al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, anche se dal fatto è derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità.

Non è dato neppure sapere se i suddetti limiti che attualmente vigono per l'azione di rivalsa e specificamente previsti *sub* art. 8 l. n. 117 del

1988 siano anche applicabili all'azione diretta introdotta dalla novella legislativa da parte del cittadino contro il magistrato.

La lettera b) dell'articolo in esame sostituisce l'art. 2, comma 2, l. n. 117 del 1988 ed elimina la disposizione che attualmente esclude la configurabilità della responsabilità in presenza di attività, da parte del magistrato, di interpretazione di norme di diritto.

Il suddetto art. 2, comma 2, l. n. 117 del 1988 viene infatti riformulato dalla novella legislativa contenuta nel progetto di legge, nella misura in cui è previsto che nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non possa dar luogo a responsabilità la sola attività di valutazione del fatto e delle prove, ad esclusione delle ipotesi previste *sub* art. 2, commi 3 e 3-bis della l. n.117 del 1988.

La terza ed ultima modifica apportata dal comma 1, lettera c) dell'art. 25 aggiunge, infine, all'art. 2, della l. n. 117 del 1988 il comma 3-bis, che sancisce come, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice «abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato, con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità ovvero alla inescusabilità dell'errore di diritto». Viene altresì precisato nell'ultimo capoverso della novella che «in caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

Per ragioni di completezza, è opportuno ricordare che i commi 2 e 3 dell'art. 25 del d.d.l. in commento dettano le norme di copertura

per gli effetti finanziari derivanti dall'articolo in esame.

\* \* \*

Prosegue, intanto, presso la Commissione Affari Esteri e Comunitari della Camera dei Deputati, l'iter legislativo del progetto di legge C. 5076, presentato il 21 marzo 2012, recante «Ratifica ed esecuzione dell' Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, fatto a Bruxelles il 10 maggio 2010».

Il d.d.l. in commento si compone di tre articoli: i primi due recano, rispettivamente, l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione dell'Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri e la Repubblica di Corea. L'articolo 3 dispone invece l'entrata in vigore della legge il giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Accompagnano il d.d.l. oltre che una relazione tecnica - che asserisce che dall'Accordo non derivano nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato italiano poiché, in estrema sintesi, le maggiori spese connesse sia all'attuazione della cooperazione rafforzata nei settori individuati, sia all'organizzazione dei dialoghi settoriali, sia alle riunioni del Comitato misto saranno interamente coperte dal bilancio comunitario - anche un'analisi tecnico-normativa, nella quale si sottolinea la necessità del ricorso alla legge di autorizzazione alla ratifica in quanto l'Accordo in questione rientra nella fattispecie di cui all'art. 80 Cost.

Volendo sinteticamente delineare il contenuto dell'Accordo quadro tra la Comunità europea e i suoi Stati membri da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, questo concerne il rafforzamento tra gli Stati contraenti del dialogo politico e delle relazioni bilaterali in un vasto numero di settori. Oltre all'instaurazione del dialogo politico, l'Accordo si incentra altresì sullo sviluppo della cooperazione in alcune aree definite opportunamente prio-

ritarie con particolare riferimento a sviluppo economico, sviluppo sostenibile, cultura, giustizia, libertà e sicurezza.

L'Accordo si compone di 53 articoli organizzati in dieci titoli.

In particolare, per quel che rileva in questa sede, il titolo VII che consta di otto articoli (artt. 30-38) disciplina la cooperazione nel settore della giustizia, libertà e sicurezza.

Precisamente, nell'art. 30 le Parti convergono nell'annettere fondamentale importanza alla promozione dello stato di diritto, all'indipendenza della magistratura, all'accesso alla giustizia e ad un processo equo.

All'art. 31, invece, è proclamata la cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, per la quale si incoraggiano la ratifica e il rispetto delle convenzioni internazionali in materia. Quanto alla cooperazione giudiziaria in materia penale, prevista sempre *sub* art. 31, le Parti si impegnano a migliorare gli strumenti internazionali sulla reciproca assistenza e l'estradizione.

Al fine di migliorare gli *standard* relativi alla tutela dei dati personali, l'Accordo prevede, all'art. 32, forme di assistenza consistenti in scambi di informazioni e di consulenze tra gli Stati aderenti.

L'art. 33 dell'Accordo invece, disciplina la cooperazione in materia di migrazione e il disposto prevede, nello specifico, il contrasto della migrazione illegale e della tratta di esseri umani, nonché la predisposizione di misure per la riammissione dei propri cittadini anche attraverso l'eventuale conclusione di un (fu-

turo) accordo che disciplini gli obblighi specifici delle parti.

Negli artt. 34 e 35 le Parti convengono una collaborazione, rispettivamente, nella lotta contro il traffico di stupefacenti e contro la criminalità organizzata e la corruzione, concordando gli opportuni metodi di cooperazione, delineati nel successivo art. 37 dell'Accordo. Questi ultimi, in breve, si programma siano attuati sotto forma di una "assistenza reciproca nelle indagini", di condivisione di tecniche investigative, di corsi di formazione e di addestramento comuni per gli operatori preposti all'attività di contrasto.

Inoltre, nell'art. 36 le Parti proclamano anche il loro intento di cooperare per impedire l'utilizzo dei rispettivi sistemi finanziari per il riciclaggio di denaro sporco anche attraverso l'applicazione di norme equivalenti a quelle adottate dagli organismi internazionali competenti, quali il FATF (Gruppo di azione finanziaria internazionale sul riciclaggio del denaro).

Infine, nell'art. 38 dell'Accordo è previsto il rafforzamento alla lotta contro la criminalità ad alta tecnologia, informatica ed elettronica e contro la diffusione di contenuti terroristici su *internet* mediante lo scambio di informazioni e di esperienze pratiche nel rispetto delle rispettive legislazioni nazionali e nei limiti della propria competenza. A tal fine è anche convenuto lo scambio reciproco tra le Parti di informazioni nei settori dell'istruzione e della formazione di investigatori specializzati nella criminalità informatica, delle indagini sulla criminalità informatica e della scienza forense digitale.

## Corti europee / *European Courts*

ANTONIO BALSAMO

Il tema dei rapporti tra il processo penale e la libertà di stampa è al centro della sentenza emessa il 12 aprile 2012 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Martin e altri contro Francia, che ha ravvisato una violazione del diritto alla libertà di espressione, garantito dall'articolo 10 della Convenzione, nell'ipotesi di perquisizione effettuata nei confronti di un giornalista per identificare le fonti da cui il medesimo abbia ricevuto notizie coperte da segreto professionale ma attinenti ad un tema di interesse generale, ed esposte in modo affidabile e preciso nel rispetto delle regole deontologiche.

Il ricorso alla Corte di Strasburgo è stato proposto da quattro giornalisti del quotidiano *Le Midi Libre*, i quali nell'ottobre 2005 avevano pubblicato alcuni articoli contenenti ampi estratti di un rapporto di osservazioni provvisorie, strettamente confidenziale, predisposto dalla Corte Regionale dei Conti della *Languedoc - Roussillon*, che criticava la gestione di tale regione nel periodo della presidenza di J.B., un membro del Senato francese.

Il predetto parlamentare aveva presentato un esposto, con costituzione di parte civile, per i reati di violazione del segreto professionale e di ricettazione conseguente alla medesima violazione.

Allo scopo di accertare le circostanze nelle quali i giornalisti avevano ottenuto le informazioni poste alla base dei loro articoli, il giudice istruttore, nel giugno 2006, aveva disposto una perquisizione nei locali del giornale, nel

corso della quale erano stati sequestrati diversi documenti ed era stata estratta una copia del disco fisso dei computer dei ricorrenti.

I risultati dell'indagine non permisero di identificare la persona che aveva trasmesso il rapporto confidenziale ai giornalisti. Questi ultimi, interrogati dal giudice istruttore, esercitarono il diritto al segreto sulle loro fonti. Essi, inoltre, domandarono l'annullamento della perquisizione, del sequestro e degli atti consequenziali, per violazione dell'art. 10 della Convenzione. Tale domanda fu però respinta sia dalla Sezione Istruttoria della Corte di Appello di Montpellier, sia dalla Corte di Cassazione francese, la quale con sentenza del 4 dicembre 2007 affermò che la perquisizione era stata effettuata in conformità al codice di procedura penale e che la limitazione alla libertà di espressione era necessaria e proporzionata ai fini legittimamente perseguiti, consistenti nella tutela dei diritti di terzi (in particolare della presunzione di innocenza), nella protezione di informazioni confidenziali e nella necessità di prevenire comportamenti che ostacolavano la ricerca della verità.

Nelle more, in data 22 maggio 2007 il giudice istruttore emise una ordinanza di non luogo a procedere in favore dei giornalisti, rilevando che non era stato possibile stabilire se l'autore della divulgazione fosse vincolato al segreto professionale e che quindi, in difetto della prova del delitto presupposto, non era configurabile il reato di ricettazione.

L'esito favorevole del procedimento penale non ha impedito alla Corte europea dei diritti dell'uomo di ravvisare una violazione dell'art. 10 della Convenzione, che sancisce il diritto alla libertà di espressione.

Sul piano dei principi giuridici, la Corte di Strasburgo ha anzitutto ribadito alcune delle idee-guida della sua giurisprudenza, sottolineando come la libertà di espressione costituisca uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, come le garanzie da assicurare alla stampa rivestano una importanza particolare, e come la protezione delle fonti giornalistiche sia una delle pietre angolari della libertà di stampa; infatti «l'assenza di tale protezione potrebbe dissuadere le fonti giornalistiche dall'aiutare la stampa ad informare il pubblico su questioni di interesse generale», ridimensionandone così la capacità di «svolgere il suo ruolo indispensabile di "cane da guardia"» e di «fornire informazioni precise e affidabili».

La linea di pensiero che si manifesta nella sentenza Martin è quella di estendere decisamente l'ambito di tutela della libertà di stampa, includendovi anche gli atti preparatori alla pubblicazione (come le attività di ricerca e di indagine sviluppate dai giornalisti) e specificando che le garanzie apprestate dall'art. 10 della Convenzione non si riferiscono soltanto alla sostanza e ai contenuti dell'informazione, ma anche ai suoi mezzi di trasmissione (cfr. Harris, O'Boyle e Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 465).

Il tessuto di valori da cui muove l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo si ricollega alla concezione, maturata storicamente nella seconda metà del '700 nell'ambito del giornalismo anglosassone, del ruolo della stampa come cane da guardia dei diritti dei cittadini (*watchdog for citizen rights*) e strumento di controllo dell'attività del potere politico. Un compito, questo, che presenta uno stretto legame con l'indipendenza del sistema dell'informazione. Non a caso, la paternità di

tale concezione viene comunemente attribuita all'intellettuale inglese Edmund Burke, la cui attività politica, saggistica e filosofica si sviluppò negli ultimi decenni del XVIII secolo, in posizione esplicitamente critica nei confronti dell'illuminismo, ma sulla base di un bagaglio concettuale profondamente radicato nella cultura liberale. Secondo Thomas Carlyle, nel suo scritto *On Heroes, Hero-Worship, & the Heroic in History*, proprio Burke durante un dibattito parlamentare del 1792 avrebbe valorizzato fortemente il ruolo della stampa come "quarto stato" (*fourth estate*), ritenuto "più importante" dei tre ordini di potere tradizionali (gli "stati", rispettivamente formati dalla nobiltà, dal clero e dai "comuni") presenti in via ufficiale nel parlamento britannico. Si tratta di una visione che inserisce la stampa tra i pesi e contrappesi di una democrazia rappresentativa, esaltandone la funzione politica svolta nell'interesse della collettività secondo modalità "informali", parallele ai tradizionali canali istituzionali di natura ufficiale.

Questo ordine di idee ha mantenuto una grande carica di attualità anche due secoli dopo il tramonto dei tre "stati" presenti in parlamento e la compiuta affermazione del principio di separazione dei poteri. E' significativo che il «ruolo fondamentale nel dibattito democratico svolto dalla libertà di stampa» sia stato posto in risalto da una recente pronuncia della Corte di Cassazione italiana (Cass., Sez. V, 21 febbraio 2007, n. 25138) che richiama l'affermazione, reiteratamente presente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui «i giornali sono i "cani da guardia" (*watch-dog*) della democrazia e delle istituzioni, anche giudiziarie».

Deve dunque riconoscersi che la "mediazione culturale" della Corte di Strasburgo ha svolto un'importante funzione di orientamento della giurisprudenza interna in materia di libertà di stampa, influenzando sulla stessa autocoscienza della magistratura in modo da allontanare ogni tendenza autoreferenziale e da potenziare quella «filosofia giudiziale che vede nella

protezione della democrazia in generale, e dei diritti umani in particolare, il ruolo essenziale del giudice» (per usare una felice espressione impiegata da Aharon Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: a Reply to Justice Scalia*).

Nella riflessione non solo filosofico-politica, ma anche giuridica, sviluppatasi a partire dal secolo scorso, sono spesso affiorati molteplici profili critici su alcuni dei presupposti di base della concezione che individua nella stampa un fattore di sviluppo dell'etica pubblica e della partecipazione consapevole alla vita istituzionale.

L'idea del "dominio dell'opinione pubblica" e del suo controllo permanente sull'esercizio del potere politico grazie alla libertà di stampa, e la sottostante fiducia del pensiero liberale nella proprietà privata degli organi di informazione come garanzia contro le ingerenze del potere pubblico, hanno dovuto fare i conti con un mutamento di struttura del sistema dei *mass-media* che ha condotto ad una "rifeudalizzazione" della sfera pubblica con la formazione di un oligopolio di centri di potere sociale funzionali alla fabbricazione del consenso in favore di interessi privati privilegiati (su tutta la materia in questione, cfr. J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari, 1995, p. 153 ss.).

È quindi emerso con forza il problema della responsabilità sociale degli organi di informazione (*media accountability*), quale presupposto indispensabile per l'effettiva esplicazione del ruolo di controllo sull'operato dei pubblici poteri.

Delle complesse problematiche che delineano il volto attuale dei rapporti tra libertà di stampa e valori democratici, sembra essere ben consapevole anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che accompagna ad una amplissima tutela della libertà di espressione (come diritto sia di dare, che di ricevere informazioni) la indicazione delle linee-guida per il suo necessario bilanciamento con altri diritti fondamentali,

operanti nella sfera processuale come pure in quella extraprocessuale (sul tema cfr. le profonde riflessioni di C. Valentini, *Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione bloccata*, in questa rivista, 2011, n. 3, p. 132 ss.).

Il "punto di vista esterno" della Corte di Strasburgo mette così in evidenza le carenze di tutela presenti nel nostro sistema penale, sia sostanziale che processuale, rispetto non solo alla libertà di stampa, ma anche ad altri diritti fondamentali coinvolti a vario titolo nelle dinamiche della cronaca giudiziaria.

In questa prospettiva, possono trarsi sicuramente spunti di notevole interesse proprio dalla sentenza Martin della Corte europea, che si inserisce in un ampio filone giurisprudenziale volto ad individuare il fondamento, le conseguenze e i limiti della protezione del segreto sulle fonti giornalistiche.

Nella materia in esame, il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte consiste in una rigorosa restrizione del margine di apprezzamento rimesso alle autorità nazionali per accertare l'esistenza di quel "bisogno sociale imperioso" che rappresenta il presupposto necessario di ogni misura investigativa focalizzata sulle fonti di informazione dei giornalisti: le limitazioni alla segretezza delle fonti devono essere giustificate da un "imperativo preponderante di interesse pubblico" per non tradursi in una ingerenza sulla libertà di stampa incompatibile con l'art. 10 della Convenzione.

Nell'applicare i presupposti principi alla varietà dei casi concreti, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha preso in esame anzitutto l'ipotesi di una interferenza "diretta", realizzata attraverso l'ordine, rivolto dall'autorità giudiziaria al giornalista, di rivelare l'identità delle sue fonti.

Al riguardo, l'atteggiamento restrittivo della Corte è evidenziato da numerose pronunce di condanna per violazione dell'art. 10. Si è, in particolare, ritenuto ingiustificato il provvedimento giurisdizionale impositivo dell'obbligo di rivelare le fonti in vicende che riguardavano la divulgazione di piani aziendali segreti

(Corte edu, 27 marzo 1996, Goodwin c. Regno Unito), di indagini penali sul traffico di armi (Corte edu, 22 novembre 2007, Voskuil c. Olanda), di offerte pubbliche di acquisto (Corte edu, 15 dicembre 2009, Financial Times Ltd e altri c. Regno Unito).

Per converso, la Corte, con la sentenza emessa l'8 dicembre 2005 nel caso Nordisk Film & TV A/S contro Danimarca, ha considerato come una misura proporzionata e finalizzata ad uno scopo legittimo, ed ha quindi ritenuto compatibile con l'art. 10 della Convenzione, l'ordine di consegnare all'autorità i risultati delle indagini svolte da un giornalista che, per realizzare un *reportage* sulla pedofilia, si era infiltrato sotto falsa identità in una associazione dedicata a tale attività delittuosa. In proposito, la Corte ha ravvisato una valida giustificazione della ingerenza compiuta dalla pubblica autorità sulla libertà di espressione nell'obiettivo di prevenire gravi forme di criminalità (in particolare, delitti di abuso in danno di minori, che comportavano una violazione di altri diritti fondamentali). Sembra che questo principio possa assumere una valenza generale, anche se nel caso concreto non si trattava di "fonti giornalistiche" in senso tradizionale, dato che le persone le cui dichiarazioni o condotte erano state registrate o filmate non erano consapevoli di ciò.

Non meno rigorosa è apparsa la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel valutare la compatibilità con l'art. 10 della Convenzione di ipotesi nelle quali si riscontrava una interferenza "indiretta", consistente in perquisizioni e sequestri eseguiti presso l'abitazione o il luogo di lavoro del giornalista.

Di particolare interesse sono le sentenze emesse il 25 febbraio 2003 nel caso Roemen e Schmitt contro Lussemburgo ed il 15 luglio 2003 nel caso Ernst contro Belgio. Entrambe le pronunce pongono a carico delle autorità nazionali, nei casi in cui le informazioni pubblicate si riferiscono a questioni di interesse pubblico, il gravoso onere di dimostrare che misure diverse dalle perquisizioni e dai sequestri a ca-

rico del giornalista, come ad esempio l'interrogatorio dei pubblici ufficiali, non avrebbero potuto assolvere efficacemente la funzione di prevenire comportamenti criminosi.

Significativi sono pure i principi affermati dalla sentenza adottata il 27 novembre 2007 nel caso Tillack contro Belgio, che sottolinea che il diritto del giornalista di non rivelare le sue fonti non può essere considerato come un mero privilegio suscettibile di essere accordato o meno in dipendenza della legalità o illegalità delle fonti stesse, trattandosi, invece, di una componente del diritto di informazione.

In questo filone si iscrive anche la recentissima sentenza emessa nel caso Martin, che contiene alcune pregnanti indicazioni. Anzitutto, si precisa che la assenza di significativi risultati probatori della perquisizione, e lo stesso esito favorevole del procedimento penale per il giornalista, non impediscono di ravvisare nella esecuzione della predetta misura una ingerenza nel diritto alla libertà di espressione, inteso come diritto di ricevere e comunicare informazioni.

La sentenza in commento, inoltre, applica nella materia della protezione della riservatezza delle fonti il principio generale secondo cui la garanzia offerta dall'art. 10 ai giornalisti, sulle questioni di interesse generale, è subordinata alla condizione che essi agiscano in buona fede e forniscano informazioni affidabili e precise, nel rispetto della deontologia professionale.

Sotto questo profilo, la pronuncia si pone in continuità con l'orientamento giurisprudenziale (espresso, tra l'altro, dall'importante sentenza emessa il 7 giugno 2007 nel caso Dupuis contro Francia), che valorizza i criteri della pertinenza a un interesse generale, della "qualità" dell'informazione, e dell'osservanza delle regole deontologiche, quali pre-condizioni per l'operatività delle garanzie previste dall'art. 10 della Convenzione.

Infine, la sentenza in commento ha ribadito la natura dell'onere probatorio gravante sulle autorità nazionali per stabilire la proporzionalità dell'ingerenza, rilevando che nel caso

di specie era rimasta indimostrata la impossibilità di adottare misure diverse dalla perquisizione nella redazione del giornale al fine di accertare le eventuali violazioni del segreto professionale e le connesse imputazioni a carico dei cronisti.

In presenza delle suddette condizioni, le univoche indicazioni desumibili dalla sentenza Martin sono nel senso della illegittimità della perquisizione e del sequestro, per violazione di un diritto fondamentale protetto a livello costituzionale e convenzionale, quale la libertà di informazione.

L'indirizzo ermeneutico accolto dalla Corte di Strasburgo implica la necessità di portare ad ulteriori sviluppi le opzioni di fondo espresse di recente dalla giurisprudenza di legittimità italiana (Cass., Sez. II, 9 dicembre 2011, n. 48587) che, nel richiedere un rigoroso rispetto del criterio di proporzionalità tra il contenuto del sequestro probatorio disposto nei confronti di un giornalista e le esigenze di accertamento dei fatti, ha elaborato una interpretazione restrittiva dei limiti legali che condizionano la legittimità degli atti di interferenza sulla libertà di informazione, esigendo non solo che la rivelazione della fonte sia indispensabile per la prova dello specifico fatto delittuoso sul quale verte l'attività di indagine, ma anche che le notizie non possano essere altrimenti accertate. Il principio per cui ogni attività di ingerenza rispetto alle fonti deve rappresentare «la *extrema ratio* cui ricorrere per poter conseguire la prova necessaria per perseguire il reato» è stato dunque applicato ai provvedimenti che dispongono o mantengono «un vincolo di natura reale su cose del giornalista dalle quali possa risalirsi alla fonte».

Le indicazioni della giurisprudenza europea non solo confermano la esattezza di questo orientamento, ma inducono ad estenderne la portata in misura ulteriore rispetto a quanto abbia fatto finora la giurisprudenza di legittimità, che ha concentrato la propria valutazione essenzialmente sul nesso di specificità tra

la cosa sequestrata e le esigenze probatorie: il parametro della impossibilità di accertare altrimenti il reato per cui si procede, infatti, assume una pregnante rilevanza ai fini della verifica della legittimità del mezzo di ricerca della prova in sé considerato, anche a prescindere dal suo risultato concreto.

Non deve, comunque, cadersi nell'equivoco di ritenere che l'adeguamento del sistema interno alle indicazioni della Corte di Strasburgo abbia carattere "unidirezionale", risolvendosi in una sorta di tutela "assoluta" della libertà di stampa, senza alcuna considerazione delle contrapposte esigenze di rispetto della *privacy*.

Al contrario, una visione "a 360 gradi" degli effetti della Convenzione sul sistema processuale italiano lascia percepire le palesi inadeguatezze della disciplina codicistica proprio in uno dei settori che hanno suscitato maggiori controversie.

Si tratta della materia delle intercettazioni, in cui le "maglie larghe" del sistema di selezione delle comunicazioni, la inadeguatezza del rimedio della distruzione delle conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, la insufficienza del sistema di repressione dei comportamenti illeciti, costituiscono altrettanti punti deboli della disciplina interna, suscettibili di dare luogo a violazioni dell'art. 8 della Convenzione.

In realtà, proprio sul tema delle intercettazioni si riflettono problematiche che superano di molto i confini del diritto processuale penale, e si collocano, invece, sullo scenario dei principi fondamentali della democrazia, come il ruolo della libertà di informazione, la trasparenza dell'operato delle persone investite di pubblici poteri, le interferenze dello Stato nella vita privata dei cittadini.

La sfida delle nuove tecnologie sta mettendo in crisi alcune delle idee-cardine su cui si è imperniata la riflessione giuridica e politica dall'Illuminismo in poi. Si pensi, ad esempio, al binomio che unisce *privacy* e democrazia, ed a quello che unisce garantismo penale e pubblicità.

Da un lato, come ha spiegato Stefano Rodo-

tà nella sua *Intervista su privacy e libertà*, Laterza, 2005, la protezione rafforzata ad alcuni aspetti della vita privata è servita, in realtà, a rafforzare la libertà collettiva, la libertà di agire nella sfera pubblica, contro la formula dell' "uomo di vetro", che è nata nella Germania nazista ed è tipica di tutti i totalitarismi, i quali si fondano sulla negazione assoluta di ogni distinzione tra sfera privata e sfera pubblica. Dall'altro lato, la pubblicità del giudizio è stata vista dalla cultura illuministica come un elemento costitutivo del processo accusatorio, come un fondamentale strumento di controllo sia esterno sia interno dell'attività giurisdizionale, come un argine all'arbitrio. Scriveva Cesare Beccarla: «pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che è forse il solo cemento della società, imponga un freno alla forza»; Voltaire si domandava: «davvero il segreto si conviene alla giustizia? Non dovrebbe essere proprio solo del crimine nascondersi? »". Nella visione di Bentham, la pubblicità «è la più efficace garanzia delle testimonianze» (di cui assicura, grazie al controllo del pubblico, la veridicità), «fonda la fiducia pubblica» sui giudizi, rafforza l'indipendenza dei magistrati accrescendone la responsabilità sociale e neutralizzando i vincoli gerarchici e lo spirito di corpo. La conclusione, secondo Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000, p. 634-635, 761), è che esiste un nesso indissolubile tra pubblicità e democrazia nel processo; l'opzione per la trasparenza dei giudizi rappresenta la scriminante più sicura tra culture giuridiche democratiche e culture autoritarie. Con la precisazione, però, che la pubblicità del processo non ha nulla a che ve-

dere con la sua risonanza o spettacolarità, accresciuta dall'ambiguo rapporto instauratosi con i *mass-media*. Una mutazione, questa, che segnala il prevalere della funzione intimidatrice e stigmatizzante del processo rispetto a quella della pena, ed il riapparire dell'antica funzione infamante dell'intervento penale che caratterizzò i sistemi giuridici premoderni, con la differenza che la sanzione più temibile nella maggior parte dei processi penali – costituita dalla pubblica diffamazione dell'imputato – viene adesso applicata nei confronti di un soggetto che è presunto innocente.

E' proprio sul terreno delle intercettazioni che si evidenzia la attuale difficoltà di tenuta del sistema di rapporti che collega i principi della democrazia con quelli della pubblicità processuale e del rispetto della *privacy*: la necessità di una parziale limitazione di taluno dei valori in gioco è un portato diretto delle nuove tecnologie, sempre più invasive ma comunque indispensabili per condurre una seria lotta a fenomeni criminali che, a loro volta, utilizzano intensamente le risorse della tecnica. Inoltre, distinguere tra la pubblicità del processo e la sua spettacolarizzazione è divenuto estremamente difficile nell'era di *internet*, che consente la più ampia conoscenza degli atti processuali ma, al tempo stesso, rende potenzialmente incontrollabile la diffusione, la selezione e la "gestione" delle informazioni.

La dimensione globale del problema, d'altro canto, rende ancor più importante il riferimento, in tutta questa materia, agli *standard* internazionali di tutela dei diritti fondamentali, che costituiscono la via obbligata per la elaborazione di modelli di protezione capaci di circolare nello spazio giuridico europeo.

# Corte costituzionale

ALESSIA ESTER RICCI

La Corte costituzionale (sentenza 3 maggio 2012, n. 110) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, 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*), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Con ordinanza depositata il 22 agosto 2011 (r.o. n. 246 del 2011) il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Ancona solleva questione di legittimità costituzionale, ritenendo che l'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui richiama l'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. in relazione al delitto dell'art. 416 c.p. finalizzato alla realizzazione dei reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p., contrasti con l'art. 3 Cost., «derogando al principio di uguaglianza sulla base di una scelta irragionevole perché impositiva di una presunzione assoluta in materia

di misure cautelari non basata su una peculiare specificità della fattispecie penale alla quale fa riferimento»; conseguentemente la norma censurata sarebbe lesiva anche del principio di inviolabilità della libertà personale e della presunzione di non colpevolezza, in quanto si basa su «una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare massima senza una ragionevole specificità della fattispecie stessa».

Nel sollevare la questione di legittimità costituzionale il rimettente richiama i principi già affermati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed espressi nella sentenza n. 265 del 2010, sostenendo che il necessario corollario di tali principi è l'uguale principio per il quale «in materia cautelare in astratto il regime non deve prevedere presunzioni od automatismi atteso che essi contrasterebbero con la natura individualizzante della disciplina delle misure stesse che il giudice deve ancorare al "caso concreto" proprio per rendere concreti i principi della proporzionalità, adeguatezza e minor sacrificio». Il sistema legislativo, sottolinea il rimettente, è ancorato a tali principi, fatte salve alcune eccezioni che hanno superato il vaglio di legittimità costituzionale, quali la disciplina derogatoria relativa all'art. 416-bis c.p., di cui l'ordinanza n. 450 del 1995 della Corte ha ritenuto la legittimità costituzionale.

Nel richiamare anche la sentenza n. 164 del 2011, il rimettente osserva che, in relazione alle

fattispecie oggetto di quest'ultima pronuncia e della precedente sentenza n. 265 del 2010, la Corte ha concluso che non poteva escludersi la possibilità che «nei congrui casi anche una misura meno afflittiva di quella carceraria potesse essere del tutto adeguata divenendo irrazionale una disciplina che per presunzione assoluta la escludesse». Interrogandosi sulla possibilità di estendere tale conclusione alla fattispecie in esame, il rimettente rileva come, pur non potendosi parlare di reato relativo a condotte meramente individuali, non si attagliano ad essa i canoni interpretativi concernenti le fattispecie di mafia.

Esclusa la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, in considerazione della specificità e della eterogeneità delle singole fattispecie cui si riferisce l'art. 275, comma 3, censurato, ad avviso del rimettente è certamente carente, nell'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p., «un forte radicamento in un dato territorio, come pure l'uso di forme di intimidazione e lo stesso legame associativo è basato su un rapporto di mera convenienza economica e non sul rispetto di codici di onore o patti di similare valore»: nella fattispecie in esame farebbero, dunque, difetto proprio le caratteristiche che hanno portato la Corte a ritenere non irragionevole la deroga della disciplina generale delle misure cautelari stabilita per i reati di mafia (ordinanza n. 450 del 1995).

La natura associativa della fattispecie, inoltre, non sarebbe ostativa a una valutazione di irragionevolezza della previsione della sola custodia cautelare in carcere, come confermerebbe la sentenza n. 231 del 2011, relativa alla diversa, e ben più grave, fattispecie associativa prevista dall'art. 74 del d.p.r. 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*).

La Corte riconosce la fondatezza della questione, ribadendo che «le presunzioni assolu-

te, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» e che «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (sentenza n. 139 del 2010).

L'evenienza indicata è stata riscontrata in rapporto alla presunzione assoluta in questione, nella parte in cui era riferita ai delitti a sfondo sessuale prima indicati (sentenza n. 265 del 2010), all'omicidio volontario (sentenza n. 164 del 2011), all'associazione finalizzata al narcotraffico (sentenza n. 231 del 2011) e alle figure di favoreggiamento delle immigrazioni illegali richiamate dall'art. 12, comma 4-bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 (sentenza n. 331 del 2011). A tali figure delittuose non poteva, infatti, estendersi la *ratio* giustificativa del regime derogatorio già ravvisata dalla Corte, con l'ordinanza n. 450 del 1995, per i delitti di mafia, considerando che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncane i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

Al riguardo la Corte ritiene particolarmente significativo il richiamo alla sentenza n. 231 del 2011, con la quale è stata dichiarata illegittima la presunzione *de qua* in riferimento a una fattispecie associativa. Con tale pronuncia, infatti, la Corte ha avuto modo di porre in evidenza che il delitto di associazione di tipo mafioso è «normativamente connotato – di riflesso ad un dato empirico-sociologico – come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e

di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti. Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso. Sono tali peculiari connotazioni a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione considerata, rendendo ragionevole la convinzione che, nella generalità dei casi, le esigenze cautelari derivanti dal delitto in questione non possano venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria, in quanto idonea – come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – "a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine", minimizzando "il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti" (sentenza 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*)».

La sentenza n. 231 del 2011 ha escluso che altrettanto possa dirsi per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, che si concreta «in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine (i delitti previsti dall'art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990)»; si tratta, dunque, di «fattispecie, per così dire, "aperta", che, descrivendo in definitiva solo lo scopo dell'associazione e non anche specifiche qualità di essa, si presta a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto i più diversi ed eterogenei».

I giudici costituzionali sostengono dunque che le argomentazioni appena richiamate siano riferibili anche al delitto di associazione per delinquere realizzato allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. Difatti, anche a tale figura criminosa, in-

centrata sulla norma incriminatrice "generale" dell'associazione per delinquere, dettata dall'art. 416 c.p., è confacente la definizione di fattispecie "aperta", qualificata solo dalla tipologia dei reati-fine (i delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p.) e non già da specifiche connotazioni dell'associazione stessa. In particolare, il paradigma legale della figura criminosa in esame è del tutto svincolato da quelle connotazioni normative (la forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva) proprie dell'associazione di tipo mafioso e in grado di fornire, con riguardo ad essa, una congrua "base statistica" alla presunzione in esame. All'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. sono, dunque, riconducibili fattispecie concrete diverse, come è confermato da alcuni orientamenti della Corte di cassazione, che per la configurazione del reato *ex art.* 416 c.p. ha ritenuto sufficiente ora l'esistenza di strutture anche rudimentali (Cass., sez. VI, 15 giugno 2011, n. 25698), ora lo svolgimento dell'attività associativa per un breve periodo (Cass., sez. V, 5 maggio 2009, n. 31149). Pertanto, a parere dei giudici costituzionali, il rimettente ha correttamente sostenuto che nella fattispecie in esame fanno difetto le caratteristiche che hanno portato a ritenere legittimo il regime cautelare speciale per i reati di mafia. Deve, inoltre, escludersi che l'inserimento dell'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. tra i reati indicati dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. sia idoneo a offrire legittimazione costituzionale alla norma in esame: la Corte ha, infatti, chiarito che la disciplina stabilita dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. risponde a «una logica distinta ed eccentrica rispetto a quella sottesa alla disposizione sottoposta a scrutinio», trattandosi di una norma «ispirata da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati, ma

che non consentono inferenze in materia di esigenze cautelari, tantomeno al fine di omologare quelle relative a tutti procedimenti per i quali quella deroga è stabilita» (sentenza n. 231 del 2011).

Come già precisato dalla stessa Corte, ciò che vulnera i parametri costituzionali sopra richiamati non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del «minore sacrificio necessario». La previsione, invece, di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (sentenze n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011, e n. 265 del 2010).

\* \* \*

La Corte costituzionale (ordinanza 10 maggio 2012, n. 127) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 571 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 24 della Costituzione, dal Tribunale di Palermo «nella parte in cui non prevede che, limitatamente alle statuizioni di contenuto patrimoniale, gli eredi dell'imputato possano proporre impugnazione nel caso di morte del dante causa intervenuta dopo la sentenza di primo grado e prima della proposizione della impugnazione».

Secondo il rimettente la norma censurata sarebbe in contrasto con l'articolo 3 Cost., facendo dipendere la posizione degli eredi da «un evento assolutamente imprevedibile, quale l'epoca della morte del loro dante causa, perché nel caso di morte intervenuta prima della impugnazione l'erede rimarrebbe privo di tutela, mentre nel caso di morte successiva

all'impugnazione l'erede potrebbe beneficiare della pronuncia emessa in secondo grado», e con l'art. 24 Cost., in quanto determinerebbe un'ingiustificata compressione del diritto di difesa, «con impossibilità di fruire di un secondo grado di merito e del controllo di legittimità, in relazione ad un evento del tutto imprevedibile ed estraneo alla sfera di intervento dei soggetti pregiudicati dalla decisione».

Al riguardo il rimettente afferma che la giurisprudenza ha invece ritenuto che la morte dell'imputato successiva alla pronuncia di primo grado e anteriore all'impugnazione non comporti il passaggio in giudicato delle statuizioni civili contenute nella stessa pronuncia, perché verrebbe meno il rapporto processuale principale, sul quale si innesta quello processuale civile, con la conseguente impossibilità per il giudice penale di decidere sulla pretesa civile azionata in sede penale, e vi sarebbe, quindi, «caducazione del rapporto processuale e salvezza del diritto degli eredi a coltivare l'azione civile nella competente sede civile».

Osserva ancora il rimettente che, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., il giudice di appello decide sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili, anche nel caso di estinzione per amnistia o prescrizione «e non anche – significativamente – nel caso di morte dell'imputato»; inoltre, la progressiva estensione delle ipotesi di confisca richiederebbe in modo più pregnante il rispetto sostanziale delle garanzie difensive, anche rispetto ai terzi pregiudicati dal provvedimento, considerata l'entità degli interessi patrimoniali in gioco.

Nella situazione considerata il rimettente riferisce che, nei confronti dei coimputati appellanti è stata dichiarata l'estinzione dei reati ad essi rispettivamente ascritti per intervenuta prescrizione, sicché potrebbe presumersi il medesimo esito anche nei confronti dell'imputato deceduto, ove avesse impugnato la sentenza di primo grado. Inoltre il tribunale ha disposto la confisca in applicazione dell'art. 640-*quater* c.p., che espressamente richiama

l'art. 322-ter c.p., che a sua volta prevede la confisca obbligatoria anche per equivalente in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, così, ad avviso del rimettente, escludendo la confisca in caso di estinzione del reato.

A parere del giudice rimettente la questione sarebbe dunque rilevante «in quanto, ove dovesse ritenersi la impugnabilità della sentenza da parte degli eredi, la pronuncia di secondo grado richiesta con la impugnazione da parte di costoro – in ipotesi dichiarativa della estinzione dei reati per prescrizione – avrebbe comportato la caducazione della statuizione di confisca adottata in primo grado».

La questione è ritenuta inammissibile dalla Corte sotto plurimi profili. In particolare, nella rappresentazione, da parte del giudice rimettente, del caso di specie, mancano taluni dati indispensabili per la verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione proposta.

In via preliminare, i giudici costituzionali rilevano che l'ordinanza di rimessione non ha indicato l'oggetto del "ricorso" proposto dalla

liquidatrice della società che ha subito il sequestro, né, comunque, le ragioni per le quali della relativa cognizione è stato investito il tribunale; inoltre si evidenzia che, non essendo il giudice che ha sollevato la questione quello che dovrebbe conoscere di un eventuale appello, la lacuna della motivazione relativa a tali elementi si traduce nell'assoluta mancanza di indicazioni sulle ragioni per le quali il tribunale dovrebbe fare applicazione dell'art. 571 c.p.p., ossia della norma che disciplina l'impugnazione dell'imputato, così dando luogo ad una causa di manifesta inammissibilità della questione (*ex plurimis*, ordinanza n. 318 del 2011).

Sotto altro profilo, l'ordinanza di rimessione non offre alcuna indicazione sull'esistenza di eredi, sulla loro volontà di proporre appello e sulla loro partecipazione, ed eventualmente in quale veste, al procedimento *a quo*, limitandosi a riferire che il "ricorso" sul quale il rimettente è chiamato a pronunciarsi è stato proposto dalla liquidatrice della società proprietaria del terreno confiscato, società di cui l'imputato deceduto era stato rappresentante legale.

# Sezioni Unite

---

ALESSANDRO DIDDI

---

Adite per risolvere la questione se l'omessa trasmissione al Tribunale del riesame, nel termine di cinque giorni dall'avviso, di alcuni degli atti posti a fondamento della richiesta di misura cautelare reale ne comporti l'inefficacia sopravvenuta o se, invece, il tribunale possa richiedere all'autorità procedente l'invio degli atti mancanti, le Sezioni Unite, senza pronunciarsi sulla questione controversa dedotta, hanno affrontato la problematica dell'effetto estensivo, nei confronti dei ricorrenti, dell'accoglimento, da parte di altra sezione della medesima corte, dell'impugnazione proposta da uno solo dei coindagati avverso una precedente ordinanza "interlocutoria" emessa nell'ambito dello stesso procedimento e riguardante tutti gli indagati. Ritenendo applicabile, nel caso di specie, il principio a suo tempo fissato dalle Sezioni Unite in tema di misure cautelari reali, secondo cui l'estensione degli effetti favorevoli della decisione si verifica a condizione che detta decisione non sia fondata su "motivi personali" dell'impugnante e che il procedimento stesso sia sorto e si sia svolto in modo unitario e cumulativo (Cass., sez. un., 26 giugno 2002, n. 34623, *CED Cass.*, 222261), le Sezioni Unite, con sentenza 18 maggio 2012, n. 19046, ritenendo il carattere dell'unitarietà del procedimento, hanno annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata e dichiarato la perdita di efficacia del decreto di sequestro preventivo.

\* \* \*

La questione controversa rimessa al giudizio delle Sezioni Unite atteneva la individuazione

del limite posto dal legislatore alla retroattività della nuova disciplina della prescrizione, là dove più favorevole rispetto a quella previgente, introdotta dall'art. 6, l. 5 dicembre 2005, n. 251, nell'ipotesi in cui il procedimento di primo grado si sia concluso con sentenza di assoluzione. Va rammentato, a tale riguardo, che la legge n. 251 del 2005, nel disporre una nuova disciplina in materia di prescrizione, introdusse la norma transitoria (art. 10, comma 3), secondo cui se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione fossero risultati più brevi, le stesse si sarebbero dovute applicare ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della legge medesima ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi fosse stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione. Come noto, però, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 393 del 2006, dichiarò l'illegittimità costituzionale del predetto comma 3 limitatamente alle parole «dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento».

Per effetto di tale intervento manipolativo sul testo dell'art. 10 se, da un lato, i più favorevoli termini di prescrizione introdotti dalla legge 251 del 2005 si applicano anche ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della legge (8 dicembre 2005), «ad esclusione dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte

di cassazione», dall'altro, tale espressione, che nell'originario testo aveva un valore pleonastico, ha assunto un valore effettivo e centrale di diritto transitorio e l'individuazione del senso da attribuire al discrimine tra pendenza in primo grado e pendenza in grado d'appello, rappresenta un momento gravido di rilevanti conseguenze. Sul punto si sono formati due differenti orientamenti. L'uno, nel senso che la sentenza che conclude il grado di giudizio, in quanto tale, condiziona sempre la retroattività delle norme sulla prescrizione, a prescindere dal fatto che sia di condanna o di assoluzione (così, Cass., sez. III, 6 marzo 2008, n. 18765, *CED Cass.*, 239868); l'altro, nel senso che la assoluzione è inidonea a determinare l'interruzione del corso della prescrizione con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui il giudizio di primo grado abbia avuto un esito diverso dalla sentenza di condanna, inevitabilmente deve farsi riferimento al decreto di citazione per il giudizio d'appello di cui all'art. 601 c.p.p. che rappresenta il primo atto in sequenza procedimentale che riveste carattere di atto interruttivo della prescrizione ed è espressamente annoverato tra tali atti dall'art. 160 c.p. (così, Cass., sez. VI, 25 novembre 2008, n. 7112, *CED Cass.*, 242421). Con la sentenza del 24 aprile 2012, n. 15933 annotata, le Sezioni Unite hanno affermato che, ai fini dell'operatività delle disposizioni transitorie della nuova disciplina della prescrizione introdotta dalla l. n. 251 del 2005, la pronuncia della sentenza di primo grado, indipendentemente dall'esito di condanna o di assoluzione, determina comunque la pendenza in grado d'appello del procedimento e dunque costituisce un ostacolo all'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli.

\* \* \*

La questione di diritto per la quale erano state investite le Sezioni Unite è se il parere espresso dal pubblico ministero sulla ri-

chiesta di revisione, in caso di procedura *de plano*, debba essere comunicato, a pena di nullità, al richiedente ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio. Sul punto, infatti, era presente un contrasto giurisprudenziale. A fronte della soluzione in base alla quale era stata esclusa qualunque patologia nella mancata comunicazione all'istante del parere del procuratore generale sull'ammissibilità della richiesta di revisione, poiché la pretesa di una interlocuzione successiva al parere del p.g. darebbe vita ad una fase processuale dall'esito indefinibile (così Cass., sez. V, 25 novembre 2010, n. 2378, *CED Cass.*, 249764), un altro orientamento aveva invece ravvisato una nullità del provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità dell'istanza, sottolineando che, quando la corte di appello abbia consentito al p.g. di precisare le proprie richieste, non può essere negato alla parte istante di conoscerle, onde consentire alla medesima di svolgere le proprie difese ed esercitare in tal modo il contraddittorio in condizione di parità, in ossequio all'interpretazione conforme ai più recenti principi affermati dalla giurisprudenza della Corte e.d.u. in materia di tutela dei diritti di difesa dell'imputato (Cass., sez. I, 24 giugno 2010, n. 29389 *CED Cass.*, 248029; Cass., sez. III, 13 luglio 2011, n. 34917, *CED Cass.*, 250998).

Le Sezioni Unite, nel risolvere il contrasto formatosi sul punto, hanno affermato con sentenza 20 aprile 2012, n. 15189 che laddove, in caso di richiesta di revisione, sia stato, sia pure irrisoluto, acquisito il parere del pubblico ministero, lo stesso deve essere, a pena di nullità degli atti successivi, comunicato alla parte richiedente in ossequio al principio del contraddittorio.

\* \* \*

Alle Sezioni Unite era stata prospettata la questione se, in tema di guida in stato di ebbrezza, l'autovettura oggetto di contratto di *leasing* con-

dotta dall'indagato-utilizzatore possa ritenersi cosa appartenente a persona estranea al reato e se, conseguentemente, la società di *leasing* sia legittimata a chiedere la restituzione di quanto sottoposto a sequestro in vista della confisca. Sul punto, infatti, era insorto un contrasto giurisprudenziale in ordine al soggetto che possa ritenersi legittimato alla proposizione delle impugnazioni avverso il provvedimento di sequestro ed eventualmente a presentare richieste di restituzione. Nel risolvere il contrasto le Sezioni Unite con sentenza 17 aprile 2012, n. 14484 hanno anzitutto stabilito che la vettura condotta in stato di ebbrezza dall'autore del reato non è confiscabile (e, pertanto, non può essere sottoposta a sequestro preventivo) se il concedente, proprietario del mezzo, sia estraneo al reato. In secondo luogo, è stato puntualizzato che, una volta considerata l'autovettura oggetto del contratto di *leasing* traslativo come cosa appartenente a terzo estraneo al reato, all'utilizzatore della stessa comunque andrà applicata la sanzione accessoria del raddoppio della durata della sospensione della patente di guida, ex art. 186, comma 2, lett. c), d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285, come modificato dall'art. 3, comma 45, l. 15 luglio 2009, n. 94.

\* \* \*

La questione di diritto per la quale sono state investite le Sezioni Unite atteneva al

problema se la nomina del terzo difensore di fiducia dell'imputato nominato allo scopo di presentare impugnazione, in assenza di revoca espressa di almeno uno dei due già nominati, resti o meno priva di efficacia.

Sul punto, infatti, si era formato un contrasto giurisprudenziale addirittura risalente al codice 1930.

La Corte di cassazione, premesso, in linea generale, che, in attuazione di quanto previsto dall'art. 24 disp. att. c.p.p., i difensori originariamente officiati non possono ritenersi revocati implicitamente con la investitura di un terzo difensore, ha chiarito con sentenza 30 marzo 2012, n. 12164 che, qualora si tratti di dichiarazione effettuata ai sensi dell'art. 571, comma 3, c.p.p., ai fini, cioè, della proposizione dell'atto di impugnazione, la nomina in eccedenza, anche in mancanza di contraria indicazione dell'imputato, comporta la revoca dei precedenti difensori e legittima quello officiato per ultimo ad assumere la difesa nel successivo grado di giudizio. Solo nell'ipotesi in cui entrambi i difensori originariamente incaricati abbiano proposto gravame, quello del legale nominato all'uopo in eccedenza rimane inefficace posto che, in tale ipotesi, la facoltà di impugnazione legittimamente esercitata dai primi difensori ha consumato quella del terzo.

# Nessun automatismo per il c.d. «incidente probatorio difensivo»

---

**Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 17 gennaio 2012, n. 1399 – Pres. Mannino; Rel. Ramacci**

*La richiesta, effettuata ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11, c.p.p., affinché il g.i.p. proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 392, comma 1, c.p.p. non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita.*

---

## Ritenuto in fatto

La Corte d'Appello di Bologna, con sentenza del 13 ottobre 2009, riformava parzialmente la decisione del Tribunale di Forlì, emessa a seguito di giudizio abbreviato il 7 marzo 2005, assolvendo [...] dai reati ascrittigli commessi in danno di [...] per insussistenza del fatto, confermando nel resto, previa rideterminazione della pena, la impugnata decisione.

Il [...], docente universitario, era stato chiamato a rispondere dei reati di concussione, consumata e tentata, violenza sessuale, consumata e tentata in danno di studenti universitari, nonché di atti osceni, concretatesi nell'uso di minacce dirette ed indirette di ritardare il percorso universitario (mediante posticipazione della presentazione della tesi, mancata siglatura di documenti universitari, non ammissione a borse di studio, penalizzazione negli esami) al fine di ottenere prestazioni sessuali dai suddetti studenti.

Avverso tale pronuncia il predetto proponeva ricorso per cassazione deducendo:

1. Violazione degli artt. 391 bis e 392 c.p.p., avendo la Corte d'Appello confermato la reiezione dell'eccezione di nullità dell'udienza preliminare e del decreto che dispone il giudizio da parte del Tribunale a seguito del rigetto, da parte del g.i.p., di richiesta di incidente probatorio formulata ai sensi della richiamata disposizione processuale. Rilevava, a tale proposito, che l'ammissione del richiesto incidente probatorio, nell'ipotesi di cui al menzionato art. 391 bis c.p.p., è atto dovuto, mentre erroneamente i giudici del gravame avevano ritenuto tale richiesta non sottratta al sindacato del g.i.p.

Lamentando quindi la preclusione allo svolgimento di un'attività genericamente difensiva consentita, deduceva la nullità assoluta ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p. ed, in subordine, la

illegittimità costituzionale del combinato disposto delle richiamate disposizioni processuali con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. per l'evidente irragionevolezza del sistema normativo il quale non prevede di rimediare ad eventuali errori del g.i.p. che privano l'imputato della possibilità di difendersi e non impongono al giudice una valutazione vincolata sulla richiesta di incidente probatorio ai sensi dell'art. 391 *bis* c.p.p.

[omissis]

Considerato in diritto

Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Correttamente la Corte territoriale ha ritenuto che l'ammissione di incidente probatorio ai sensi dell'art. 391 *bis* c.p.p. non sia un atto dovuto.

I giudici del gravame osservano che, in base al disposto della richiamata disposizione, non essendo il p.m. obbligato all'audizione della persona informata la quale, in sede di investigazioni difensive, si sia avvalsa della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, tale obbligo non possa essere imposto neppure al g.i.p.

Invero la norma in questione stabilisce, al comma 10, che quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lett. d) del comma 3, il p.m., su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima.

Il comma successivo consente al difensore, in alternativa, di chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lett. d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 392, comma 1, c.p.p.

La Corte territoriale evidenzia che la disposizione in esame richiede comunque che la persona da escutere sia in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, osservando che tale specificazione non avrebbe senso se alla richiesta del difensore dovesse darsi automaticamente seguito e che tale affermazione vale, a maggior ragione, per il g.i.p., cui non può essere negata tale valutazione.

L'assunto appare certamente fondato ed in linea con i principi già affermati da questa Corte.

Si è infatti già avuto modo di osservare che l'utilità ai fini investigativi delle dichiarazioni costituisce il presupposto per la richiesta di audizione al p.m., tanto che detta richiesta deve necessariamente porre quest'ultimo in condizione di valutare la ricorrenza del richiesto requisito a pena di irricevibilità (Cass., sez. II, 6 dicembre 2006, n. 40232, *Guida dir.*, 2007, 14, 64).

Le dichiarazioni così raccolte, inoltre, costituiscono, a tutti gli effetti, atti del p.m., con il conseguente inserimento nel fascicolo del p.m. e non anche in quello del difensore (Cass., sez. III, 29 maggio 2007, n. 21092, *Guida dir.*, 2007, 26, 91).

Non vi è pertanto alcun automatismo nell'assunzione delle dichiarazioni a seguito della richiesta del difensore, ben potendosi pervenire ad un giudizio negativo circa la sussistenza del menzionato requisito.

A conclusioni non diverse deve giungersi anche con riferimento al caso in cui la richiesta venga formulata, in via alternativa, al g.i.p.

Non solo non vi è ragione, come osservato dalla Corte d'appello nell'impugnata decisione, per non consentire al giudice una valutazione la cui effettuazione la legge permette all'organo della pubblica accusa, ma va anche rilevato che il disposto dell'art. 391 *bis*, comma 11, c.p.p. come si è già osservato (Cass., sez. III, 23 maggio 2002, n. 20130, *Cass. pen.*, 2003, 2709), ha in-

trodotto una nuova ipotesi di incidente probatorio richiamando genericamente la disciplina di tale istituto (con la sola eccezione che lo stesso è attivabile anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 392, comma 1, c.p.p.) senza ulteriori interventi modificativi, cosicché risulta applicabile, anche nella fattispecie, il disposto dell'art. 398 c.p.p., il quale stabilisce che il giudice pronunci ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio non sottraendogli, pertanto, la possibilità di un apprezzamento che, se mancante, ne ridurrebbe le funzioni a quelle di un mero strumento nella esclusiva disponibilità di una delle parti processuali.

La richiamata pronuncia ricorda, peraltro, come l'ordinanza di rigetto del g.i.p. non sia suscettibile di gravame, in ragione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p. e l'esigenza di speditezza della procedura (principio ripetutamente affermato: Cass., sez. IV, 5 novembre 2009, n. 42520, *CED Cass.*, 245780; Cass., sez. III, 31 gennaio 2005, n. 2926, *CED Cass.*, 230818; Cass., sez. II, 9 dicembre 2003, n. 47075, *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 102; Cass., sez. IV, 23 gennaio 2001, n. 2678, *Cass. pen.*, 2002, 1442).

L'applicabilità all'istituto in esame delle disposizioni generali in materia di incidente probatorio rende inoltre evidente la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, peraltro formulata in termini generici, stante l'assenza di qualsivoglia lesione dei diritti della difesa.

Può dunque, in definitiva, affermarsi che la richiesta, effettuata ai sensi dell'art. 391bis, comma 11, c.p.p. affinché il g.i.p. proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lett. d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 392, comma 1, c.p.p. non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del g.i.p. circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita.

[omissis]

LUCIANO CALÒ

*Dottore di ricerca in Diritto e processo penale – Università del Salento*

## Diritto di difendersi provando. Retorica del desiderabile

### *The lawyer's rights in taking evidence. Unsatisfactory standards*

(Peer reviewers: Prof. Enrico Mario Ambrosetti; Prof. Antonio Scaglione)

---

Nonostante il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte sia condivisibile, non lo sono le argomentazioni utilizzate. A parere dell'Autore, infatti, da un lato, esprimono una sotterranea insofferenza per le investigazioni difensive e, dall'altro, evidenziano una serie di criticità legate ad una disciplina non completamente soddisfacente, che non consente all'imputato che scelga una "difesa attiva" di cercare e produrre prove in condizioni analoghe a quelle dell'accusa.

*The Court's statement can be shared, but its reasons can't. In fact, on one side, these express a concealed intolerance towards the investigations by defence counsel; on the other hand, they highlight critical issues related to the unsatisfactory standards on the theme. The Italian Code of criminal procedure does not go as far as requiring that if the accused chooses an active defence, he should be entitled to seek and produce evidence under the same conditions as the prosecution.*

---

#### **Il caso**

Questione controversa attiene all'operatività dei rimedi previsti per il difensore indagante nelle ipotesi in cui la persona in grado di riferire

circostanze utili ai fini dell'attività investigativa rifiuti di rispondere in tutto o in parte<sup>1</sup>, declini il

---

<sup>1</sup> Cfr. Lorusso, *Investigazioni difensive*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, III, Garuti (a cura di), *Indagi-*

rilascio di dichiarazioni scritte<sup>2</sup> ovvero, formalmente invitata, decida di non presentarsi<sup>3</sup>.

Il ricorrente li vorrebbe praticabili su semplice richiesta, con la conseguenza che, documentato il silenzio opposto<sup>4</sup>, il p.m. sia tenuto a disporre audizione<sup>5</sup> ed il g.i.p., in alternati-

---

*ni preliminari e udienza preliminare*, Torino, 2009, 512; Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 593, sub nt. 12. Parzialmente diversa è la posizione di Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, Filippi (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, 229, secondo il quale il presupposto legittimante l'audizione è integrato dall'esercizio radicale della facoltà di non rispondere e non anche dal rifiuto a singole domande, «salvo che le domande cui si oppone il rifiuto siano così numerose da rendere il risultato sostanzialmente equivalente a quello del primo».

<sup>2</sup> Facoltà, queste, riconosciute dall'art. 391 bis, comma 3, lett. d), c.p.p.

<sup>3</sup> Equiparano le due differenti ipotesi del rifiuto di rendere dichiarazioni e della mancata presentazione Bernardi, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I)*, *Le attività di indagine*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 216; Di Maio, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, 231; Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, 161; Locatelli-Sarno, *Gli atti di investigazione difensiva nel procedimento penale*, Padova, 2006, 89; Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 64. Di contrario avviso sono Bovio, *L'attività espletabile*, in aa.vv., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 184; Garuti, *I rapporti tra pubblico ministero e difesa nell'ambito delle investigazioni private*, *Studium iuris*, 2002, 14.

<sup>4</sup> Solo nell'art. 9, comma 3 delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive", approvate dall'Unione delle Camere penali, è previsto l'obbligo per il difensore di informare le persone interpellate «che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate ad una audizione davanti al p.m. ovvero a rendere un esame testimoniale davanti al giudice, ove saranno tenute a rispondere anche alle domande del difensore».

<sup>5</sup> Ai sensi del comma 10 dell'art. 391 bis c.p.p. che così recita: «Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lett. d) del comma 3, il p.m., su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'art. 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con

va, a fissare incidente probatorio, «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 392, comma 1» c.p.p., affinché si proceda all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona indicata<sup>6</sup>.

La Cassazione, però, è di avviso contrario. Boccia l'interpretazione prospettata come manifestamente infondata. Nega qualsiasi automatismo a fronte della richiesta del legale e rivendica, di contro, una valutazione positiva in capo al p.m. ed al g.i.p.

Ammonisce, persino, dal ridurre le funzioni di detti magistrati a quelle di meri strumenti nella esclusiva disponibilità di una delle parti processuali e smentisce il ricorrere di qualsiasi nullità o, peggio ancora, di possibili frizioni con la Carta costituzionale, stante l'assenza di qualsivoglia lesione dei diritti della difesa.

Assevera l'assunto per mezzo dei principi stratificatesi nella sua giurisprudenza; richiama puntualmente i precedenti sul tema, ne stigmatizza la continuità e costruisce con essi argomentazioni che vorrebbe stringenti ed insuperabili. Rivela, invece, una «sotterranea insofferenza»<sup>7</sup> verso il ruolo attivo della

---

riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'art. 362».

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11, c.p.p.

<sup>7</sup> In questi termini, Scalfati, *Vent'anni senza tregua (Conclusioni)*, aa.vv., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi. Atti del Convegno, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Facoltà di Giurisprudenza, 20 novembre 2008*, Torino, 2009, 173. Così anche Lorusso, *La fase preliminare vent'anni dopo*, in aa.vv., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme*, cit., 9, il quale parla di «un disfavore che è culturale, prima ancora che giuridico»; Sammarco, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 536, il quale intravede nei precedenti giurisprudenziali un «sistematico svilimento delle garanzie difensive, sul presupposto, non dichiarato, ma largamente percepibile nelle ambigue e spesso immotivate interpretazioni restrittive, del possibile uso strumentale da parte della difesa dei mezzi investigativi»; Saponaro, *La ricerca della prova nelle indagini difensive*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, II, Milano, 2008, 208, a parere della quale «il quadro prospettato sembra conferire al difensore

difesa nelle inchieste penali ed evidenzia in tal modo una serie di criticità proprie della disciplina delle indagini difensive che, seppure dirompente rispetto al passato<sup>8</sup>, appare ancora complessa e farraginoso nel costruire forme tanto enfaticamente emblematiche della parità con l'accusa, quanto realmente inidonee a garantire, nel diritto vivente, un vero equilibrio tra le parti<sup>9</sup>.

### I precedenti giurisprudenziali

A scorrere il massimario della Suprema Corte, l'interprete ritrova poche pronunce in argomento. Le sfoglia partitamente. Distingue quelle relative al diniego del p.m. ad una richiesta di

enormi poteri processuali, a tal punto che – leggendo semplicisticamente il codice – si potrebbe affermare che con la l. n. 397/2000 si è ristabilito un equilibrio tra le parti; resta però sempre l'abisso tra norma e prassi, tra quello che è stabilito dal legislatore e la realtà della vita giudiziaria che, nella materia in esame, è particolarmente profondo»; Triggiani, *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*, Arch. n. proc. pen., 2011, 7, il quale scrive che «la prassi giudiziaria evidenzia innegabilmente come in ampi settori della magistratura permanga ancora elevato il grado di diffidenza che circonda l'attività investigativa del difensore».

<sup>8</sup> Sulla portata della l. 7 dicembre 2000, n. 397, cfr., tra i tanti, De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, Cass. pen., 2001, 3192; Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 477; Siracusanò, *Investigazioni difensive*, Enc. dir., Annali II, Milano, 2080, 500, il quale efficacemente descrive la disciplina antecedente la novella come un «nebuloso orizzonte»; Spangher, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I)*, Introduzione, Dir. pen. proc., 2001, 206, a parere del quale «si corre sicuramente il rischio di una enfaticizzazione nel riconoscere ad una legge il ruolo di svolta nella disciplina di una materia. Non si può, tuttavia, evitare una simile evenienza di fronte alla l. 7 dicembre 2000, n. 397. La rottura del monopolio della prova nei confronti del pubblico ministero – nella fase delle indagini preliminari – e del giudice e dello stesso p.m. – nelle successive fasi processuali – a favore di altri soggetti, non può non essere evidenziata con forza»; Id., *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocatura può vincere*, Corriere giur., 2001, 285; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 67 ss.

<sup>9</sup> Così Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, Cass. pen., 2003, 1420.

audizione ex art. 391 bis, comma 10, c.p.p., da quelle riguardanti il rigetto, da parte del g.i.p., di una istanza di incidente probatorio formulata ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11, c.p.p.

In quelle dedicate al provvedimento negativo dell'accusa, scorge motivazioni stringate<sup>10</sup>, dirette comunque a delineare plurime condizioni di ricevibilità dell'istanza. Alcune esplicite nel testo della norma in esame, come la rappresentazione dell'invito a comparire e l'esercizio, da parte della persona chiamata, della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione. Altre immanenti al dato letterale, che utilizzerebbe la locuzione «persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa» per tratteggiare, in capo al difensore, l'obbligo di indicare le circostanze oggetto dell'atto di indagine e le ragioni per le quali ritiene che esse siano utili per le proprie investigazioni<sup>11</sup>.

Nei precedenti riguardanti il diniego del g.i.p., il lettore individua statuizioni tese a sancire la non assoggettabilità a gravame dei provvedimenti impugnati. Trova argomentazioni fondate, da un lato, sul principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p. e, dall'altro, sulla necessaria speditezza dell'incidente probatorio che renderebbe i tempi della parentesi giurisdizionale incompatibili con quelli occorrenti per un riesame nel merito o in punto di legittimità. Rinviene motivazioni che espressamente negano una risposta alle formulate lagnanze aventi ad oggetto condizioni di praticabilità dell'istituto, requisiti contenutistici dell'istanza ed iter motivazionali dell'eventuale diniego. Legge che

<sup>10</sup> Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, Giur. di Merito, 2008, 11.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., sez. II, 6 dicembre 2006, n. 40232, Dir. pen. proc., 2007, 1325, con nota di Procaccino, *L'audizione «congiunta» ex art. 391 bis, comma 10, c.p.p. tra discrezionalità del p.m. e strategie difensive*; nonché Guida dir., 2007, 14, 64, con nota di Ventura, *Una diversa interpretazione favorirebbe la presentazione di richieste dilatorie*; Cass., sez. VI, 22 giugno 2004, n. 28079, CED Cass., 229828.

se il legislatore non ha previsto alcun gravame e l'abnormità non soccorre il richiedente, l'ordinanza negativa risulta inoppugnabile ed i giudici di piazza Cavour possono prescindere dall'esaminare l'erroneità della decisione e relativo contenuto<sup>12</sup>.

Nota le prime riflessioni in ordine alle prospettate problematiche solo nella sentenza in esame. Nei cui passaggi osserva la Corte affermare la piena operatività dell'art. 398 c.p.p. e la necessità di estendere, anche all'incidente probatorio ex art. 391 bis, comma 11, c.p.p., le condizioni di azionabilità già individuate per l'audizione da parte del p.m., semplicemente perché non v'è motivo per non consentire al giudice una valutazione permessa dalla legge all'organo dell'accusa.

L'interprete rinviene il medesimo principio di diritto anche nella giurisprudenza di merito. Però, con spiegazioni differenti. Scopre, infatti, che non può esservi alcun dubbio sulla "sovranità" del giudice con riferimento «alla valutazione della pertinenza della prova che gli viene richiesta di assumere [...], ben potendo [il magistrato] all'esito del proprio giudizio non dare corso all'incidente probatorio, in ossequio ai principi generali che presiedono all'ammissione delle prove, peraltro, specificatamente richiamati dall'art. 393, comma 1, lett. a), c.p.p.»<sup>13</sup>. Ritrova persino la

<sup>12</sup> L'ordinanza di rigetto, infatti, non risulta avulsa dall'intero ordinamento processuale, né determina una stasi irrimediabile del processo con conseguente impossibilità di proseguirlo. Così Cass., sez. III, 23 maggio 2002, n. 20130, *Cass. pen.*, 2003, 2709, con nota di Follieri, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11, c.p.p.?*; nonché *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1036, con nota di Bortolin, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391 bis, comma 11, c.p.p.?* In linea Cass., sez. II, 9 dicembre 2003, n. 47075, *CED Cass.*, 227086.

<sup>13</sup> In questi termini, G.i.p. di Palermo, ord. 5 febbraio 2007, *Il merito*, 2007, 4, 35. Ugualmente, in relazione all'accesso all'istituto di pena ai sensi dell'art. 391 bis, comma 7, c.p.p., G.i.p. di Taranto, ord. 12 novembre 2010, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 577, con nota di Certosino, *L'autorizzazione all'assunzione di elementi di prova dichiara-*

puntualizzazione che la domanda di incidente probatorio "difensivo" «è inestensibile ad altre persone interessate», pur potendone essere ampliato l'oggetto di prova su richiesta del p.m.<sup>14</sup>.

Legge, ancora, che l'istanza può essere presentata «anche "sforando" i termini delle indagini preliminari», ma «prima della decadenza dei medesimi», a condizione che il richiedente dimostri l'impossibilità «di formularla precedentemente»<sup>15</sup>. Con l'ulteriore conseguenza che, laddove la domanda sia avanzata nel corso dell'udienza preliminare, la stessa dovrà essere oggetto di vaglio, da parte del g.u.p., tanto alla luce dei presupposti enunciati dall'art. 393 c.p.p., quanto delle regole fissate dagli artt. 421 bis e 422 c.p.p.<sup>16</sup>.

## Le opinioni dottrinali

La dottrina si accosta all'argomento con attenzione bifronte. Da un lato, guarda al testo delle disposizioni in esame, dall'altro, alla lettura che di esse propone la giurisprudenza in modo costante.

Intravede nei commi 10 ed 11 dell'art. 391 bis c.p.p. meccanismi necessari per scardinare le resistenze del dichiarante ed evitare il rischio che il diritto alla prova spettante alla difesa venga definitivamente subordinato alla volontà collaborativa della persona informata sui fatti<sup>17</sup>. Sottolinea il recupero della "teoria della canalizzazione", che veicola le aspetta-

*tiva da persona detenuta nell'ambito dell'attività investigativa del difensore: puntualizzazioni giurisprudenziali.*

<sup>14</sup> Trib. Palermo, ord. 25 febbraio 2002, *Foro it.*, 2002, II, 306, con nota di richiami di Di Chiara.

<sup>15</sup> G.i.p. di Nola, ord. 9 dicembre 2010, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 210.

<sup>16</sup> G.u.p. di Roma, ord. 16 luglio 2008, *Cass. pen.*, 2009, 4886, con nota di Martelli, *«Incidente probatorio difensivo» ed udienza preliminare: un connubio precario.*

<sup>17</sup> Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 308. V. anche Nobili, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 12, secondo il quale, dinanzi al rifiuto del potenziale testimone, «serve un potere più forte».

tive difensive nell'alveo dell'attività dell'autorità giudiziaria<sup>18</sup>. E, nel valutare il concreto operare dei congegni analizzati, offre un panorama variegato di opinioni.

Invero, con riferimento alla c.d. «audizione condominiale»<sup>19</sup>, rinviene, nell'utilizzazione del verbo all'indicativo "dispone", un obbligo per il p.m. a fronte della richiesta del difensore<sup>20</sup>. Ma, poi, fatta salva l'inammissibilità delle domande volte all'assunzione di informazioni vietate dalla legge<sup>21</sup>, si divide tra quanti<sup>22</sup> adoperano argomentazioni simili<sup>23</sup> a quelle utilizzate dalla giurisprudenza per riconoscere

spazi di discrezionalità alla pubblica accusa, e quanti contestano siffatta interpretazione.

Argomenta, in particolare, la prima prospettiva con la necessità di un controllo sulla fondatezza dell'istanza al fine di scongiurare attività puramente dilatorie<sup>24</sup>. Mentre sostiene il secondo orientamento con diversità di accenti, che oscillano dai più pacati rilievi critici alle ragioni addotte dal Supremo consesso, di cui, però, si sottolinea contestualmente l'apprezzabilità degli intenti<sup>25</sup>, ai più severi rifiuti verso qualsiasi spazio per una valutazione del p.m. in punto di rilevanza e pertinenza<sup>26</sup>. Motivati, questi ultimi, dalla paura che il vaglio sulla ammissibilità, da parte dell'accusa, possa trasformarsi in una «impropria ingerenza» sull'indagine difensiva<sup>27</sup>, capace di scardinare il sistema introdotto dalla l. n. 397 del 2000, e di mortificare il ruolo del difensore che, obbligato a consegnare la "futuribile" fonte di prova a discarico a chi, con ogni probabilità,

<sup>18</sup> Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive*, cit., 12; Di Chiara, *Le linee prospettiche del difendersi ricercando: luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive*, *Leg. pen.*, 2002, 15; Filippi, *Premessa*, Filippi (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., XXX; Siracusano, *Investigazioni difensive*, cit., 509 ss.

<sup>19</sup> L'espressione è di Paolozzi, *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, aa.vv., *Le indagini difensive*, cit., 34.

<sup>20</sup> Cfr. Di Chiara, *Le linee prospettiche*, cit., 15; Furguele, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte ed informazioni nell'ambito dell'attività investigativa del difensore*, Ferraioli (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Milano, 2002, 187; Garuti, *I rapporti tra pubblico ministero*, cit., 15; Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, cit., 161; Paolozzi, *Fase prodromica*, cit., 35; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 310.

<sup>21</sup> O temporaneamente inibite in forza di un decreto di segretezza ex art. 391 *quinquies* c.p.p.

<sup>22</sup> Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 905; Cristiani, *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 90, il quale sostiene che la richiesta difensiva debba essere «vestita» di un minimo di motivazione sulla fonte o sulle ragioni che hanno fatto nascere l'infruttuosa convocazione di quella persona; Magi, *Le indagini difensive. Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, Napoli, 2001, 62, secondo il quale, per attivare gli strumenti predisposti dal legislatore, deve esistere «quantomeno un principio di prova sulla potenziale utilità del contributo conoscitivo in possesso della fonte», per cui «nulla vieta che il p.m. opponga un difetto assoluto di rilevanza [...], non potendosi costringere un soggetto processuale a cooperare alla formazione di un atto del tutto esorbitante dai miti conoscitivi che orientano qualunque potere di ricostruzione (ex art. 187 c.p.p.)».

<sup>23</sup> Ovvero le fanno proprie. Cfr. Ventura, *Una diversa interpretazione*, cit., 66 ss.

<sup>24</sup> V. gli Autori citati *sub* nt. 21 e 22.

<sup>25</sup> Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 512.

<sup>26</sup> Barbara, *Investigazioni difensive*, *Dig. pen.*, VI Agg., Torino, 2011, 317; Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive*, cit., 12; Bricchetti, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, *Guida dir.*, 2001, 1, 46, secondo il quale «non sono previste, invero, disposizioni che autorizzino il p.m. a dichiarare l'inammissibilità della richiesta o a respingerla, neppure se essa dovesse *prima facie* apparire pretestuosa o se il p.m. (per la conoscenza d'atti coperti dal segreto) fosse in condizioni di affermare che la persona, di cui si richiede l'audizione, non è in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa [...]. La norma non sembra neppure lasciare spazi al p.m. di valutare la compatibilità dell'audizione con le sue strategie investigative o, quantomeno, di vietare al difensore le domande considerate estranee all'oggetto delle indagini»; Di Chiara, *Le linee prospettiche*, cit., 15, nt. 57; Di Maio, *Le indagini difensive*, cit., 233; Frigo, *L'indagine difensiva*, cit., 229; Furguele, *Colloqui ed assunzione*, cit. 188; Paolozzi, *Fase prodromica*, cit., 35; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 310.

<sup>27</sup> Procaccino, *L'audizione «congiunta»*, cit., 1330, secondo la quale, per di più, le condizioni di ricevibilità richieste dalla giurisprudenza non possono essere condivise neppure da un punto di vista logico, perché finirebbero per «richiedere una prognosi sul contenuto delle risposte e sull'utilità delle stesse, discutibile quanto quella, già tanto criticata, imposta al giudice per l'udienza preliminare dall'art. 422 c.p.p.».

coltiva itinerari di segno opposto<sup>28</sup>, non è più arbitro dell'an, del quomodo e del quando della sua attività, tanto da rischiare di essere definitivamente spogliato delle prerogative tipiche della sua investigazione<sup>29</sup>.

In relazione, poi, all'incidente probatorio difensivo, la dottrina utilizza giudizi ugualmente critici. Infatti, superato l'originario dibattito sull'appetibilità dell'istituto<sup>30</sup>, rileva profili di potenziale contrasto con la Carta costituzionale<sup>31</sup> e descrive la fattispecie delineata

<sup>28</sup> Di Chiara, *Le linee prospettive*, cit., 15.

<sup>29</sup> Cfr. Siracusano, *Investigazioni difensive*, cit., 510 ss., il quale, da un lato, afferma con forza che «occorre tutelare l'esigenza del difensore di coltivare il proprio disegno investigativo ponendolo al riparo da indebite interferenze dell'organo dell'accusa pubblica», sicché «l'intervento del p.m. non può estendersi [...] sino a coinvolgere la valutazione dell'atto richiesto della rilevanza e dell'utilità difensiva, ovvero sotto il profilo della compatibilità con le strategie dell'ufficio inquirente»; dall'altro lato, concede soltanto che il difensore indichi le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita. Tanto perché «solo un'adeguata indicazione del tema di prova oggetto della richiesta "audizione partecipata" consente al p.m. una cosciente partecipazione all'atto». Così, anche, Tranchina, *L'investigazione difensiva*, aa.vv., *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011, 177, il quale descrive il meccanismo delineato dal comma 10 dell'art. 391 bis c.p.p. come «una clamorosa assurdità in un contesto normativo finalizzato a garantire la più efficace tutela dei diritti della difesa».

<sup>30</sup> All'indomani della novella legislativa affermano un'adozione pratica infinitesimale dello strumento: Bernardi, *Maggiori poteri*, cit., 216; Cristiani, *Guida alle indagini difensive*, cit., 91; Frigo, *L'indagine difensiva*, cit., 232; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 325. In senso parzialmente difforme, Furguiele, *Colloqui ed assunzione*, cit. 191.

<sup>31</sup> In particolare, sarebbe violato il principio di ragionevolezza per disparità di trattamento tra il difensore dell'indagato ed il p.m.: al primo, infatti, sarebbe riconosciuta una ipotesi ulteriore per accedere all'incidente probatorio, negata, invece, al secondo. Su tale tema, v. tra i tanti, Aprile, *Prova penale e indagini difensive*, Aprile-Silvestri, *Strumenti per la formazione della prova penale*, Milano, 2009, 403; Bernardi, *Maggiori poteri*, cit., 216; Bovio, *L'attività espletabile*, cit., 186; Bricchetti, *Legali al battesimo*, cit., 48. Di diverso avviso è Frigo, *L'indagine difensiva*, cit., 232, per il quale «la facoltà in esame è accordata ai difensori poiché per essi soltanto esiste un limite all'acquisizione di elementi attraverso l'indagine, costituito dal diritto della fonte di rifiutare le informazioni, e tale limite (idoneo a stabilire una

dal comma 11 dell'art. 391 bis c.p.p. come ipotesi "anomala" di parentesi giurisdizionale, in quanto non giustificata dalla presenza del c.d. "pericolo nel ritardo"<sup>32</sup>. Per di più, evidenziata l'espressa non operatività dell'art. 392 c.p.p.<sup>33</sup>, è unanime nell'affermare la necessità di una interpretazione adeguatrice della disciplina dettata per le ipotesi ordinarie di incidente probatorio, che tenga conto delle peculiarità della nuova previsione<sup>34</sup>. Esclude, quindi, l'esposizione delle circostanze che «rendono la prova non rinviabile al dibattimento»<sup>35</sup>, ma discute se, oltre alla «prova da assumere»<sup>36</sup> ed alle «persone nei confronti delle quali si procede»<sup>37</sup>, il difensore debba indicare anche i fatti che «costituiscono l'oggetto della prova» stessa e «le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale»<sup>38</sup>. Con la conse-

disparità che comprometterebbe il diritto di difesa) viene, per così dire, compensato dalla possibilità di accedere attraverso il giudice alla fonte stessa addirittura nel contraddittorio con il p.m.». Sulla problematica, v. anche per i numerosi richiami: Curtotti, *Sub art. 391 bis c.p.p.*, Giarda-Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, 4774; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 325.

<sup>32</sup> Curtotti, *Sub art. 391 bis c.p.p.*, cit., 4774.

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11, c.p.p.

<sup>34</sup> Bortolin, *È rigettabile*, cit., 1041; Di Chiara, *nota a Trib. Palermo, ord. 25 febbraio 2002*, cit., 306; Gatto, *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2003, 206. Con riferimento ai profili temporali di azionabilità dell'istituto in esame, cfr. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2006, 129 ss; Martelli, «*Incidente probatorio difensivo*», cit., 4886 ss.

<sup>35</sup> Cfr. art. 393, comma 1, lett. c), c.p.p.

<sup>36</sup> Ex art. 393, comma 1, lett. a), prima parte, c.p.p.

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 393, comma 1, lett. b), c.p.p.

<sup>38</sup> Ex art. 393, comma 1, lett. a), ultima parte, c.p.p. Argomentano la soluzione negativa: Bortolin, *È rigettabile*, cit., 1042; Frigo, *L'indagine difensiva*, cit., 233, secondo il quale «è assai opinabile che possa e comunque debba essere data quella relativa alla rilevanza della prova stessa per la decisione dibattimentale (se, infatti, l'incidente probatorio si deve poter praticare in alternativa rispetto all'atto di indagine difensiva reso impossibile, questo non è certo condizionato o condizionabile da una previa e verosimilmente impossibile valutazione di tale rilevanza)»; Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, cit., 165; Martelli, «*Incidente probatorio difensivo*», cit., 4891; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 236, il quale individua un ulteriore

guenza che, laddove argomenta la tesi negativa, riconosce soltanto l'eventualità di una pronuncia di inammissibilità da parte del giudice, declinabile sotto diverse prospettive<sup>39</sup>, ma respinge tanto un potere discrezionale in capo al magistrato, quanto la possibilità di individuare motivi di un rigetto nel merito<sup>40</sup>. Per la semplice ragione che il g.i.p. non può risultare arbitro assoluto di così importanti scelte nell'ambito della strategia difensiva e che la tesi contraria si porrebbe «in netto contrasto con gli artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost., che tutelano il diritto di difesa, inteso anche come facoltà di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a propria difesa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a favore»<sup>41</sup>.

argomento a sostegno di siffatta tesi nell'ampio spettro, non solo cronologico ma anche morfologico, degli sbocchi procedurali reso possibile dall'art. 327 bis c.p.p. Sostengono, invece, la necessità di esplicitare anche le ragioni per cui la prova richiesta sia rilevante ai fini della decisione: Follieri, *Inoppugnabile*, cit., 2714, secondo la quale «nulla vieta dunque al giudice di valutare la pertinenza della prova che gli viene richiesto assumere, la sua rilevanza ovvero la sua superfluità con riferimento all'«ipotesi d'imputazione» esistente in quel particolare stadio delle indagini e, all'esito di tale valutazione, egli ben può rifiutare di procedere all'incidente probatorio richiesto, qualora l'esito sia negativo»; Furgiuele, *Colloqui ed assunzione*, cit. 193; Menna, *Art. 11 l. 7 dicembre 2000*, n. 397, Chiavario-Marzaduri (diretto da), *La difesa penale*, Torino, 2003, 126; Di Bitonto, *L'attività di indagini dopo l'avvio del processo penale*, Milano, 2009, 129; Di Maio, *Le indagini difensive*, cit., 236; Ventura, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 95.

<sup>39</sup> Cfr. Bortolin, *È rigettabile*, cit., 1044, la quale indica: vizi formali della richiesta, sussistenza di un decreto di segretezza, eventuale incompatibilità a testimoniare per uno dei soggetti di cui il difensore abbia chiesto l'escussione. In linea anche Ruggiero, *Compendio*, cit., 232 e 238; Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, Guida dir., 2001, 1, 82. Cordero, *Procedura penale*, cit., 906, definisce «imperativa» la richiesta avanzata dal difensore ex art. 391 bis, comma 11, c.p.p.; ugualmente Aprile, *Prova penale*, cit., 401, afferma che tale ipotesi di incidente probatorio «ha il carattere della automaticità».

<sup>40</sup> Bortolin, *È rigettabile*, cit., 1044.

<sup>41</sup> Bortolin, *È rigettabile*, cit., 1050; Frigo, *L'indagine difensiva*, cit., 235.

## Le criticità proprie della disciplina sulle indagini difensive

Critiche dottrinali e prassi giurisprudenziali in parte creative evidenziano un vizio di fondo nelle disposizioni in tema di indagini difensive.

A parere di qualcuno, infatti, le norme contenute nella l. n. 397 del 2000 verrebbero da una sfasatura storica di undici anni, da errori e da qualche peccato di ostinazione<sup>42</sup>. Secondo i più, sarebbero nate per riequilibrare un sistema in profondo disequilibrio ed in stato di evidente malessere. Pensate, cioè, per recuperare l'originario legame tra indagini preliminari e dibattimento, per rifondare una relazione così destrutturata<sup>43</sup> da apparire ontologicamente diversa da quella scelta dal legislatore del 1988 che, mai, avrebbe consentito un flusso copioso, nel dossier della decisione, di elementi raccolti unilateralmente dall'accusa durante le proprie investigazioni.

Tuttavia, disegnati con obiettivi ambiziosi, gli articoli introdotti dalla novella del 2000 hanno utilizzato strumenti inappropriati. Inseguendo «parossisticamente una sbiadita copia degli atti del pubblico ministero»<sup>44</sup>, hanno cercato una simmetria «assurda»<sup>45</sup> ed «allegrementemente demenziale»<sup>46</sup>. Volevano «pareggiare i conti» e creare la figura di un «difensore-preparatore»<sup>47</sup> o di un «difensore-inquirente»<sup>48</sup>. Hanno rischiato, invece, di rad-

<sup>42</sup> In questi termini Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 12.

<sup>43</sup> A causa di una resistenza culturale di fondo, espressa, poi, in «sbocchi giurisprudenziali clamorosi e persino "sovversivi"». In questi termini, nel riferirsi alle note sentenze della Corte Costituzionale del 1992, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, IX.

<sup>44</sup> Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 12.

<sup>45</sup> Lorenzetto, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, 1223, con ampie note di richiami.

<sup>46</sup> Cordero, *Procedura penale*, cit., 1318. Così anche Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 12.

<sup>47</sup> Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 12.

<sup>48</sup> Lorenzetto, *Dal difensore inquirente*, cit., 1224.

doppiare l'errore<sup>49</sup>, consegnando al sistema un difensore istruttore<sup>50</sup>.

Siffatta paura, però, non è durata «che il tempo di un attimo e quello che rappresentava un paradosso agognato» ha finito «ben presto per risolversi in un anacronismo scontato»<sup>51</sup>. Il duplice abuso epistemologico<sup>52</sup>, per cui entrambe le parti processuali, in posizione di parità, avrebbero dovuto forgiare, ciascuna per conto proprio, le prove da spendere finanche nel giudizio, si è imbattuto con la concomitante riforma costituzionale che, nel dare attuazione ai principi del giusto processo, ha rinvigorito, ed alimenta tuttora, il dibattito volto a restituire dignità tanto al principio del contraddittorio nella formazione della prova, quanto a quello della parità delle parti davanti ad un giudice terzo ed imparziale, quanto, ancora, al diritto di difendersi provando.

La discussione che ne è derivata in materia di indagini difensive consegna all'operatore molteplici tematiche su cui riflettere.

Di conseguenza, l'interprete si chiede se sia realmente immune da ogni sospetto di incostituzionalità la norma che consente di opporre la facoltà di non rispondere al difensore e non

anche al p.m.<sup>53</sup>. Rifugge dalle soluzioni giurisprudenziali che, nel riecheggiare la c.d. teoria della canalizzazione<sup>54</sup>, attribuiscono a giudice e p.m. insoliti ed anomali ruoli di "tutori" della difesa, ovvero di "organi sovraordinati" «che mediante la gestione paternalistica e per definizione "saggia" delle risorse difensive» sarebbero in grado di garantirne «il "giusto" svolgimento»<sup>55</sup>.

Nella ponderazione delle ragioni contrapposte, l'osservatore guarda pure all'art. 6 C.e.d.u. ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Evidenzia precedenti significativi. Scopre, per mezzo di questi, che la Convenzione non impone di attribuire alla difesa, nella ricerca ed assunzione dei mezzi di prova, gli stessi diritti della pubblica accusa; richiede, tutt'al più, che, all'imputato che sceglie una "difesa attiva", sia consentito di cercare e produrre prove in condizioni analoghe a quelle dell'accusa<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Giunta, *La disciplina penale delle false dichiarazioni al difensore*, Filippi (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 483.

<sup>54</sup> Espressione della c.d. teoria della canalizzazione è il principio di diritto espresso in Cass., sez. fer., 18 agosto 1992, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1169, con nota di Scella, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, nonché Cass. pen., 1994, 337, con nota di Giambruno, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*. La Suprema Corte, nella sentenza citata, testualmente afferma: «durante le indagini preliminari il p.m. non è parte, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta e al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale. Di conseguenza devono essere canalizzati sul p.m. tutti i dati utili, comprese le informazioni acquisite dai difensori. L'art. 30 disp. att. c.p.p. limita le facoltà del difensore alla scoperta degli elementi favorevoli, senza estenderle alla diretta acquisizione dei dati, essendo questo ultimo compito del p.m. nella fase delle indagini preliminari e del giudice successivamente». Per un esempio nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Lecce, ord. 29 settembre 1993, *Cass. pen.*, 1994, 452.

<sup>55</sup> Sammarco, *Tempo e condizioni*, cit., 536.

<sup>56</sup> Corte e.d.u., 11 dicembre 2008, *Mirilashvili c. Russia*, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=844175&portal=hbkmsource=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

<sup>49</sup> Nella dottrina successiva alla novella, costante è l'affermazione in forza della quale per riequilibrare i poteri delle parti non occorre attribuire anche alla difesa il potere di formazione unilaterale della prova, dal momento che due indagini parallele non sostituiscono il contraddittorio, di certo non lo rafforzano, semmai ne raddoppiano la lesione. Cfr. De Caro, *Percorsi legislativi*, cit., 3194; Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, *Cass. pen.*, 2004, 397; Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 12; Triggiani, *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*, cit., 6 ss. Nella giurisprudenza di merito, v. G.i.p. di Taranto, ord. 11 gennaio 2011, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 577, che emblematicamente afferma come «non vi può essere perfetta simmetria tra le facoltà investigative del p.m. e quelle della difesa, attesa la connaturale diversità del ruolo e degli interessi sottostanti alle relative funzioni».

<sup>50</sup> Lorenzetto, *Dal difensore inquirente*, cit., 1224.

<sup>51</sup> Lorenzetto, *Dal difensore inquirente*, cit., 1223.

<sup>52</sup> L'espressione è di Ferrua, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo*, Ferrua, *Studi sul processo penale*, III, Torino, 1997, 75.

Rilegge con occhi diversi il titolo VI bis c.p.p. ed i rimedi apprestati a fronte del rifiuto di collaborare con il difensore-investigante<sup>57</sup>. Li trova inadeguati<sup>58</sup>. Ne evidenzia lacune e criticità. Propone, di conseguenza, riforme legislative cui assegna obiettivi diversi.

Da un lato, infatti, cerca di preservare la finalità propria dell'incidente probatorio e di affrancare l'istituto dalla funzione surrogatoria di un atto di indagine che, impropriamente, allo stesso viene attribuita nella dinamica prevista dall'art. 391 bis, comma 11, c.p.p.<sup>59</sup>.

Dall'altro, pensa a strumenti che non impingano alla difesa il rischio di una discovery anticipata dei percorsi investigativi<sup>60</sup> e che, soprattutto, non obblighino la parte privata ad accedere "al buio" all'assunzione anticipata della prova<sup>61</sup> ovvero a richiedere all'accusa la

collaborazione per lo svolgimento di propri atti di indagine.

Dall'altro ancora, tenta di scongiurare l'attivazione del giudice per la ricerca di prove inconferenti con il procedimento in corso e ne prevede un sindacato che circoscrive ai soli parametri di pertinenza e di rilevanza<sup>62</sup>.

Tratteggia, pertanto, «finestre giurisdizionali»<sup>63</sup> ed individua solo nell'organo imparziale la figura cui fare ricorso durante le indagini<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. G.i.p. di Taranto, ord. 10 gennaio 2011, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 578, secondo il quale, «considerato che la normativa sulle investigazioni difensive rappresenta fondamentale momento attuativo del principio di parità tra le parti, consacrato dal novellato art. 111, comma 2, Cost.: una lettura costituzionalmente orientata di tale testo normativo [...] impone di scegliere l'opzione ermeneutica che garantisca la maggiore assimilazione possibile tra accusa e difesa – anche – nell'esercizio dei poteri investigativi».

<sup>58</sup> Significativo quanto afferma Cass., sez. III, 29 maggio 2007, n. 21092, *Guida dir.*, 2007, 26, 91, che nella parte motiva scrive testualmente: «È vero che, avvalendosi della facoltà di chiedere l'escussione da parte del p.m., il difensore rischia di cagionare anche l'acquisizione di elementi di prova che non siano favorevoli al proprio assistito, pur non avendo egli il dovere di cooperare alla ricerca della verità; è altrettanto vero che la richiesta di intervento del p.m. comporta l'ulteriore rischio per il difensore di dovere scoprire la tattica difensiva che egli intende seguire, fornendo in tal modo all'accusa possibili spunti per l'adozione di "contromosse". Il rilevare, però, tali discrasie di un sistema pur finalizzato a garantire la più efficace tutela dei diritti della difesa non può autorizzare alcuna "forzatura interpretativa" del contesto normativo vigente». Analogamente G.i.p. di Taranto, ord. 12 novembre 2010, cit., 579. In dottrina, cfr. Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive*, cit., 14. In particolare sull'incidente probatorio difensivo, v. Biondi, *L'incidente probatorio*, cit., 143; Di Bitonto, *L'attività di indagine*, cit., 129.

<sup>59</sup> Bortolin, *È rigettabile*, cit., 1050.

<sup>60</sup> Bernardi, *Maggiori poteri*, cit., 216.

<sup>61</sup> Di Chiara, *Incidente probatorio*, *Enc. dir.*, VI Agg., Milano, 2002, 557.

<sup>62</sup> Cfr. la direttiva 61.3 del progetto definitivo di l. delega licenziato dalla c.d. "Commissione Riccio", la quale contiene la previsione che il difensore nella richiesta di attivazione delle c.d. "finestre giurisdizionali" «debba dare conto della rilevanza e della pertinenza dell'atto».

<sup>63</sup> V. ancora la direttiva 61.3 del progetto definitivo di l. delega redatto dalla c.d. "Commissione Riccio", la quale prevede la «facoltà del difensore della persona sottoposta ad indagini, dopo la notifica dell'accusa, di richiedere al giudice l'assunzione di un atto d'indagine nei casi in cui se ne riveli impossibile l'esecuzione diretta per rifiuto dei soggetti richiesti di prestare la necessaria collaborazione», nonché la «facoltà del difensore di richiedere al giudice l'autorizzazione al compimento di atti d'indagine, che incidono sui diritti inviolabili di persone diverse dall'assistito». Per una lettura positivamente critica, v. Triggiani, *Le investigazioni della difesa tra mito e realtà*, cit., 9.

<sup>64</sup> Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive*, cit., 14, che ritiene praticabile un intervento del giudice simile a quello previsto per l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico senza il consenso dell'interessato (art. 391 *septies* c.p.p.); Lorenzetto, *Dal difensore inquirente*, cit., 1232; Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 12, il quale pensa ad un ruolo del giudice come a quello di un «arbitro dispensatore di mezzi»; Procaccino, *L'audizione «congiunta»*, cit., 1332. Cfr. pure quanto previsto dall'art. 5 d.d.l. S. n. 1440 recante «Disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo». In particolare, la lett. f) del comma 1 vorrebbe inserire nell'art. 391 bis c.p.p. il commi 11 bis al fine di prevedere che «quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa non compare senza che sia stato addotto legittimo impedimento, il giudice, su richiesta motivata del difensore, ne dispone l'accompagnamento coattivo dinanzi al difensore o al sostituto, per rendere le dichiarazioni di cui al comma 1». Nella Relazione ministeriale che accompagna il d.d.l. si afferma che ciò «risponde alla tendenziale parificazione tra accusa e difesa e colma la lacuna della novella del dicembre del 2000, che si limitava a prevedere le con-

Consapevole, però, che, se per giungere all'attuale disciplina delle indagini difensive è stato necessario un certo tempo perché si affermasse nella coscienza comune la necessità di riconoscere all'accusato il diritto di difendersi provando, probabilmente dovrà passare

ancora altro tempo prima che si affermi nella stessa coscienza comune il senso di un dovere, almeno morale, di dare informazioni non solo alla pubblica autorità, ma anche ai difensori delle parti private, attorno a fatti processualmente rilevanti<sup>65</sup>.

---

segue del comportamento dell'informato che, comparando dinanzi al difensore, si avvalga della facoltà di tacere».

---

<sup>65</sup> Parafrasando Frigo, *Difensore*, Amodio-Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, I, 1989, 586, nt. 35.

## Per l'applicazione della recidiva non conta la condanna per un reato dichiarato estinto a conclusione dell'affidamento in prova

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 15 febbraio 2012, n. 5859 – Pres. Lupo; Rel. Conti

*L'estinzione di ogni effetto penale, prevista dall'art. 47, comma 12, ord. penit., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporta, a mente dell'art. 106, comma 2, c.p., che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva.*

[omissis]

Considerato in diritto

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può così essere enunciata: «*se l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporti che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva*».

2. Nel ricorso, con il primo motivo, su cui si incentra la questione devoluta alle Sezioni Unite, si sostiene che nel presente procedimento non poteva tenersi conto della recidiva *ex art. 99*, comma quarto, cod. pen., derivante da tre precedenti condanne (sentenze Pretore Enna 17 ottobre 1989; Trib. Bologna 3 marzo 1994; Pretore Milano 18 novembre 1998), dato che per la relativa pena, oggetto di cumulo, il ricorrente era stato ammesso all'affidamento in prova, conclusosi con esito positivo; venendo in questione la previsione dell'art. 47, comma 12, Ord. Pen., secondo cui «*L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale*».

E la recidiva, si osserva, era un effetto penale derivante dalle precedenti condanne, del quale non poteva tenersi conto, a norma dell'art. 106 cod. pen. (il quale, intitolato «*Effetti dell'estinzione del reato o della pena*», così recita: «– Agli effetti della recidiva [...], si tien conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena. – Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali»).

Secondo il ricorrente, dunque, si sarebbe potuto tenere conto solo della recidiva (semplice) derivante dalla sentenza di applicazione di pena *ex art. 444* cod. proc. pen. del Tribunale di Catania in data 5 dicembre 2008 (alla quale, peraltro, si riferisce il secondo motivo di ricorso circa la carenza di motivazione delle effettiva rilevanza di tale precedente, invocandosi al riguardo le note sentenze della Corte costituzionale – n. 192 del 2007 – e della Corte di cassazione, e non

citandosi la sentenza Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, dep. 05/10/2010, Calibè, in quanto – si immagina – non conosciuta, essendo di poco precedente alla proposizione del ricorso).

3. È assodato che nel caso in esame, con ordinanza in data 28 novembre 2003 del Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta, veniva dichiarata, in relazione alle tre condanne sopra menzionate, la estinzione della pena e di ogni altro effetto penale a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova.

4. Va premesso che l'art. 47, comma 12, Ord. Pen., nella sua originaria formulazione, così recitava: «L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e ogni altro effetto penale».

La norma era stata interpretata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (tra cui Sez. U., n. 27 del 27/09/1995, Sessa, Rv. 202272) nel senso che l'effetto estintivo ivi previsto era riferibile alla sola pena detentiva (dato che ad essa si riferiva tutta la disciplina e la *ratio* dell'istituto) e una questione di costituzionalità proposta da un giudice di merito che sosteneva la riferibilità della previsione alla intera pena, sia detentiva sia pecuniaria, venne dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte cost. con ord. n. 410 del 1994, in quanto devolutiva di questione meramente interpretativa.

Intervenire quindi il legislatore con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, così riformulando la norma: «L'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale. Il tribunale di sorveglianza, qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa». Veniva così in sostanza convalidata in via normativa la linea giurisprudenziale della Corte di cassazione, ma al contempo era prevista la declaratoria di estinzione della pena pecuniaria per il condannato che versi in disagiate condizioni economiche.

5. Già prima dell'intervento normativo, la Corte di cassazione si era pronunciata nel senso che l'effetto estintivo di cui all'art. 47, comma 12, Ord. Pen., non comportando la cancellazione della iscrizione della condanna nel casellario giudiziale (in cui anzi deve essere inserita anche la menzione dell'esito dell'affidamento in prova), non impediva alla sentenza di condanna di dispiegare i suoi effetti ai fini della rilevanza della recidiva; tanto più, si osservava, che l'effetto estintivo era «rapportato alla sola pena detentiva e non anche a quella pecuniaria» e che la disposizione in esame si riferiva genericamente «ad ogni altro effetto penale [...] non avendo riguardo specificamente agli effetti penali della condanna (a differenza di quanto risulta invece dalla lettera dell'art. 178 cod. pen. sulla riabilitazione)» (Sez. 6, n. 26093 del 06/05/2004, Tomasoni, Rv. 229745; e, in termini analoghi, Sez. 6, n. 28378 del 14/05/2004, Orsini, Rv. 229593).

Sulla stessa linea, dopo la ricordata modifica legislativa (che peraltro, come detto, non ha fatto altro che convalidare in via normativa la limitazione della riferibilità della estinzione della pena a quella detentiva già sostenuta dalla prevalente giurisprudenza), si sono espresse, senza ulteriori approfondimenti, le seguenti decisioni (tutte non massimate): Sez. 2, n. 40954 del 17/09/2009, Casisa; Sez. 1, n. 43686 del 07/10/2010, Messina; nonché, a quanto è dato comprendere, Sez. 2, n. 42435, del 23/10/2009, Petruzzo (che peraltro afferma che «della condanna estinta [...] il giudice di merito poteva tenere conto, non per qualificare su di essi una formale recidiva, ma quali sintomi di inosservanza della legge, da parte dell'imputato, per decidere di applicarla, nonostante la sua facoltatività»).

6. A tale orientamento se ne contrappone un altro, rappresentato, a quanto consta, da due sole pronunce.

Secondo Sez. 4, n. 14513 del 22 marzo 2007, Crestaz (n. m.), poiché, stando all'art. 47, comma 12, Ord. Pen., l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro

effetto penale, diviene operante la disposizione di cui all'art. 106, secondo comma, cod. pen., «in base alla quale non si tiene conto, agli effetti della recidiva, delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena, qualora [...] estingua anche gli effetti penali».

Per Sez. 3, n. 27689 del 13/05/2010, R., Rv. 247925, poi, comportando l'esito positivo della prova l'estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto penale, in tale effetto estintivo deve ricomprendersi quello derivante dalla recidiva, stante il disposto dell'art. 106, comma secondo, cod. pen.; osservandosi in particolare che l'argomento su cui fa leva il contrapposto orientamento, rappresentato dal fatto che l'esito positivo della prova non comporta il venir meno della iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, non è pertinente, posto che il permanere di tale iscrizione assolve a finalità varie, di natura amministrativa, «ma non è, di per sé solo, incompatibile con l'estinzione degli effetti penali della condanna ai fini della recidiva».

7. Le Sezioni Unite condividono quest'ultimo orientamento.

8. Come si è visto, in forza dell'art. 47, comma 12, Ord. Pen., l'esito positivo della prova conseguente all'affidamento al servizio sociale «estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale».

A ben vedere, non interessa in questa sede il primo effetto estintivo (quello relativo alla pena detentiva), occorrendo invece stabilire in cosa consista l'estinzione di «ogni altro effetto penale» e, in particolare, se tale effetto si riferisca alla recidiva (o più precisamente, stando al caso di specie, alle conseguenze in termini di aggravamento sanzionatorio che la recidiva è idonea a produrre).

8.1. A tal fine, non occorre tanto interrogarsi sul se la recidiva sia un effetto penale della condanna (in questo senso, sia pure incidentalmente, Sez. U, n. 7 del 20/04/1994, Volpe; Sez. U, n. 31 del 22/11/2000, dep. 2001, Sormani).

Il quesito è generalmente risolto, in senso positivo, da chi fa leva sul disposto dell'art. 106 cod. pen., che, al comma secondo, stabilisce la neutralizzazione degli effetti della recidiva quando si verifichi una causa di estinzione degli "effetti penali" (e ciò in deroga alla generale previsione del primo comma, alla stregua del quale agli effetti della recidiva si tiene conto anche delle «condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena»).

Ancora più esplicitamente, va osservato, l'art. 12, comma primo, n. 1, cod. pen., sia pure con riferimento a una materia del tutto peculiare (*Riconoscimento delle sentenze penali straniere*), usa l'espressione «recidiva o un altro effetto penale della condanna».

Peraltro, come è stato perspicuamente messo in rilievo dalla Dottrina, tale soluzione non può dirsi scontata.

Nella originaria impostazione del codice penale la recidiva (definita dal più autorevole studioso di quegli anni come una questione di "diritto" e non di "fatto") comportava inderogabilmente e automaticamente un effetto di aggravamento della pena (salva la ipotesi della "recidiva facoltativa" di cui all'art. 100 cod. pen., poi abrogato), tanto che questo era strettamente conseguente alla relativa iscrizione nel casellario giudiziale e alla formale contestazione. Ma le modifiche apportate dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99, ne hanno reso discrezionale l'applicazione; e tale carattere deve ritenersi essersi mantenuto anche a seguito della novella recata dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, salvo che per la ipotesi di cui al comma quinto dell'art. 99 cod. pen., come autorevolmente affermato dalla Corte cost. con la sentenza n. 192 del 2007 (e altre decisioni successive) e puntualizzato dalle Sezioni unite di questa Corte (in particolare, sent. n. 35738 del 27/05/2010, Calibè). Sicché, se - soprattutto argomentando dall'art. 20 cod. pen. (che peraltro

si riferisce formalmente alle pene accessorie) – si assegna alla categoria degli effetti penali della sentenza di condanna il necessario tratto distintivo costituito dall'essere questi conseguenze giuridiche "automaticamente" derivanti dalla sentenza (così le citate Sez. U, Volpe e Sez. U, Sormani), si avrebbe ormai difficoltà a individuare nella recidiva tale carattere.

8.2. Ciononostante, il collegamento tra le due norme (art. 47, comma 12, Ord. Pen. e 106 cod. pen.) impone comunque di ritenere che la recidiva non produca effetti qualora sussista una causa di estinzione del reato o della pena che comporti anche l'estinzione degli effetti penali della condanna.

Non importa, cioè, stabilire se la recidiva abbia effettivamente (ancora) tale natura, essendo sufficiente prendere atto che, per espresso dettato normativo, anche la recidiva segue la sorte degli effetti penali della condanna allorché gli stessi vengono ad essere formalmente neutralizzati da una qualche causa di estinzione del reato o della pena, perché è in questo senso che si esprime – pragmaticamente - il comma secondo dell'art. 106 cod. pen.

8.3. Ora, che l'esito positivo del periodo di prova cui è sottoposto l'affidato al servizio sociale determini l'estinzione della pena, sia pure soltanto detentiva, è positivamente scritto nell'art. 47, comma 12, Ord. Pen.; e dal medesimo testo si ricava che da ciò consegue anche l'estinzione di "ogni altro effetto penale".

È vero che l'estinzione della pena può essere solo parziale, non potendosi dire "estinta" la porzione di quella detentiva eventualmente già espiata, né estinguendosi quella pecuniaria se non in caso di accertata condizione di disagio economico del condannato; ma l'art. 106, comma primo, cod. pen. non richiede espressamente una estinzione "totale" della pena, e, per altro verso, l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. comunque fa conseguire alla estinzione di una pena – quella detentiva, totale o residuale - l'ulteriore effetto della estinzione di «ogni altro effetto penale».

8.4. Non ha senso poi disquisire sul fatto che gli "effetti penali" cui si riferisce l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. non siano collegati formalmente al termine "condanna", a differenza di quanto rinvenibile nell'art. 178 cod. pen., in tema di riabilitazione.

L'art. 106, comma secondo, cod. pen. non contempla (e quindi non impone) una simile specificazione; e d'altro canto sarebbe ben arduo immaginare "effetti penali" non scaturenti da una "condanna" ma soltanto da una "pena", estinta o non che essa sia.

Deve dunque ritenersi che quando la legge parla di "effetti penali" non può che riferirsi a quelli che scaturiscono da una "condanna".

9. La più recente legislazione, del resto, ispirata evidentemente a linee di politica premiale, annovera altri casi di estinzione di "ogni altro effetto penale" collegati a comportamenti virtuosi del condannato.

Così stabilisce l'art. 445, comma 2, cod. proc. pen., per il caso del patteggiante che non commetta ulteriori reati, con le specificazioni ivi indicate («si estingue ogni effetto penale»).

Ancora, in base all'art. 90 T.U. stup., il condannato per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza può beneficiare della sospensione della pena detentiva (entro determinati limiti) per cinque anni, ove si sia sottoposto, con esito positivo, a un programma terapeutico e socio-riabilitativo, con sospensione anche della esecuzione della pena pecuniaria in caso di disagio economico (comma 1); e la sospensione rende "inapplicabili" «le misure di sicurezza nonché le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna» (comma 3); mentre, in base all'art. 93, comma 1, «le pene ed ogni altro effetto penale si estinguono» se il condannato nei cinque anni successivi non commette un delitto non colposo punibile con la reclusione. Vi è dunque un evidente parallelismo con l'art. 47, comma 12, Ord. Pen. (disposizione applicabile

anche nell'ipotesi di affidamento "terapeutico" di cui all'art. 94 T.U. stup.): in entrambi i casi la pena considerata (eseguita in altra forma o sospesa) può essere soltanto quella detentiva; e in entrambi i casi, a certe condizioni, cessa «ogni altro effetto penale».

10. In conclusione, sulla base del quadro normativo, così interpretato, deve essere enunciato il seguente principio di diritto: *«l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporta che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».*

11. Conseguo che la sentenza impugnata deve essere annullata nel punto relativo alla ritenuta rilevanza della recidiva per effetto delle tre condanne sopra indicate, di cui non avrebbe dovuto tenersi conto, essendo state le relative pene, previo cumulo, eseguite con affidamento in prova al servizio sociale, con esito positivo dichiarato dal Tribunale di sorveglianza.

Alla nuova determinazione della pena non possono tuttavia procedere direttamente queste Sezioni Unite, dovendo l'annullamento essere disposto a norma dell'art. 623 cod. proc. pen., in quanto spetta ad altra sezione della Corte di appello di Catania, stabilire, all'esito del giudizio di rinvio, la rilevanza della recidiva, non meglio qualificata, derivante dalla sentenza pronunciata ex art. 444 cod. proc. pen. dal Tribunale di Catania in data 5 dicembre 2008, in conformità ai criteri stabiliti nella sentenza n. 192 del 2007 della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità (per tutte, Sez. U, n. 35738 del 2010, Calibè, cit.).

Giova al riguardo precisare che sul giudice del merito incombe uno specifico dovere di motivazione sia quando ritiene sia quando esclude la rilevanza della recidiva, scaturendo ciò dai condivisibili principi affermati nelle appena ricordate sentenze della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite.

Infatti, esclusi i casi di recidiva c.d. obbligatoria, di cui al comma quinto dell'art. 99 cod. pen., il giudice può attribuire effetti alla recidiva unicamente quando la ritenga effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; ed è quindi, tenuto a verificare se il nuovo episodio criminoso sia «concretamente significativo - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Corte cost., sent. n. 192 del 2007).

In altri termini, è precipuo compito del giudice del merito «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali» (Sez. U, sent. Calibè).

[omissis]

STEFANO CIAMPI

*Dottore di ricerca in Scienze penalistiche – Università di Trieste*

## L'affidamento in prova, la recidiva e le tessere mancanti nel mosaico delle Sezioni Unite

### *Probation, Recidivism and the Missing Piece from Supreme Court's Mosaic*

(Peer reviewers: Prof. Enrico Mario Ambrosetti; Prof. Antonio Scaglione)

---

Le Sezioni Unite, nel dirimere un conflitto esegetico nettamente squilibrato in favore della soluzione “inclusiva”, avallano l'interpretazione minoritaria, secondo cui l'estinzione della pena detentiva e degli effetti penali, conseguente all'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, non consente al giudice della cognizione, in caso di nuovo reato, di tenere conto della precedente condanna ai fini della recidiva. L'itinerario motivazionale seguito dalla Corte regolatrice, tuttavia, non convince appieno, soprattutto in ragione dell'assenza di richiami e approfondimenti alla disciplina dell'affidamento in prova, la quale, viceversa, si presta ad offrire numerosi spunti esegetici, funzionali alla risoluzione della *quaestio iuris*, peraltro, in un senso contrario a quello prediletto dall'Alto Consesso.

*In resolving a conflict heavily bended towards an all-inclusive solution, the Supreme Court endorses the minority interpretation, according to which the extinction of (imprisonment) penalty and criminal liabilities due to the good results achieved by probation does not allow a Court to take into account the previous sentence and thus to apply the recidivism rules. The reasons adduced by the Supreme Court, however, are not fully convincing, especially for the lack of suitable references and studies on probation, despite it providing some insight into addressing the quaestio iuris and – by the way – despite it suggesting an opposite solution.*

---

### Casus belli

Perseverante nelle condotte delittuose, l'imputato, già recidivo, veniva condannato dal giudice di prime cure ad una pena aumentata a' sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.

In sede di appello, il prevenuto, per contestare l'inasprimento sanzionatorio, non revocava in discussione i fatti, *sub specie* di trascorsi criminali oramai cristallizzati dal giudicato sceso sulle pregresse sentenze di condanna, ma appuntava una critica *in iure*: a mente del capoverso dell'art. 106 c.p. (che, *in parte qua*, deroga al primo alinea), quando una causa di estinzione del reato o della pena «estingue anche gli effetti penali», delle precedenti condanne non si può tener conto ai fini della recidiva. Davasi il caso, nella vicenda in parola, che l'interessato avesse espiato gran parte delle pene inflitagli in affidamento in prova al servizio sociale e che il tribunale di sorveglianza ne avesse attestato l'esito fausto, il quale, com'è noto, *iuxta* l'art. 47, comma 12, ord. penit., «estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale»: siccome da questo circolo virtuoso esorbitava una sola condanna, non interessata dalla misura alternativa in discorso, l'appellante rivendicava una modifica *in melius* della sentenza gravata, poiché, tutt'al più, l'istituto di cui all'art. 99 c.p. avrebbe potuto trovare applicazione nella forma edulcorata della recidiva semplice.

L'appello non sortiva l'effetto desiderato, in quanto la corte territoriale rievocava, per farlo proprio, l'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui l'estinzione della pena e degli effetti penali di cui all'art. 47, comma 12, ord. penit. non vale a decretare la rimozione dal casellario giudiziale dell'iscrizione delle condanne di riferimento, sicché queste, ai fini della recidiva, conservano intatta la loro pregnanza.

In sede di ricorso per cassazione, al motivo che aveva supportato l'atto di appello, si affiancava una notazione critica nei confronti dell'argomento speso dal giudice di seconde

cure, poiché, a detta del ricorrente, l'iscrizione nel casellario giudiziale avrebbe, di per sé, una funzione "biografica", analitico-descrittiva, mentre le resterebbe estranea una caratura tecnica tale da poter assurgere a spartiacque per l'applicazione dell'art. 99 c.p.

### Il (tenue) contrasto nella giurisprudenza di legittimità

La Suprema Corte (segnatamente, la Sezione Sesta) si vedeva, dunque, sottoposta la questione di diritto «se l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47 comma 12 ord. penit., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporti che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».

Gioverà ricordare che, *in subiecta materia*, la Cassazione ha, in passato, già avuto modo di fare proprie le indicazioni fornite da quella dottrina che, sin da tempi ormai remoti, giudica «illogico», a fronte della conclusione positiva di un periodo di affidamento in prova, «che l'autorità giudiziaria, in occasione di un nuovo reato commesso dall'ex-affidato, [debba] ignorare la precedente condanna, e così garantire al reo una sorta di quasi impunità in perpetuo, sol che questi mantenga buona condotta nei vari periodi di prova»<sup>1</sup>.

Del resto, non può dimenticarsi che, per quanto più propriamente concerne l'effetto estintivo di cui all'art. 47, comma 12, ord. penit., la Corte di cassazione ha percorso un itinerario ermeneutico complesso, il cui punto di arrivo non si discosta di molto da quello appena enunciato.

Com'è risaputo, prima che la l. 21 febbraio 2006, n. 49, di conversione del d.l. 30 dicembre

<sup>1</sup> Le parole di Fassone, *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio fra luci ed ombre*, Grevi (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, 65, sono fedelmente riprese, in motivazione, da Cass., sez. VI, 6 maggio 2004, n. 26093, CED Cass., 229745.

2005, n. 272, intervenisse *in parte qua*, l'art. 47, comma 12, ord. penit. recitava «l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e ogni altro effetto penale». Fattispecie, questa, che la giurisprudenza maggioritaria<sup>2</sup> interpretava in senso restrittivo, affermando che l'estinzione in parola non potesse che afferire alla sola pena detentiva, restando viceversa insensibile all'effetto ablativo l'eventuale pena pecuniaria irrogata congiuntamente. A fronte di una sporadica (a quanto risulta, durò un solo giorno) apertura di segno contrario<sup>3</sup>, saranno le Sezioni Unite a porre fine ai dubbi interpretativi, enunciando, con dovizia di argomenti, il principio di diritto secondo cui, ai sensi dell'art. 47, comma 12, ord. penit., «l'esito positivo del periodo di prova estingue solamente la pena detentiva e non anche quella pecuniaria»<sup>4</sup>. Il successivo intervento del legislatore, nel ratificare tale approdo ermeneutico, avrà il pregio di riformulare in termini meno criptici il disposto in commento, enunciando a tutte lettere che la conseguenza naturale del buon esito dell'affidamento in prova è l'estinzione della «pena detentiva [e di] ogni altro effetto penale», mentre per la pena pecuniaria viene concepita una fattispecie estintiva autonoma ed eventuale, correlata alle condizioni economiche del reo<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Ex plurimis*, Cass., sez. II, 20 aprile 1995, n. 2370, *CED Cass.*, 201478; Cass., sez. II, 3 marzo 1995, n. 1333, *ivi*, 201613; Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, n. 88, *Cass. pen.*, 1995, 3528; Cass., sez. I, 11 novembre 1994, n. 5283, *Giust. pen.*, 1996, II, 41; Cass., sez. I, 28 ottobre 1994, n. 4925, *Dir. pen. proc.*, 1995, 586, annotata criticamente da Vitello, *Affidamento in prova al servizio sociale e pene pecuniarie*, *ibidem*, 586; Cass., sez. I, 24 settembre 1993, n. 3588, *Mass. Cass. pen.*, 1994, n. 12, 55.

<sup>3</sup> Cass., sez. I, 9 novembre 1994, n. 5209, *Cass. pen.*, 1995, 3528; Cass., sez. I, 9 novembre 1994, n. 5214, *inedita*; Cass., sez. I, 9 novembre 1994, n. 5210, *inedita*.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 27 settembre 1995, n. 27, *Cass. pen.*, 1996, 482. In senso conforme, v. poi Cass., sez. I, 3 dicembre 2002, n. 2622, *CED Cass.*, 223259; Cass., sez. I, 14 novembre 1995, n. 5325, *Cass. pen.*, 1996, 1286; Cass., sez. I, 10 novembre 1995, n. 5676, *ibidem*, 3764.

<sup>5</sup> In tema, Cesaris, *Esito positivo dell'affidamento in prova e pene pecuniarie: una nuova ipotesi di estinzione*, *Rass. penit. crim.*, 2008, 131.

Orbene, queste premesse hanno supportato l'assunto che, se la pena pecuniaria sopravvive, in via di regola, alla conclusione fausta dell'affidamento in prova, la sentenza di condanna che la irroga non può, *a fortiori*, in alcun modo eclissarsi, mantenendo perciò inalterata la propria carica denotativa, anche nella visuale prospettica del riconoscimento della recidiva<sup>6</sup>.

Analoghe conclusioni sono state tratte facendo leva sull'anagrafe dei provvedimenti giudiziari, come testimoniato dalla decisione del giudice di seconde cure nella vicenda in esame.

Vengono qui in gioco gli artt. 3, comma 1, lett. d) e 4, comma 2, lett. b), d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313, i quali, sulla falsariga dell'abrogato art. 58-bis ord. penit.<sup>7</sup>, prevedono, in termini generalizzati, l'iscrizione dei «provvedimenti giudiziari concernenti le misure alternative alla detenzione». Per converso, di queste ultime non v'è traccia nella testualità dell'art. 5, comma 2, d.p.r. n. 313 del 2002, dedicato alla «eliminazione delle iscrizioni». Silenzio che suggerisce agli interpreti la conclusione secondo cui, a prescindere dal buon esito del percorso trattamentale, l'iscrizione relativa ad una misura alternativa è destinata a persistere nel casellario e, con essa, il riferimento alla sentenza di condanna cui la prima afferiva; sentenza che, pertanto, «ai fini della recidiva [...] dispiegherà tutti i suoi effetti»<sup>8</sup>.

Essendo, poi, consolidato in giurisprudenza l'insegnamento secondo cui l'iscrizione nel casellario giudiziale non rientra nel novero

<sup>6</sup> Cfr., in motivazione, Cass., sez. VI, 6 maggio 2004, n. 26093, cit., 229745, cui *adde* Cass., sez. I, 7 ottobre 2010, n. 43686, *inedita*; Cass., sez. II, 17 settembre 2009, n. 40954, *inedita*.

<sup>7</sup> Per un quadro di sintesi, v. Coppetta, sub art. 58-bis, Grevi-Giostra-Della Casa (diretto da), *Ordinamento penitenziario commentato*, I, Padova, 2011, 844.

<sup>8</sup> Cass., sez. VI, 14 maggio 2004, n. 28378, *Riv. pen.*, 2005, 1251; Cass., sez. VI, 6 maggio 2004, n. 26093, cit., 229745. In questo senso, rispetto alla disciplina pregressa, v. già Fassone, *Affidamento in prova*, cit., 65.

degli effetti penali della condanna, una lettura propensa alla purgazione dal precedente non potrebbe alimentarsi nemmeno del generico riferimento all'estinzione degli effetti *de quibus*, contemplato dall'art. 47, comma 12, ord. penit.<sup>9</sup>

Pare, infine, che anche la *littera legis* suffraghi quest'ordine di considerazioni, almeno ad attenersi ad uno spunto di natura testuale, offerto dalla comparazione sinottica tra l'art. 47, comma 12, ord. penit. e l'art. 178 c.p., in tema di riabilitazione. Il secondo, infatti, precisa che l'effetto estintivo afferisce agli effetti penali «della condanna», mentre il primo si limita a contemplare l'estinzione di «ogni altro effetto penale»: «altro», si osserva<sup>10</sup>, rispetto a quella «pena detentiva» menzionata, immediatamente prima, dall'art. 47, comma 12, ord. penit. ed ivi identificata quale referente diretto dell'effetto estintivo automatico del buon esito dell'affidamento in prova. A quest'ultimo effetto, dunque, rimarrebbe estranea la condanna in quanto tale, poiché non è ad essa che il legislatore fa esplicito riferimento<sup>11</sup>.

Insomma, per tornare al tema, alla Suprema Corte si offrivano cinque direttrici esegetiche che corroborano, come una somma vettoriale di forze, la conclusione secondo cui l'estinzione della pena detentiva e degli effetti penali, contemplata dall'art. 47, comma 12, ord. penit., non esime il giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 99 c.p., dal tenere conto della sentenza di condanna che ha irrogato la pena estinta.

Sennonché, l'emersione di un precedente difforme<sup>12</sup> (in realtà non del tutto isolato<sup>13</sup>) ha

indotto il collegio a sospendere il giudizio, per rimetterlo alle Sezioni Unite, mercé l'art. 618 c.p.p.<sup>14</sup>.

Al riguardo, v'è da dubitare che si potesse parlare, a rigore, di un contrasto giurisprudenziale. Non perché, si badi, difettesse l'evidente diversità tra le soluzioni offerte in materia dalla Corte regolatrice; ma perché i due precedenti difformi si rivelano sguarniti di un corredo motivazionale idoneo a smuovere i puntelli ermeneutici che sostengono la soluzione più rigorosa. In un caso<sup>15</sup>, infatti, la Cassazione si è limitata, in termini tanto limpidi quanto lapidari, ad istituire un nesso di corrispondenza tra l'estinzione degli effetti penali di cui all'art. 47, comma 12, ord. penit. e la previsione di cui all'art. 106, comma 2, c.p.; nell'altro<sup>16</sup>, ha, sì, aggiunto una nota critica nei confronti dell'orientamento avversato, ma lo ha fatto polarizzando l'attenzione su un solo micro-segmento argomentativo, per obiettare che «il permanere dell'iscrizione della sentenza di condanna nel casellario giudiziale – anche dopo l'esito positivo dell'affidamento in prova – assolve a finalità varie, prevalentemente di natura amministrativa, ma non è, di per sé solo, incompatibile con l'estinzione degli effetti penali della condanna ai fini della recidiva». Argomentazione, questa, che cade parzialmente fuori bersaglio, perché la tesi che intende confutare non si regge affatto «di per sé solo» sugli spunti legati agli *inscripta* nel casellario giudiziale, bensì fa leva – come segnalato – su almeno altri quattro ordini di ragioni.

La constatazione che la rimessione alle Sezioni Unite potesse, probabilmente, evitarsi rende ancora più significativo l'esito dell'intera vicenda giudiziaria, poiché l'Alto Consesso – smentendo i più facili pronostici – ha sposato la tesi secondo cui «l'estinzione di ogni

<sup>9</sup> In questo senso, Cass., sez. I, 1° ottobre 2002, n. 38405, *Cass. pen.*, 2003, 2786.

<sup>10</sup> Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, n. 88, cit., 3528. Spunti in questo senso possono ricavarsi anche da Cass., sez. un., 27 settembre 1995, n. 27, cit., 484, nonché, in motivazione, da Cass., sez. VI, 6 maggio 2004, n. 26093, cit., 229745.

<sup>11</sup> Cass., sez. I, 24 settembre 1993, n. 3588, cit., 55.

<sup>12</sup> Cass., sez. III, 13 maggio 2010, n. 27689, *CED Cass.*, 247925.

<sup>13</sup> *Antea*, cfr. Cass., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 14513, *inedita*.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 27 giugno 2011, n. 27150, *inedita*.

<sup>15</sup> Cass., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 14513, cit., *inedita*.

<sup>16</sup> Cass., sez. III, 13 maggio 2010, n. 27689, cit., 247925.

effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, ord. penit., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporta che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».

### Le ragioni delle Sezioni Unite

Della sentenza delle Sezioni Unite, merita, certamente, condivisione l'approccio volto a marginalizzare il peso ascrivito, *in subiecta materia*, alle iscrizioni nel casellario giudiziale. Riservando a questo profilo solo qualche breve cenno, la Corte, nella sua più autorevole composizione, ha mostrato di riconoscere alle annotazioni in parola una valenza più burocratica e amministrativa che non un'attitudine a riversare la propria efficacia sul piano del diritto sostanziale. Nel perimetro applicativo di una recidiva che, solo in rari casi, viene applicata "obbligatoriamente", secondo rigidi automatismi (in queste ipotesi, in effetti, una formale scritturazione può anche rivelarsi ingombrante), prevalendo invece la valutazione discrezionale da parte del giudice<sup>17</sup>, è agevole convenire che il dato estrinseco della permanenza, in seno al casellario, della menzione relativa alla misura alternativa, nonostante l'intervenuta estinzione della pena, non vale a giustificare deduzioni forti in merito al ruolo che la sentenza di condanna potrà giocare ai fini degli aumenti di pena *ex art. 99 c.p.*

Desta, invece, perplessità l'approccio delle Sezioni Unite al profilo concernente il *quid proprium* dell'effetto estintivo contemplato dall'art. 47, comma 12, ord. penit. Nella sentenza in commento si legge che l'effetto *de quo*, per quanto concerne la pena principale, «non interessa»: sebbene esso possa rivelarsi meramente parziale, perché inidoneo ad intaccare la pena pecuniaria, tale caratteristica, secondo

il Collegio allargato, sarebbe irrilevante, sia al cospetto dell'art. 106 c.p., il quale «non richiede espressamente una estinzione 'totale' della pena»; sia al cospetto dell'art. 47, comma 12, ord. penit., il quale «comunque fa conseguire alla estinzione di una pena – quella detentiva, totale o residuale – l'ulteriore effetto dell'estinzione di 'ogni altro effetto penale'».

Senonché, quanto all'art. 106 c.p., sembra opportuno rimarcare che il primo comma di tale norma, nel dettare una regola generale, sancisce che le cause estintive del reato e della pena non eclissano le relative condanne ai fini della recidiva. Nessuno può dubitare che la norma *de qua* si riferisca, anzitutto, alle ipotesi ordinarie di estinzione "totale" e che, proprio rispetto ad esse, stabilisca che la condanna mantiene centralità nell'ottica dell'art. 99 c.p. Ne consegue che l'ipotesi dell'estinzione parziale ne rimane invariabilmente assorbita, perché se, ai fini della recidiva, rilevano anche le condanne investite da cause estintive tombali, è giocoforza concludere che lo stesso deve accadere in caso di estinzioni solo parziali. Appare, dunque, del tutto ragionevole che il legislatore non compia riferimenti espliciti all'estinzione totale della pena, poiché tale concettualizzazione è insita nel precetto veicolato dall'art. 106, comma 1, c.p. La visuale prospettica delle Sezioni Unite, invece, è opposta, perché intesa a verificare se un'ipotesi di estinzione parziale della pena, ove associata all'estinzione degli effetti penali, possa determinare la purgazione della precedente condanna, escludendola dallo spettro cognitivo del giudice. Orbene, per addivenire alla soluzione affermativa, v'è da dubitare che un mero richiamo alla *littera* dell'art. 106 c.p. possa rivelarsi dirimente. Questa norma, infatti, intesa per com'è scritta, avalla la soluzione contraria: essa, in via di regola, ascrive pregnanza – ai fini della recidiva – anche alle condanne rispetto alle quali sia maturata una causa estintiva "totale" del reato o della pena, sicché risponde a logica che, nelle evenienze di estinzione solo parziale della pena, con

<sup>17</sup> Per limitarsi a un telegrafico rimando sul fronte giurisprudenziale, cfr. Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, *Cass. pen.*, 2011, 2094; C. cost., 14 giugno 2007, n. 192, *ivi*, 2007, 4037.

conseguente sopravvivenza di una frazione sanzionatoria, la condanna conservi, e *a fortiori*, rilevanza nella prospettiva dell'art. 99 c.p., con possibile incidenza negativa sul perimetro applicativo dello stesso art. 106, comma 2, c.p.<sup>18</sup> e conseguenti riverberi sulla portata dell'art. 47, comma 12, ord. penit., il quale, agli scopi che qui interessano, non vive di vita propria<sup>19</sup>.

Per inficiare queste semplici deduzioni, latenti o esplicite nella copiosa giurisprudenza di legittimità in materia<sup>20</sup>, sarebbero state opportune alcune puntualizzazioni da parte delle Sezioni Unite, che, viceversa, si sono discutibilmente limitate ad enunciare i pochi summenzionati argomenti, incentrati sul tenore testuale degli artt. 106 c.p. e 47 ord. penit.

A questo riguardo, peraltro, non può sottacersi che, quando la legge sull'ordinamento penitenziario interviene a regolamentare l'estinzione delle sanzioni penali<sup>21</sup>, aumenta il rischio di disallineamenti concettuali rispetto alla disciplina-madre dei fenomeni estintivi, contenuta nel codice penale. Per questo motivo, non convince pienamente nemmeno l'approccio riservato dalle Sezioni Unite al criterio interpretativo incentrato sul confronto fra le testualità dell'art. 47, comma 12, ord. penit. e dell'art. 178 c.p. Che l'argomento speso a questo proposito dai giudici di legittimità<sup>22</sup> sia fragile, non è seriamente revocabile in discussione: la Corte, in

composizione allargata, avrebbe potuto affrontarlo per destrutturarlo senza eccessive difficoltà. Le Sezioni Unite, invece, hanno ritenuto di liquidare il problema, affermando che «non ha senso [...] disquisire sul fatto che gli 'effetti penali' cui si riferisce l'art. 47, comma 12, ord. penit. non siano collegati formalmente al termine 'condanna', a differenza di quanto rinvenibile nell'art. 178 c.p. [...] L'art. 106 comma 2° c.p. non contempla (e quindi non impone) una simile specificazione».

Soluzione che appare troppo sbrigativa. Invero, la *quaestio iuris* atteneva proprio all'interpretazione del primo periodo dell'art. 47, comma 12, ord. penit., il quale, per lo meno dal punto di vista sintattico, istituisce tra «pena detentiva» ed «effetto penale» una correlazione diretta alla quale i giudici di legittimità (comprese le Sezioni Unite<sup>23</sup>) hanno, in passato, ascrivuto un certo significato. Giudicando troppo banale il problema, la Cassazione ha finito col lasciarlo sopravvivere. Sennonché, in un contesto tecnico estremamente arduo da decifrare, in cui la legge contempla l'estinzione della pena detentiva ma non quella della pena pecuniaria irrogata con la medesima sentenza di condanna, deve ammettersi che l'estinzione degli effetti penali di quest'ultima non è concetto così elementare da teorizzare. Meglio, dunque, avrebbero fatto le Sezioni Unite a riservarvi ulteriori chiarimenti.

A modesto avviso di chi scrive, comunque, il fattore di maggiore criticità che alligna nell'apparato motivazionale della sentenza in commento è rappresentato dall'assenza di riferimenti alla natura, alla funzione, alla *ratio essendi* e alla disciplina positiva dell'istituto che è il centro di gravitazione dell'intera vicenda, quasi che il patrimonio genetico e le peculiarità dell'affidamento in prova al servizio sociale siano degli elementi esogeni, di cui non serva dare conto in vista della defini-

<sup>18</sup> *Mutatis mutandis*, cfr., in tema di misure di sicurezza, Cass., sez. I, 24 novembre 2009, n. 1415, *CED Cass.*, 245940; Cass., sez. I, 1° ottobre 2009, n. 41584, *ivi*, 245567; Cass., sez. I, 21 novembre 1994, n. 5556, *ivi*, 200846.

<sup>19</sup> La norma da ultimo citata si limita a prevedere l'estinzione della «pena detentiva [e di] ogni altro effetto penale», ma la definizione delle ricadute di tale regola sul fronte della recidiva rimane una prerogativa dell'art. 106 c.p.

<sup>20</sup> Cfr., in partic., note nn. 2, 4 e 6.

<sup>21</sup> Per una polemica nei confronti di questa scelta cfr. già Fassone, *Affidamento in prova*, cit., 63; Pecoraro Albani, *I docenti di diritto penale e la riforma del libro primo del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misura di sicurezza*, *Giust. pen.*, 1975, II, 17.

<sup>22</sup> Cfr. note nn. 10 e 11.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., sez. un., 27 settembre 1995, n. 27, cit., 484.

zione dei rapporti tra la misura alternativa *de qua* e l'istituto della recidiva. Sembra, invece, come subito si dirà, che anche i più epidermici spunti relativi all'istituto di cui all'art. 47 ord. penit. si traducano in una fonte ricca e fluente di direttive ermeneutiche, utili per addivenire alla soluzione della *quaestio iuris* sottoposta alle Sezioni Unite.

### **Applicazione, revoca, giudizio finale: l'affidamento in prova e quelle implicazioni d'aggancio con la recidiva che è difficile elidere**

Eccettuate le distorsioni funzionali indotte dalla legislazione dei primi anni Novanta del secolo scorso<sup>24</sup>, deve escludersi che l'affidamento in prova al servizio sociale presenti una connotazione *stricto sensu* premiale<sup>25</sup>. Esso ri-

<sup>24</sup> Si vuol dire delle modifiche apportate all'ordinamento penitenziario dal d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356, ad esito delle quali, per gli autori di determinati reati, l'accesso alle misure alternative ha subito, sul piano funzionale, una sorta di transustanziazione, assumendo la foggia di compenso per la collaborazione nella lotta al crimine organizzato.

<sup>25</sup> Cfr., *ex plurimis*, Presutti, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 288; Ead., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, 52 e 72. Sullo sfondo, si colloca l'ormai risalente dibattito circa la natura della misura *de qua*, che, com'è noto, ha visto contrapporsi i teorici dell'alternativa integrale alla pena (*ex multis*, Fassone, *Affidamento in prova*, cit., 59; Pagliaro, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1198) ai sostenitori dell'alternativa alla detenzione (per tutti, Conso-Giostra, *Natura giuridica e vicende interruttrive dell'affidamento in prova al servizio sociale*, *Rass. penit. crim.*, 1979, f. 1-2, 10; Paliero, *Revoca «postuma» dell'affidamento in prova e scomputo dalla pena del periodo «utilmente» trascorso*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 1487). Per un approfondimento del tema, vedansi, con varietà d'impostazioni ed accenti, Bernasconi, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, Presutti (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, 126; Casaroli, *Misure alternative alla detenzione*, *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 18; Della Casa, *Commento all'art. 2 l. 27 maggio 1998, n. 165, Legislazione pen.*, 1998, 798; Dolcini, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, *Riv. it. dir. e*

posa, piuttosto, «su un atto di fiducia per un [...] impegno futuro [del condannato] verso la risocializzazione»<sup>26</sup>: lo attesta la norma cardine in materia, *id est* il comma 2 dell'art. 47 ord. penit., a mente del quale l'accesso all'affidamento extramurario richiede un giudizio prognostico bifronte, positivo circa il contributo della misura alla rieducazione del reo, negativo circa il pericolo di commissione di altri reati.

Correlativamente, nella fase applicativa e dinamica dell'istituto, eventuali violazioni di specifiche disposizioni di legge (non necessariamente di norme incriminatrici<sup>27</sup>) o delle prescrizioni impartite all'interessato possono sfociare nella revoca della misura, a mente dell'art. 47 comma 11 ord. penit. Disposizione, questa, che, pur non legittimando deprecabili automatismi tra violazione e revoca, non richiede, al contempo, l'integrazione di *standards* probatori particolarmente elevati, sicché anche le risultanze di un procedimento penale in corso<sup>28</sup> o, al limite, il contenuto di denunce o querele sporte nei confronti dell'affida-

*proc. pen.*, 1999, 862; Flora, *Considerazioni introduttive*, Id. (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, 4; Marinucci, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 164; Palazzo, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare (2000)*, aa.vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 154; Id., *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di carcerazione*, *Politica del diritto*, 1988, 237; Pietralunga, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Padova, 1990, 144; Zannotti, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, *Indice pen.*, 2000, 713.

<sup>26</sup> Presutti, *Profili premiali*, cit., 52, la quale esclude che il nucleo essenziale della misura sia rappresentato dal suo porsi «quale beneficio che premia uno sforzo rieducativo passato e dimostrato dal condannato». Al riguardo, v. anche Mantovani, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in aa.vv., *Diritto penale e sistema penale*, Milano, 1983, 213.

<sup>27</sup> Cass., sez. I, 18 settembre 1997, n. 4973, *Riv. pen.*, 1998, 102.

<sup>28</sup> Cfr. Cass., sez. I, 10 maggio 2011, n. 33089, *CED Cass.*, 250824; Cass., sez. I, 18 settembre 1997, n. 5007, *Cass. pen.*, 1998, 2469; Cass., sez. I, 31 marzo 1995, *ivi*, 1996, 1287.

to<sup>29</sup> potrebbero supportare il provvedimento ablativo da parte del giudice di sorveglianza. La chiave di volta, infatti, è rappresentata da «una smentita [...] della prognosi di rieducabilità formulata al momento della concessione della misura»<sup>30</sup>.

Sul fronte del giudizio conclusivo in merito all'espletamento della prova, non possono, poi, passare inosservati gli insegnamenti delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, secondo cui, «ai fini della valutazione dell'esito della prova, è possibile prendere in considerazione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito, giacché essi [...] possono [...] costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell'obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata»<sup>31</sup>. A tal fine, l'Alto Consesso ha chiarito che il tribunale di sorveglianza dovrà compiere una valutazione globale, tenendo conto, sia della condotta serbata dal condannato durante l'esecuzione della prova, sia degli indici di gravità del fatto successivo<sup>32</sup>, anche alla luce della distanza cronologica dalla scadenza tecnica del *probation*<sup>33</sup>. Come a dire,

<sup>29</sup> Cfr. Cass., sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5283, *Cass. pen.*, 2003, 1637.

<sup>30</sup> Così, efficacemente, Presutti, sub art. 47, Grevi-Giostra-Della Casa (diretto da), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 560.

<sup>31</sup> Testualmente, Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 5, *Dir. pen. proc.*, 2002, 1225. In senso conforme, da ultimo, Cass., sez. I, 30 giugno 2010, n. 30525, *CED Cass.*, 248376.

<sup>32</sup> Qualora tale fatto integri una fattispecie criminosa e non sia ancora intervenuta una condanna irrevocabile, Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 5, cit., 1227, hanno precisato che il giudice di sorveglianza dovrà «delibare autonomamente il fatto per accertarne sia la reale attribuibilità al condannato che la consistenza di elementi idonei a ricondurne la matrice al pregresso espletamento della prova, e perciò la concreta incidenza sul giudizio di recupero sociale».

<sup>33</sup> Sotto quest'ultimo peculiare prospetto, Cass., sez. I, 22 aprile 2004, n. 25257, *Riv. pen.*, 2005, 357, opportunamente si è premurata di rimarcare l'importanza del

la prova, per dismettere ogni condizionamento sul reo, deve "morire due volte": prima formalmente, alla scadenza del termine tecnico parametrato sulla durata della pena detentiva espanda, quando cessano le specifiche prescrizioni di cui all'art. 47, commi da 5 a 8, ord. penit.; poi sostanzialmente, in concomitanza con la decisione del tribunale di sorveglianza; con la conseguenza che, nell'arco di tempo che separa i due momenti, il reo in prova ci rimane *de facto*, perché le sue condotte ricadono nel novero degli elementi valutabili da parte del giudice di sorveglianza.

È una tesi, questa, che risponde ad una logica intuitiva, favorevole a che il tribunale di sorveglianza valuti tutte le emergenze fattuali, *pro reo aut contra reum*, disponibili al momento del proprio giudizio, senza formalisticamente filtrare qualsivoglia comportamento, magari gravido di significati, solo perché esterno alla parentesi temporale di cui all'art. 47, comma 1, ord. penit. Tuttavia, è una tesi che, dal punto di vista tecnico-giuridico, deve accogliersi con la massima cautela, perché rischia di entrare in rotta di collisione con alcuni principi fondanti, non ultimo quello di legalità della pena<sup>34</sup>, per tacer del fatto che espone i singoli interessati agli effetti di un'insidiosa variabile, qual è il carico pendente sui tribunali di sorveglianza, destinato a tradursi in una macroscopica dilatazione dei tempi rilevanti, in caso di ruoli sovraffollati.

Per questi motivi, si rivela più sicura, lineare e, dunque, meno esposta al rischio di abusi e di disparità di trattamento la visuale prospettica – minoritaria nella giurisprudenza di legittimità – che istituisce un'equazione d'identità fra "assenza di revoca" nel periodo

fattore-tempo, escludendo che si possa ascrivere valenza decisiva a comportamenti negativi, tenuti ad anni di distanza dalla conclusione del periodo di affidamento.

<sup>34</sup> Cfr. Bartoli, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 1233.

di tempo coincidente con la durata della pena espianda ed "esito positivo" della prova<sup>35</sup>.

Ciò premesso, deve osservarsi che gli indici sinora sommariamente rievocati sembrano deporre, all'unisono, nel senso che, in caso di nuova condanna, quella precedente, scontata nelle forme del *probation* penitenziario conclusosi positivamente, deve essere valutata dal giudice del merito ai fini della recidiva (ferma la facoltatività della concreta applicazione dell'aumento), pena il rischio d'incorrere in più d'una contraddizione.

In primo luogo, la nuova condanna smentisce la prognosi sottesa all'originario provvedimento applicativo dell'affidamento in prova, concedibile purché «assicuri la prevenzione del pericolo che [il reo] commetta altri reati»<sup>36</sup>. L'ex-affidato tradisce le mal riposte speranze: e, se è ormai intangibile il vantaggio ottenuto rispetto alla precedente condanna, sotto forma di espiazione *extra moenia* e di conseguente estinzione della pena (potenzialmente decurtata *in itinere* a' sensi del combinato disposto degli artt. 47, comma 12-bis e 54, ord. penit.), coniugarvi anche l'irrelevanza della sentenza ai fini della recidiva suona come un tradimento della più elementare logica special-preventiva, sciogliendo «nell'abbraccio dell'indulgenzialismo generalizzato»<sup>37</sup> i nodi più problematici di una disciplina che dovrebbe conservare e non dilapidare le peculiarità che la caratterizzano sul piano funzionale prima ancora che su quello operativo.

Va detto, comunque, che tale ordine di considerazioni rivela una valenza tutto sommato marginale fino a che non lo si coniughi con i dovuti approfondimenti sui temi, molto più pregni di significato, della revoca dell'affi-

damento in prova e del giudizio finale sullo stesso.

La nuova condanna presenta, infatti, da un punto di vista sistematico, un nesso di correlazione con i comportamenti che possono determinare la revoca dell'affidamento in prova.

Come ricordato, l'art. 47, comma 11, ord. penit. s'impenna su condotte genericamente contrarie alla legge o alle prescrizioni impartite all'interessato, segnando un punto di rottura interno al *probation*, che non può continuare se il soggetto, nei modi anzidetti, offre «una smentita [...] della prognosi di rieducabilità formulata al momento della concessione della misura»<sup>38</sup>. La disciplina in esame attesta che l'affidamento in prova si colloca al capolinea teorico opposto rispetto all'idea della monade isolata: esso vive di continue interrelazioni con i comportamenti dell'affidato e, in modo reattivo, a seconda dei casi, si presta a valorizzarli potentemente o a respingerli categoricamente. Finisce, allora, per entrare in difficoltà di senso un regime giuridico in cui, se un soggetto infrange le regole (senza necessariamente commettere reati) entro gli archi temporali del *probation*, rischia, prima, la sospensione cautelativa *ex art. 51-ter*, ord. penit., poi, la revoca, dunque il carcere<sup>39</sup>, quindi l'innescò del divieto pluriennale di concessione *ex art. 58-quater*, comma 2, ord. penit.<sup>40</sup> e, in caso di future condanne, il riconoscimento della recidiva; mentre se commette un delitto (cosa più grave delle generiche infrazioni bastanti alla revoca) "un minuto dopo" la formale scadenza dell'affidamento in prova e l'attestazione *ope iudicis* del buon esito<sup>41</sup>, non solo continua

<sup>38</sup> Presutti, sub *art. 47*, cit., 560.

<sup>39</sup> Cfr. C. cost., 29 ottobre 1987, n. 343, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1155.

<sup>40</sup> Al proposito, cfr. Cesari, sub *art. 58-quater*, in Grevi-Giostra-Della Casa (diretto da), *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 865.

<sup>41</sup> Questa seconda condizione, peraltro, non è necessaria ove si sposi la succitata tesi della coincidenza tra mancata revoca e buon esito dell'affidamento. In tal caso, quando il soggetto varca il limite finale del *proba-*

<sup>35</sup> Cfr. Grasso, *Misure alternative alla detenzione*, Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 679; Pietralunga, *L'affidamento in prova*, cit., 165; Presutti, *Affidamento in prova*, cit., 316.

<sup>36</sup> Art. 47, comma 2, ord. penit.

<sup>37</sup> Le parole sono mutuare da Fassone, *Affidamento in prova*, cit., 63.

a beneficiare degli effetti estintivi scaturiti da quest'ultimo, ma ottiene anche che la sua precedente condanna sia *tamquam non esset* ai fini della sanzione irrogabile con la nuova sentenza. Difficile ipotizzare un assetto di regole più propenso a favorire condotte strumentali, in cui l'idea di un pur implicito *pactum* tra lo Stato e il condannato<sup>42</sup> si eclissa dietro la presa d'atto che, in questa materia, dal punto di vista del soggetto privato, *pacta non sunt servanda*.

In terzo luogo, vengono in gioco le indicazioni delle Sezioni Unite a proposito del giudizio conclusivo sull'esito della prova.

La Cassazione – lo si è visto – ascrive rilievo anche ai «comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, [...] giacché essi [...] possono [...] costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell'obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata»<sup>43</sup>. Sotto questo prospetto, emerge la contraddizione in cui rischiano di incorrere le stesse Sezioni Unite che, prima, enunciano la massima *de qua*, che enfatizza un flusso osmotico tra i fatti; poi, escludono – con la sentenza in commento – interrelazioni fra vicende delittuose sul piano della recidiva. Anche a voler prescindere dal merito degli argomenti, non si può rinunciare alla tenuta logica del costrutto teorico: nel caso di specie, non sembra fuori luogo affermare che vengono applicati criteri valutativi opposti per dirimere questioni che

*tion* senza essere incorso in revoca, potrà dare sostanzialmente per scontata l'attestazione dell'esito positivo *ex art. 47, comma 12, ord. penit.* Nel caso in cui, invece, si adotti la visuale prospettica che involge, ai fini di quest'ultimo giudizio, tutti i comportamenti che precedono la decisione del tribunale di sorveglianza, anche se esterni all'arco temporale dell'affidamento al servizio sociale, sarà la decisione del giudice – come indicato nel testo – a segnare lo spartiacque.

<sup>42</sup> Cfr., *ex plurimis*, Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 229.

<sup>43</sup> Testualmente, Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 5, cit., 1225.

presentano delle similitudini. Si converrà, infatti, che concepire un giudizio finale onnivoro, vale a dire suscettibile di ascrivere peso e decisività a tutti i comportamenti che lo precedono, anche se successivi alla conclusione del periodo di affidamento *proprio iure*, mal si concilia con l'idea che, dovendosi giudicare di un nuovo fatto di reato, si adotti, ai fini della recidiva, un criterio opposto, volto a limitare formalisticamente lo spettro delle condotte valutabili. Una simile impostazione esegetica potrebbe, forse, giustificarsi se l'istituto di cui all'art. 99 c.p. fosse pervaso dalla logica dell'obbligatorietà, sicché l'unica leva su cui poter agire sarebbe quella della rigida perimetrazione delle precedenti condotte valutabili. Ma poiché l'istituto in parola si caratterizza, anche grazie a provvidenziali interventi della giurisprudenza<sup>44</sup>, in chiave di applicazione facoltativa, la tesi dell'esclusione delle precedenti condanne interessate dal *probation* non si armonizza rispetto agli insegnamenti che le stesse Sezioni Unite impartiscono con riguardo al giudizio conclusivo *ex art. 47, comma 12, ord. penit.*

Deve, peraltro, aggiungersi che la diversa impostazione esegetica, intesa ad istituire un'equazione d'identità tra "mancata revoca" ed "esito positivo" della prova, fornisce indicazioni altrettanto pregnanti *in subiecta materia*. Infatti, quanto più il giudizio finale sull'affidamento al servizio sociale si appiattisce sul requisito minimo della non avvenuta revoca *ex art. 47, comma 11, ord. penit.*, tanto meno il primo si presta a veicolare giudizi carichi di significato sul fronte dell'avvenuta risocializzazione del reo, risolvendosi in una sorta di presa d'atto dell'avvenuta scadenza del termine<sup>45</sup>. In questo quadro, a fronte di un nuovo delitto, la purgazione della precedente sentenza di condanna ai fini della recidiva non risulta giustificabile altrimenti che in

<sup>44</sup> V. *supra*, nota n. 17.

<sup>45</sup> Di ruolo notarile del giudice di sorveglianza parla Fassone, *Affidamento in prova*, cit., 62.

un'ottica puramente indulgenziale, che non appartiene all'istituto disciplinato dall'art. 47 ord. penit., dando, così, vita a problematiche disparità di trattamento ai danni di chi abbia regolarmente scontato l'intera pena in carcere e sia destinato a ricadere, a pieno titolo, nel perimetro applicativo dell'art. 99 c.p.<sup>46</sup>.

### Conclusioni: due facce della stessa medaglia

Da più di un lustro, il binomio concettuale "recidiva" – "misure alternative alla detenzione" è contaminato dagli agenti patogeni inoculati dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251<sup>47</sup>. Seguendo questo scorcio prospettico e prescindendo, per un momento, dalle considerazioni appena svolte, si potrebbe forse esprimere un giudizio positivo nei confronti della sentenza in commento, in ragione della sua attitudine a restringere l'area d'impatto di quella riforma. Tuttavia, questo genere di considerazioni non può prevalere, in materie ad alto tasso tecnico e con stringenti implicazioni con plurimi paradigmi metaprimari, su un'indagine incentrata sui profili sistematici, sulla *ratio essendi* e

finanche sulla disciplina positiva degli istituti coinvolti.

È a tutt'oggi attualissima la chiosa di chi, autorevolmente, ammoniva circa «il pericolo che la concreta 'gestione' delle misure alternative [...] possa modellarsi di fatto su criteri di tipo indulgenziale»: la convinzione di fondo era che «simili atteggiamenti di sapore clementiale [...] si indirizzano in una direzione esattamente opposta a quella che dovrebbe caratterizzare l'applicazione, o la revoca delle misure alternative, in quanto funzionali alle finalità del trattamento rieducativo»<sup>48</sup>. È proprio su questa lunghezza d'onda che si collocano le notazioni che precedono, intese a segnalare come l'approdo esegetico raggiunto dalle Sezioni Unite appaia piuttosto fragile, perché non ascrive la dovuta importanza alla poliedriche caratterizzazioni dell'affidamento in prova al servizio sociale, sebbene esse si candidino ad interferire, prepotentemente, con la *quaestio iuris* devoluta all'Alto Consesso. Né potrebbe invocarsi, in senso contrario, la disciplina *stricto sensu* penalistica che viene in gioco, affermando che essa si rivela bastante a dirimere i copiosi dubbi ermeneutici. Invero, gli argomenti e le tesi che gravitano intorno agli artt. 99, 106, 178 c.p., o all'art. 47, comma 12, ord. penit., sono carichi di *distinguo*, di perplessità, di veti incrociati, di obiezioni reciproche, tanto da alimentare la convinzione che sia proprio la disciplina dell'affidamento in prova ad offrire, *in subiecta materia*, le più nitide direttive esegetiche.

In questa prospettiva, la soluzione offerta dalle Sezioni Unite non convince.

Il difetto più grave, come segnalato, non attiene al merito o alla tipologia delle ragioni addotte a suffragio del *decisum*, bensì ai troppi silenzi serbati dall'Alto Consesso, che ha lasciato nell'ombra concettualizzazioni e approfondimenti circa l'affidamento in prova al ser-

<sup>46</sup> Se, come condivisibilmente afferma Bartoli, *L'affidamento in prova*, cit., 1234, nella disciplina dell'affidamento in prova «il raggiungimento dello scopo risocializzante deve costituire un'eventualità», il mero giudizio positivo, reso a' sensi dell'art. 47, comma 12, ord. penit., si svuota di significati secondi e risulta difficilmente differenziabile, quantomeno in linea astratta, rispetto all'espiazione della pena in carcere. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite nel 2002 in tema di giudizio conclusivo, pur mantenendo il carico di ambiguità di cui si è detto nel testo, da questo particolare angolo visuale si rivela meno problematica, perché, ammettendo il tribunale di sorveglianza a formulare una valutazione "a tutto tondo" sull'*ex-affidato*, consente almeno di affermare, in caso di esito fausto, che il tribunale ha accertato effettivi progressi in termini di risocializzazione, rendendo un responso che non appare di per sé fungibile alla mera espiazione della pena nel contesto intramurario.

<sup>47</sup> *Ex plurimis*, al riguardo, cfr. Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, *passim*.

<sup>48</sup> Grevi, *Esigenze di sicurezza e prospettive premiali nel quadro della legge penitenziaria*, Id. (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, cit., 17 s.

vizio sociale che, invece, si rivelano tutt'altro che pletorici od esogeni rispetto al tema che ci impegna. L'appunto critico sarebbe suscettibile di ridimensionamento se, a prescindere dalle lacune argomentative, la conclusione in punto di diritto fosse poi la stessa. Sennonché, come si è succintamente segnalato, teoria e prassi dell'affidamento in prova veicolano indicazioni non collimanti con la *regula iuris* volta ad escludere interrelazioni fra condanna interessata dal buon esito del *probation* e recidiva.

Nel caso di specie, peraltro, si è avuto modo di osservare come nemmeno gli argomenti enunciati, *claris verbis*, dalle Sezioni Unite si dimostrino del tutto persuasivi. Questo significa che la motivazione della sentenza in commento appare, non solo carente, ma anche suscettibile di venire revocata in discussione da future pronunce, di merito o di legittimità, che intendano diversamente – sulla falsariga della giurisprudenza sino a ieri maggioritaria – i rapporti fra gli artt. 106 c.p. e 47, comma 12, ord. penit.

Fortunatamente, non si sente l'esigenza di auspicare che ciò accada, poiché, *a latere* dei motivi che depongono in senso contrario rispetto all'insegnamento impartito dalle Sezioni Unite, si colloca l'effetto benefico che a quest'ultimo consegue, in termini di arretramento dell'area d'incidenza della recidiva. Se, per un momento, allora, si dimentica che, in materie come quella in esame, «la caccia vale più della preda»<sup>49</sup> e, dunque, invertiti i termini, si afferma che ciò che conta è il risultato, si può dire che la sentenza in commento, nell'attuale assetto normativo, produce conseguenze virtuose, poiché riesce ad ulteriormente depotenziare una riforma legislativa – quella, succitata, del 2005 – che ha imposto alle istanze giurisdizionali di ogni ordine e grado di farsi parti attive ai fini della riconduzione sui binari dell'ortodossia costituzionale di un sistema sanzionatorio in profonda crisi d'identità.

<sup>49</sup> Cordero, *Diatribes sul processo accusatorio*, Id., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220.

# Mutamento interpretativo disposto dalle Sezioni Unite e revoca della sentenza di condanna in esecuzione

---

**Tribunale di Torino – Giudice dell’esecuzione – Ordinanza 30 gennaio 2012 – Est. Recchione**

*Si ritiene che, in presenza di interventi della Corte regolatrice che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidato pregresso orientamento, con un effetto sostanziale abolitivo della norma incriminatrice sia legittima la revoca della condanna emessa sulla base dei pregressi parametri di legalità materiale.*

---

[omissis]

1. La legge n. 94 del 2009 ha modificato l’art. 6 comma 3 del d.lgs n. 286 del 1998 precisando che alla richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza lo straniero deve esibire il passaporto o altro documento di identificazione *ed* il permesso di soggiorno o altro documento attestante la regolare presenza nel territori.

La Cassazione a Sezioni Unite (sent n. 16453 del 24/02/2011) ha inquadrato la modifica come *abolitio criminis* relativamente alle condotte poste in essere da stranieri irregolari, nei confronti dei quali la esibizione *contestuale* del documento di identità e del documento che attesta la regolarità del soggiorno è stata ritenuta inesigibile.

Nell’interpretazione offerta dalle Sezioni Unite la norma (come modificata) sanziona, dunque, solo la condotta dello straniero regolare che adempie con tempestività agli oneri di esibizione utili a verificare la regolarità del soggiorno. La *ratio* della disposizione è stata individuata nella volontà del legislatore di facilitare i controlli sulla regolarità delle presenze e si rivolge solo a chi può adempiere all’obbligo di ostensione richiesto.

Al riguardo, la Corte osserva che «rispetto alla precedente formulazione, secondo cui il reato era integrato per il fatto di non esibire *una* delle due categorie di documenti (d’identificazione ovvero di regolare soggiorno), a seguito della (...) modifica, la fattispecie contravvenzionale è integrata dallo straniero che, a richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza, omette di esibire *entrambe* le categorie di documenti. Così ricostruita la fattispecie, ne deriva che essa *non* può più applicarsi allo straniero in posizione irregolare, cioè a colui che è entrato illegalmente in Italia o qui è rimasto nonostante la scadenza del titolo di soggiorno. (...) la norma

incriminatrice *non* può riguardare tale straniero perché egli, in quanto irregolarmente presente nel territorio dello Stato, non può, per ciò stesso, essere titolare di permesso di soggiorno».

2. La natura “abolitiva” della novella del 2009 non era mai stata ritenuta dalla Corte di legittimità prima della sentenza del 2011. Il diritto vivente era – di contro – *costantemente* ed *univocamente* orientato nel senso di ritenere la perdurante illiceità del comportamento dello straniero, anche clandestino, che non offriva in visione ai richiedenti il documento di identità (Cass., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157; Cass., sez. I, 20 gennaio 2010, n. 6343; Cass., sez. I, 20 settembre 2010, n. 37060).

La rimessione alle Sezioni unite è stata effettuata non per dirimere un contrasto in atto, ma per prevenire una divergenza “potenziale”.

3. In relazione alle condanne degli stranieri irregolari intervenute *prima* della novella non vi sono dubbi circa la legittimità della revoca della condanna per *abolitio criminis*: si tratta di condanne per fatti non più previsti come reato, preso atto che – come chiarito dalla Suprema Corte – il fatto penalmente rilevante riguarda solo le omissioni poste in essere dallo straniero regolare.

4. Per le condanne relative a fatti commessi successivamente alla entrata in vigore della novella, ma giudicati, prima dell'*overruling* delle Sezioni Unite, in base al pregresso (costante e consolidato) orientamento della giurisprudenza di legittimità, si pone il problema di verificare se sussistano i requisiti per la revoca.

Più precisamente, si pone il problema di verificare se la pronuncia del massimo organo di nomofilachia che “rovescia” il pregresso diritto vivente abbia una incidenza sui parametri di legalità, assimilabile a quella della legge o degli interventi delle (altre) Alte Corti (Consulta, Corte europea di giustizia, Corte europea dei diritti dell’Uomo), ed idonea a legittimare una “revisione” del giudicato.

5. Il tema è stato, solo in parte, affrontato dalla Corte regolatrice nella sentenza delle Sezioni Unite penali del 21 gennaio 2010, (21 gennaio 2010, n. 18288, *CED Cass.*, 246651).

In tale occasione si è ritenuto che *l’interpretazione* della Corte di Cassazione a Sezioni Unite configura un elemento di novità idoneo a superare alcune “preclusioni” processuali assonanti al giudicato, come il c.d. “giudicato esecutivo” ed il “giudicato cautelare”.

I giudici di legittimità, nel corpo della motivazione hanno fatto ampio riferimento ad un innovativo concetto di legalità sostanziale che ha come parametri non solo gli interventi legislativi, ma anche gli interventi giurisprudenziali delle Corti regolatrici.

Nella sentenza si legge infatti: «in considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”». Per effetto dell’esplicito riferimento al “diritto” (“*law*”) - e non soltanto alla “legge” - contenuto nell’art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo (...) ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell’esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo: 24 aprile 1990, K. c. Francia; 12 febbraio 2008, K. c. Cipro; 15 novembre 1996, C. c. Francia; 25 maggio 1993, K. c. Grecia). Tale visione sostanziale del principio di legalità si confronta peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con particolari condizioni qualitative, quali l’accessibilità della norma penale e la ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze (cfr. sentenze Corte europea: C. c. Francia succitata; 22 novembre 1995, S.W. e C.R. c. Regno Unito; 29 marzo 2006, A. c. Francia).

Con le recenti sentenze 17 settembre 2009 (caso S. c. Italia) e 8 dicembre 2009 (caso P. c. Italia), la Corte europea, dopo avere ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che «a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste (...) non può presentare una precisione assoluta», posto che si serve di «formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, *ivi* compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria (...); del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza (...) contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale».

In altro passo la Corte valorizza il requisito della prevedibilità insita nel principio di legalità chiarendo che il "cd. "diritto giurisprudenziale", evocato anche dalla sentenza 8 febbraio 2007 della Corte di giustizia (Groupe D. c. Commissione delle Comunità europee) ha delineato «una dimensione innovativa del principio di irretroattività, ritenendolo applicabile anche alla nuova interpretazione in senso sfavorevole di una norma, interpretazione non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione».

La Corte precisa ancora che «deve, quindi, affermarsi che, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, "una relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza». Secondo la Suprema corte «il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma "vivente", risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici».

6. Sullo sfondo dell'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite emerge con particolare chiarezza la rilevanza del diritto vivente che origina dalla crasi tra "legge" ed "interpretazione" delle alte Corti, elementi che si fondono e strutturano i parametri di legalità materiale.

La nozione di "diritto vivente" viene dalla Cassazione correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario. Tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire «quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini». Per le decisioni di legittimità predomina sul "criterio quantitativo" quello "qualitativo del grado" e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente «anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite», posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, di rimono

contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. Cost., sentenze n. 317 del 2009, n. 260 del 1992, n. 292 del 1985, n. 34 del 1977). (...) Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione *accertativa* della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima» (Cass., sez. un., n. 18288 del 2010, cit.).

Il principio di legalità materiale si configura come premessa logico giuridica anche della pronuncia della Corte EDU nel caso S. c. Italia del 17 settembre 2009. Nel corpo della sentenza si legge infatti «99. La nozione di «diritto» («*law*») utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (K., già cit., §§ 40-41, C. c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil 1996 V, C. e altri, già cit., § 145, e E. K. c. Turchia, n. 28496 del 1995, § 51, 7 febbraio 2002). 100. Anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica (C., già cit., § 31, e K., già cit., § 40). Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, *ivi* compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. 101. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme (K., già cit., § 141). Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (K. c. Francia, 24 aprile 1990, § 29, serie A n. 176 A). Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (S., K. e K. c. Germania [GC], n. 34044 del 1996, n. 35532 del 1997 e n. 44801 del 1998, § 50, CEDU, 2001, II)».

Il quadro emergente dalla analisi della giurisprudenza della Corte di legittimità evidenzia da un lato la consapevolezza del ruolo strutturante del diritto vivente assegnato alla giurisprudenza delle Corti superiori ed, in particolare, alle pronunce delle Sezioni unite e, dall'altro la consapevolezza dell'«obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della corte di Strasburgo».

La nostra Corte, adusa alla gestione del principio di legalità tipico dei paesi di *civil law*, nell'atto del confronto (doveroso) con il principio di legalità convenzionale, come interpretato dalla Corte di Strasburgo "apre" alla valorizzazione di un concetto di legalità sostanziale, che si compone della legge e dell'interpretazione effettuata dalle alte Corti.

7. Per quanto sia ampiamente valorizzato il concetto di legalità sostanziale o materiale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla idoneità dell'*overruling* interpretativo ad incidere sul giudicato esecutivo opera un distinguo tra preclusioni e giudicato.

La Corte di cassazione, nell'affrontare il tema della esistenza della preclusione alla riproposizione della richiesta di sulla base di nuovi parametri emergenti dalla interversione interpretativa delle Sezioni Unite chiarisce che nel caso posto alla sua attenzione l'intervento di nomofilachia non incide sul giudicato cognitivo, ma solo alla preclusione «alla mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi». In relazione a tale preclusione la Corte ha ritenuto che «è consentito il riesame della posizione della persona interessata alla tutela di un suo diritto fondamentale, ponendo così rimedio ad eventuali violazioni del diritto interno o comunitario, evidenziate da un diverso, successivo e stabilizzato orientamento ermeneutico» (Cass., sez. un, n. 18288 del 2010, cit.).

Pur non essendo il *thema decidendum* il rapporto tra interversione interpretativa e giudicato cognitivo la Corte riconosce esplicitamente una diversa "forza" al giudicato di cognizione rispetto a quello c.d. esecutivo (che si traduce in una mera "preclusione"). Ne segue che il giudicato di cognizione dovrebbe avere una diversa "resistenza" alle mutazioni dei parametri di legalità, essendo ontologicamente finalizzato alla "stabilizzazione" dei rapporti giuridici.

Non può che rilevarsi tuttavia che il principio del "*nulla poena sine lege*" nel bilanciamento con l'interesse alla stabilità dei rapporti tutelato dal giudicato formato ha una valenza prevalente evidenziata dalla possibilità di revoca delle condanne per *abolitio criminis*.

La Corte, pur chiamata a pronunciarsi sul rapporto legalità sostanziale-preclusioni distinto dal rapporto della legalità sostanziale con il giudicato formale non manca di evidenziare come argomento *ad adiuvandum* della tesi accolta (ovvero il superamento della preclusione) che lo stesso principio dell'intangibilità del giudicato di cognizione entra in fibrillazione quando questo confligge con l'ordinamento dell'Unione.

Su tale specifico punto i giudici di legittimità rilevano, da un lato, che la Corte di giustizia «ha sempre affermato, con riferimento al rapporto tra l'applicazione delle norme comunitarie e l'autorità del giudicato, che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 del Trattato CE non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione» rammentando «l'importanza che il principio dell'autorità del giudicato assume nell'ordinamento giuridico comunitario e in quello nazionale, perché finalizzato a garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia (cfr. sentenza Corte di giustizia, 16 marzo 2006, causa C-234/04, K.)»; mentre dall'altro lato rileva che il principio dell'intangibilità del giudicato ha patito ad opera della stessa Corte di giustizia significative incisioni nella misura in cui i giudici europei non hanno mancato di sottolineare, in tema di giudicato civile (art. 2909 c.c.), «che lo stesso non opera, ove vengano in questione principi che disciplinano il riparto delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, che, in quanto erogati in contrasto con il diritto comunitario, non sarebbero più recuperabili (sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05)»; o che «l'interpretazione da parte della Corte di Cassazione del principio dell'autorità della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. (efficacia vincolante del giudicato estero formatosi su un punto fondamentale comune ad altra causa relativa a un diverso periodo fiscale) si pone in contrasto con il principio di effettività dell'applicazione delle norme comunitarie disciplinanti l'imposta sul valore aggiunto (sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08)». La

Corte osserva che la Corte di Lussemburgo «pur riconoscendo – in via generale – la rilevanza del giudicato nazionale, ne relativizza, per così dire, il valore in situazioni particolari in cui le corrispondenti modalità di attuazione siano strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile il concreto esercizio di diritti previsti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)» (Cass., sez. un, n. 18288 del 2010, cit.).

Se il principio di intangibilità del giudicato interno mostra segnali di cedevolezza in ambito UE (come risulta dalle pronunce delle Corti di giustizia citate), esso risulta inciso in modo ben più radicale dagli interventi della Corte EDU in materia di processo equo.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha (finalmente) preso atto della “precarietà” del giudicato nazionale a fronte delle pronunce della Corte di Strasburgo sancendo che «è costituzionalmente illegittimo, per la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione e dell'art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancito a carico delle Parti contraenti, comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo. Né può ritenersi contraria a Costituzione – pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata -la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.» (C. cost., sent n. 113 del 2011).

Dunque il giudicato è destinato a cedere ogni qual volta risulti che la pronuncia abbia comportato la rilevante compromissione di diritti fondamentali accertata dalla corte EDU .

In conclusione, si rileva che dalla giurisprudenza delle alte Corti (nazionali ed europee) emerge una inedita “cedevolezza” dei giudicati, con un percepibile ridimensionamento delle aspettative di stabilità, nella misura in cui il giudicato risulta esposto a a rivisitazioni “in revisione” successive all'accertamento della lesione di diritti fondamentali da parte della Corte EDU .

Analoga precarietà del giudicato emerge dalle sentenze della Corte di giustizia che relativizzano la stabilità del giudicato nazionale ai casi in cui esso non contrasti in modo insanabile con i diritti tutelati dall'Unione.

8. Il quadro emergente dalla giurisprudenza delle Corti superiori in materia di diritti fondamentali evidenzia un percorso interpretativo tendente alla omogeneizzazione degli *standards* di tutela dei paesi aderenti alla convenzione di Roma, che sta lentamente modificando la struttura del sistema di tutela dei diritti fondamentali, ormai fondato sulle garanzie emergenti dall'ordinamento integrato nel suo complesso (come indicato dalla Consulta dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 in avanti), con l'obiettivo di aumentare, attraverso il riferimento a parametri sovranazionali, il livello di tutela dei diritti.

Sul punto la Corte Costituzionale ha chiarito che «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzio-

ne di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU - nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione - l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale». Del resto afferma la Consulta «l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. L'accertamento dell'eventuale *deficit* di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost». (sentenza n. 317 del 19 dicembre 2009)

Se è in gioco un diritto fondamentale i parametri di tutela devono dunque essere ricavati dall'ordinamento "multilivello" attraverso una operazione di "interpretazione conforme" all'ordinamento sovranazionale che, nel caso che ci occupa, impone di verificare la connotazione del principio di legalità attraverso la valutazione degli approdi della giurisprudenza delle Corti europee, con l'obiettivo di accordare il massimo livello di garanzia disponibile.

9. Ci si chiede se la forza assegnata dalla giurisprudenza di Strasburgo alla interpretazione giurisprudenziale "qualificata", riconosciuta in modo esplicito anche dalla nostra Corte di legittimità (nella sentenza a Sezioni unite n. 18288 del 2010) possa condurre a ritenere che in un caso di *overruling* abolitivo della fattispecie incriminatrice - come quello effettuato dalle Sezioni Unite penali con la sentenza n. 16453 del 24 febbraio 2011 - si possa intervenire sui giudicati ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

Ci si chiede, cioè, se la revoca possa essere "estesa" alle condanne intervenute sotto un diverso regime di diritto vivente, in cui i parametri della legalità sostanziale ("legge" ed "interpretazione") si presentavano diversi, non per la diversità della "legge", ma per la difformità radicale dell'"interpretazione" offerta dal massimo organo di nomofilachia in ordine alla stessa esistenza della previsione incriminatrice.

Le insidie della soluzione affermativa risiedono essenzialmente nei rischi di instabilità dovuti alle frequenti interversioni della interpretazione, tipici della nostra Corte regolatrice (si pensi alle fibrillazioni giurisprudenziali in materia di consumo di "gruppo" di sostanza stupefacente).

Di contro, non può non rilevarsi che una interpretazione ad effetto abolitivo effettuata dalla Cassazione a Sezioni Unite, caratterizzata - in concreto - dal rovesciamento del precedente (costante e consolidato) indirizzo della stessa giurisprudenza di legittimità, non è una operazione senza effetto sui parametri di legalità. Naturalmente se (e solo se) si accetta, come presupposto, il concetto di legalità materiale offerto dalle Sezioni unite della Cassazione, ricavato sulla base di autorevole interpretazione adeguatrice alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo.

Se si accetta tale concezione del principio di legalità, non può negarsi che l'inversione effettuata dalle Sezioni Unite nell'interpretazione dell'art. 6 del d.lgs 286 del 1998 ha modificato di fatto – ed in modo percepibile – i parametri di legalità.

Come è dimostrato, in via empirica, dal fatto che le richieste di revoca delle condanna per violazione dell'art. 6 del d.lgs n. 289 del 1998 addebitate allo straniero irregolare (anche per i fatti anteriori alla novella del 2009) sono intervenute dopo la pronuncia delle Sezioni Unite.

La mancata valorizzazione della modifica di tali parametri rischia di tradursi nella violazione di diritti fondamentali, e precisamente, nella violazione del diritto ad essere condannati in base ad una "legge" penale che - come "interpretata" dalla Alte Corti - codifica come esistente l'illecito (*nullun crimen, nulla poena sine lege*) tutelato dall'art. 7 della Convenzione EDU.

Si rischia cioè di mantenere "in vita" giudicati che, qualora fosse riconosciuta la violazione del diritto fondamentale tutelato dall'art. 7 della Convenzione, perderebbero la caratteristica della stabilità e sarebbero soggetti a revisione (C. cost., sent. n. 113 del 2011).

10. La necessità di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici insiti nel principio di c.d. intangibilità del giudicato induce tuttavia alla massima cautela.

Ragionevolmente può ritenersi che l'idoneità dell'intervento interpretativo della Corte di legittimità a modificare il parametro di legalità debba essere valutato, con la massima cautela, "in concreto".

Non ogni intervento interpretativo può essere considerato idoneo ad incidere sui pregressi giudicati. Una scelta di tal genere toglierebbe ogni certezza ai rapporti giuridici.

Di contro, interventi interpretativi con effetto sostanzialmente abolitivo della fattispecie (come quello in esame), che si traducano in un rovesciamento del diritto vivente, non possono essere considerati non incidenti sui parametri di legalità cui si sono conformati i giudicati pregressi, "formati" nel rispetto di principi di diritto vivente "aboliti" dall'intervento delle Sezioni Unite.

11. In conclusione, si ritiene che, in presenza di interventi della Corte regolatrice che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidato pregresso orientamento, con un effetto sostanziale *abolitivo* della norma incriminatrice sia legittima la revoca della condanna emessa sulla base dei pregressi parametri di legalità materiale.

Diversamente opinando si opererebbe, una sostanziale lesione del diritto alla legalità della pena tutelato dall'art. 7 della Convenzione ed, inoltre si darebbe vita ad una palese disparità di trattamento tra persone che hanno posto in essere una medesima condotta in tempi diversi.

Il trattamento riservato alle persone che sono state condannate sulla base dell'orientamento pregresso sarebbe antagonista rispetto a quello riservato a chi - dopo l'intervento delle Sezioni Unite - è stato assolto in seguito all'(immediato) effetto confermativo prodotto dall'intervento del massimo organo di nomofilachia.

ANDREA CONZ  
*Avvocato in Torino*

## L'*overruling* della Corte di Cassazione in seduta plenaria: assenza di limiti al “diritto vivente” nel procedimento di esecuzione?

*The overruling power  
of the Supreme Court in plenary sessions:  
the considerable lack of limits  
to the application of “living law”  
in execution procedures*

(Peer reviewers: Prof. Enrico Mario Ambrosetti; Prof. Antonio Scaglione)

---

Il giudice, con un ragionamento di natura induttiva, ha ritenuto che il principio espresso dalle Sezioni Unite con sentenza n. 18288 del 2010 possa essere esteso oltre i limiti preclusivi individuati dall'art. 666, comma 2, c.p.p. Osservazioni conclusive in tema di “diritto vivente”, elaborate dalla giurisprudenza in ambito di diritto civile, confermano la correttezza della tesi, la cui applicazione deve però essere subordinata a talune regole di cautela.

*The Judge, whose ruling is being discussed in this abstract, by way of inductive reasoning has deemed the principle used by the SC in the Judicial Sentence No. 18288 of 2010, applicable beyond the preclusive limits stated in art. 666 Section 2 of the Criminal Procedure Code. In the context of “living law,” conclusive observations elaborated by the case law in the realm of civil law jurisprudence, confirm the correctness of the principle. However, the application of such principle must be subjected to certain precautionary rules.*

---

## Rilievi critici

Nell'ordinanza in commento sono riportate alcune dissertazioni finalizzate a verificare se la pronuncia del massimo organo di nomofilachia che "rovescia" il pregresso diritto vivente è idonea a legittimare una rivisitazione del giudicato. La soluzione affermativa a cui si giunge deriva dall'assunto espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 18288 del 2010 e sulla riconosciuta incidenza nel diritto interno dell'art. 7 Cedu delineato secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo.

Un primo rilievo agli argomenti illustrati nel provvedimento si fonda sulla circostanza che le considerazioni sviluppate dal giudice dell'esecuzione non riguardano la riproposizione di una istanza *ex art. 666, comma 2, c.p.p.*, ipotesi dalla quale muovevano le sezioni unite nella richiamata pronuncia<sup>1</sup>; pertanto, effettuare incursioni fuori dal contesto delineato dal principio espresso in seduta plenaria con la sentenza n. 18288 del 2010, sulla possibilità di riconoscere alle pronunce *de legitimitate* "valenza di legge" – o valore equivalente agli interventi della Corte costituzionale o Europea – è attività che si allontana dal percorso adottato dal supremo consesso.

In linea di fondo, il richiamo a talune disposizioni consente di sostenere che non è possibile riconoscere equivalenza tra la legge e la giurisprudenza, tra le quali si frappone l'art. 101, comma 2, Cost. dove è previsto che i giudici sono soggetti soltanto alla legge; cosicché, l'esercizio della giurisdizione, anche da parte dei magistrati appartenenti al supremo convitto, è funzione subordinata proprio alla legge. D'altronde, l'art. 65 del r.d.l. n. 12 del 1941 indica le specifiche attribuzioni della suprema Corte, e cioè assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'uni-

tà del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, oltre ad essere organo che regola i conflitti di competenza e di attribuzioni. La Corte di cassazione, quindi, interpreta le disposizioni indicando le norme in esse contenute, individuando l'intimo significato della legge tenendo conto delle intenzioni del legislatore e, talvolta, delle indicazioni espresse dalla dottrina. Dunque, da un testo di legge che si potrebbe definire come un'entità letterale costante, l'interpretazione consente di individuare la norma (o le norme) in esso contenuta, quali espressioni variabili formulate dagli interpreti entro i limiti del dato positivo. Pertanto, il diritto di origine legislativa e il diritto giurisprudenziale sono tra loro imprescindibili ma distinti, essendo il secondo entità mutevole e dipendente dal primo. Ne consegue che appare presupposto concettuale erroneo quello che induce a ritenere il diritto di derivazione giurisprudenziale equivalente al diritto di produzione legislativa, non potendosi attribuire agli stessi valutazioni di identità: si tratta di componenti che "finiscono per saldarsi all'interno del comune alveo offerto dal "diritto vivente".

## Il corretto "inquadramento" della *quaestio* secondo l'insegnamento delle Sezioni unite

La questione illustrata nel provvedimento in esame assume distinta rilevanza se riferita al disposto dell'art. 666, comma 2, c.p.p., nel quale è preclusa la riproposizione di una richiesta basata sui medesimi elementi, già in precedenza formulata e respinta dal giudice dell'esecuzione. È in tale contesto che rileva il principio espresso richiamata decisione a sezioni unite, secondo cui il mutamento di giurisprudenza intervenuto, integrando un "nuovo elemento di diritto", rende ammissibile rinnovare la domanda (in sede esecutiva) in ordine alla richiesta di indulto prima respinta.

Il complesso ed articolato ragionamento espresso dalla Corte di cassazione si sviluppa alla luce del principio di legalità contenuto

<sup>1</sup> Cfr. Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, *Cass. pen.*, 2011, 17, con nota di Russo, *Il ruolo della law in action e la lezione della corte europea dei diritti umani al vaglio delle sezioni unite. Un tema ancora aperto.*

nell'art. 7 Cedu così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, la quale attribuisce al principio di legalità un carattere materiale, volto ad includere e ad attribuire peso anche al diritto giurisprudenziale, purché accessibile e prevedibile. Si enuclea, quindi, un rapporto tra diritto legislativo e giurisprudenziale in una prospettiva concorrenziale, «nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum* che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza»<sup>2</sup>.

Sotto tale profilo, il "diritto vivente" non può che essere frutto dell'attività filologica della giurisprudenza "consolidata o costante" ed espressione del lavoro esegetico della suprema Corte in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato; le pronunce di legittimità in seduta plenaria presentano tali caratteristiche anche secondo l'insegnamento della Corte costituzionale<sup>3</sup>.

Dunque, «le considerazioni sin qui svolte legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente"»<sup>4</sup>.

Orbene, cercando di porre un argine al principio sopra espresso, il supremo consesso ha escluso che lo stesso possa essere esteso

fino a rivisitare il "giudicato", limitando la sua applicazione a peculiari situazioni inerenti la fase esecutiva, caratterizzate dalla dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena e alla risocializzazione del condannato allorché si tratti di vincere la preclusione derivante dalla mera riproposizione di una richiesta già avanzata sui medesimi elementi.

Pertanto, ribadendo il principio dell'autorità del giudicato, sia nell'ordinamento giuridico comunitario che in quello nazionale, la Corte evidenzia che la giurisprudenza europea<sup>5</sup>, pur riconoscendo, in via generale, la rilevanza del giudicato nazionale, ne relativizza, per così dire, il valore in situazioni particolari in cui le corrispondenti modalità di attuazione siano strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile il concreto esercizio di diritti previsti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività). Insomma, una scelta interpretativa diversa da quella privilegiata, circa l'ambito operativo della preclusione di cui all'art. 666, comma 2, c.p.p. non garantirebbe il principio di effettività delle norme comunitarie e si porrebbe in conflitto con queste.

### **Il superamento del (fragile) argine contemplato dall'art. 666 comma 2 c.p.p.**

È chiaro ora che il valore *in executivis* del diritto vivente, affrontato dalla Corte per la sola ipotesi di riproposizione della domanda nei casi contemplati dall'art. 666, comma 2, c.p.p., è stato esteso dal giudice di Torino anche alla possibilità di presentare un'istanza *ex art. 673 c.p.p.*, quando venga ritenuta lecita una condotta prima considerata illecita, a seguito del mutamento della giurisprudenza espressa dalla Corte di cassazione in seduta plenaria. Nello specifico, la vicenda ha riguardato la novazione interpretativa dell'art. 6, comma 3 d.lgs. n. 286 del 1998, modificato dalla legge

<sup>2</sup> Russo, *Il ruolo della law in action*, cit., 26.

<sup>3</sup> C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317, *Guida dir.*, 2010, 2, 73; C. cost., 8 giugno 1992, n. 260, *Cass. pen.*, 1992, 2919.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, *Cass. pen.*, 2011, 17.

<sup>5</sup> C. giust. CE, 16 marzo 2006, C-234/04, K.

n. 94 del 2009 che, secondo la suprema Corte, mutando un precedente e prevalente orientamento, ha comportato una sostanziale *abolitio criminis* delle condotte poste in essere da stranieri irregolari, nei confronti dei quali l'esibizione contestuale del documento di identità e del documento che attesta la regolarità del soggiorno è stata ritenuta inesigibile. È opportuno osservare che, in tal caso, l'operazione ermeneutica consegue proprio al mutamento normativo introdotto nel 2009.

Il ragionamento del giudice dell'esecuzione, che nei motivi del proprio provvedimento richiama la pronuncia delle sezioni unite del 2010, oltre talune sentenze della Corte edu, può essere sinteticamente così riassunto: essendo riconosciuta la possibilità di riproporre in fase esecutiva, attraverso il meccanismo previsto dal comma 2 dell'art. 666 c.p.p., una istanza già in precedenza respinta a seguito di un mutamento della giurisprudenza intervenuto con decisione delle sezioni unite, nulla impedisce che per analoghe ragioni possa essere avanzata una richiesta diretta per la prima volta ad ottenere lo stesso risultato. In altre parole, consentire la riproposizione di un'istanza comporta logicamente l'antecedente possibilità della sua proposizione. È osservazione induttiva: la legittimazione della reiterazione di una condotta contempla anche la legittimità della condotta originaria.

Ecco che il limite applicativo al principio dello *jus novum* espresso dalle sezioni unite ed individuato nel comma 2 dell'art. 666 c.p.p., risulta essere perimetro di facile superamento. Le conseguenze che possono trarsi da tale situazione sono facilmente intuibili: un numero sempre crescente di istanze al giudice dell'esecuzione fondate sui mutevoli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla suprema Corte in seduta plenaria, poiché «la mutazione del "diritto positivo" impone di rivalutare la posizione del condannato»<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Macchia, *La modifica interpretativa cambia il "diritto*

Tale ipotesi induce a ritenere lo straripamento della funzione giurisprudenziale, con la conseguente «destrutturazione del sistema legalista del diritto penale nazionale e dei suoi corollari con effetti difficilmente presagibili». Occorre però osservare che nei sistemi di *civil law*, al giudice non è richiesto di uniformarsi ai principi espressi dalla suprema Corte, se non in taluni casi previsti per legge (artt. 623 lett. a), e 627, comma 3, c.p.p.); secondo la Costituzione egli è sottoposto unicamente alla legge, seppure sia tendenza tipicamente conservatrice quella di uniformarsi a decisioni precedenti e superiori. Tale circostanza comporta che le eventuali future istanze, presentate innanzi al giudice dell'esecuzione, si concretizzeranno in richieste di verifica delle decisioni assunte nel giudizio di merito alla luce dell'*overruling* espresso dalle sezioni unite, a cui il giudice competente ai sensi dell'art. 665 c.p.p., potrà comunque ritenere di non aderire non potendosi attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto<sup>7</sup>. Ciò non vuol dire che il giudice possa dissentire *tout court* dalla novellata interpretazione giurisprudenziale, dovendo in ogni caso esprimere nel provvedimento di rigetto le ragioni del suo dissenso.

### Osservazioni conclusive

Talune osservazioni<sup>8</sup> sul concetto di "diritto vivente" fanno emergere come lo stesso eserciti una sorta di vincolo naturale per il giudice che è indotto ad uniformarsi all'assunto *ivi* espresso.

Ma il principio di legalità rappresenta uno degli aspetti fondamentali del diritto penale

*vivente*" e impone di rivalutare la posizione del condannato, *Guida dir.*, 2010, 27, 78.

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1040.

<sup>8</sup> Le osservazioni di seguito illustrate sono tratte dai motivi contenuti nella pronuncia Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, cit., 1040.

che induce a riflettere sul concetto di "disposizione giuridica". Quest'ultima trova fonte nella legge, frutto dell'attività esclusiva del potere legislativo, esercitato da organi i cui membri sono eletti dal popolo, essendo dunque espressione della sovranità popolare. Pertanto, la "disposizione giuridica" si forma ascoltando le istanze della comunità territoriale e metabolizzandone le esigenze; essa quindi è voluta dal popolo ed è emanata nel suo interesse. Il suo testo letterale dovrebbe esprimere in forma chiara e concisa tali aspetti inderogabili.

Alla magistratura è demandata l'applicazione e la previa interpretazione delle disposizioni normative; la sua indipendenza si radica nella soggezione «soltanto alla legge», nel senso che nell'esercizio della funzione è vietato a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire nella decisione. Nell'applicare la legge il giudice individua le norme in essa contenute che compongono il "significato" della disposizione, e cioè il contenuto precettivo, in termini di comando-divieto-permesso che esprime. La subordinazione alla legge comporta che la predetta attività di "individuazione" debba essere svolta entro il dato positivo espresso attraverso i frammenti lessicali di cui si compone, e cioè il cosiddetto "significante". Nella teoria che attribuisce alla legge una "struttura ternaria", l'ultimo elemento componente, oltre il "significante" ed il "significato", è il "valore", inteso come l'avvertita positività di un dato bene-interesse che postula la meritevolezza di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività. Orbene, la circostanza che la disposizione sia inserita all'interno di un sistema ordinamentale, oltre al mutamento delle esigenze di tutela da parte della collettività con il decorrere del tempo, comporta che seppure il "significante" rimanga invariato, muti il "significato" allo stesso attribuito causa anche la modificazione del "valore" riconosciuto alla disposizione. «Vale a dire che, entro il limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale, la norma di vol-

ta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale e sovranazionale. [...] Per cui è ben comprensibile come, in prospettiva diacronica, le eventuali successive modificazioni, abrogazioni, sostituzioni delle disposizioni interferenti abbiano una possibile ed automatica ricaduta sul contenuto della disposizione in questione, anche per questa via quindi innescandone processi modificativi. In realtà quello del diritto vivente è fenomeno oggettivo: per cui per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale. Tale fenomeno, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il "diritto vivente" esiste al momento della interpretazione dei giudici».

Sulla base di tali presupposti, pur in ambito del diritto civile, la Corte di cassazione ha statuito una sorta di regola etica relativa all'esigenza di cambiamento giurisprudenziale operato dal giudice che intende attribuire alla disposizione un significato diverso da quello consacrato con una precedente esegesi. La Corte ha infatti ritenuto che «una diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata, e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo preferibile e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario l'interpretazione sulla cui base si è già formata una pratica di applicazione». Occorre però rilevare che all'interno del codice del rito civile l'intervento nomofilattico ha chiara vocazione di stabilità, quale caratteristica accentuata dalle novelle all'art. 374 c.p.c. del 2006, ed all'art. 360 *bis*, comma 1, c.p.c. del 2009.

Orbene, avendo chiaro il ruolo del "diritto vivente", quale entità imprescindibile ed in-

trinseca all'attività di giudizio, si ritiene che le richiamate considerazioni etiche che dovrebbero indurre il giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, ad uniformarsi ai principi nomofilattici espressi dalla Cassazione in sede civile,

potrebbero trovare applicazione anche in sede penale, avendo sempre riguardo alle indicazioni formulate dalla Corte europea, oltre le fragili preclusioni individuate dalle sezioni unite.

ELENA MARIA CATALANO

*Professore associato di Procedura penale – Università dell’Insubria*

# Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo

## *Abuse of Process: A Misunderstood Concept*

(Peer reviewers: Prof. Enrico Mario Ambrosetti; Prof. Antonio Scaglione)

---

L’esame della giurisprudenza più recente in materia di abuso del diritto di difesa rivela tendenze evolutive di convergenza verso una manipolazione del concetto di abuso del processo idonea a ridimensionare l’ambito difondamentali garanzie difensive. Tale tendenza si misura sul duplice piano dell’uso distorto della nozione di abuso processuale e della scorretta sagomatura del quadrante delle sanzioni applicabili in caso di prassi devianti della difesa.

*A recent judgement of the Supreme Court upholds a sanction against the accused for abuse of process in which he is deprived of the right to have adequate time for the preparation of his defence.*

---

### **La capillare diffusione del concetto di abuso del processo**

In una recente decisione le Sezioni unite utilizzano un armamentario interpretativo consolidato, ricco di riferimenti interdisciplinari e comparatistici, per approdare a una ricostruzione del concetto di abuso del processo nei termini classici di uso distorto di un istituto processuale, perversamente impiegato al fine di conseguire uno scopo

estraneo alla *ratio* sottesa all’istituto medesimo<sup>1</sup>. Così tratteggiata la nozione di abuso del processo, correttamente le Sezioni unite inquadrano entro i confini della categoria l’ipotesi, occorsa nel caso di specie, di plurime sostituzioni di difensore. Tuttavia, la Cassazione elabora un modello inaccettabile di sanzione, nel momento in cui afferma che

---

<sup>1</sup> Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155, *Dir.pen.cont.*, 2012.

“non può dare luogo a nullità alcuna il diniego di termini a difesa o la concessione di termini a difesa ridotti rispetto a quelli previsti dall’art. 108, comma 1, cod. proc. pen., quando nessuna lesione o menomazione ne derivi, in assoluto, all’esercizio effettivo del diritto alla difesa tecnica”.

Una sanzione di questa fattura viene a intaccare i cardini del nostro ordinamento processuale penale, incidendo su due versanti: i lineamenti del sistema delle nullità e i contenuti minimi del diritto di difesa. A monte, si sgretola lo stesso principio di certezza del diritto.

Da un lato, la decisione delle Sezioni unite documenta la inarrestabile diffusione della nozione di abuso del processo nella cultura processualpenalistica<sup>2</sup>. Analogamente, comincia a prendere corpo nella giurisprudenza di legittimità la distinzione tra casi di strumentalizzazione dei singoli istituti processuali e casi di abuso del processo in senso stretto, ovvero di uso scorretto del potere di azione da parte del pubblico ministero<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> V. sul tema dell’abuso nel processo penale essenzialmente, Amodio, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell’imputato, Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 153 ss; C. Conti, *L’imputato in procedimento connesso. Tra diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 150; Corso, *La difesa tecnica “nel processo” e “dal processo”*, *Studi Parmensi*, 2002, 129; Giarda, *La lealtà nell’esercizio della difesa penale, Corr. merito*, 2005; Grevi, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell’imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale, Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, p. 119; Tonini, *L’attuazione del contraddittorio nell’esame di imputati e testimoni*, *Cass. pen.*, 2001, 691, nonché, volendo, Catalano, *L’abuso del processo*, Milano, 2004.

<sup>3</sup> V. Cass., Sez. un. civ., 15 novembre 2007, n. 23726, *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, 2, 347. Anche la Cassazione penale, a Sezioni unite, ha qualificato in termini di «vero e proprio abuso del processo» l’«uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l’ordine processuali». V. Cass., sez. un., 28 novembre 2005, n. 34655, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 729, con nota di Troisi, *La nozione giurisprudenziale di liti-spendenza penale*.

Dall’altro lato, la sagomatura del versante sanzionatorio si conferma quale reale e impervio snodo problematico delle riflessioni sull’abuso del processo.

L’ipotesi di manovre sul mandato difensivo, ovvero di plurime sostituzioni di difensore, è suscettibile, *prima facie*, di concretare una tipica fattispecie di abuso del processo. Proprio con riferimento a situazione analoga la Consulta con una paradigmatica sentenza monito ha auspicato l’avvento di interventi del legislatore tendenti a evitare abusi dei diritti e delle garanzie difensive «suscettibili... di... compromettere... valori di rango costituzionale»<sup>4</sup>. Nel caso preso in considerazione dalla Consulta, a seguito di una pluralità di nomine, revoche e rinunce difensive, si era determinata una sostanziale stasi della attività dibattimentale, giunta ormai all’epilogo della discussione, in ragione, pure (e da ultimo), di una richiesta di termine a difesa, formulata dal nuovo difensore di fiducia dell’imputato, a sua volta già designato quale difensore di ufficio del medesimo imputato, a seguito della revoca del precedente difensore di fiducia. *L’overuse*, l’uso reiterato e ingiustificato di un rimedio processuale, costituisce in effetti tipico terreno di cultura di prassi devianti imputabili alla difesa.

Nel caso oggetto della decisione delle Sezioni Unite, l’abuso ha provocato una sorta di reazione correttiva spontanea della giurisprudenza, secondo un meccanismo non ignoto alle riflessioni di teoria generale sull’abuso del diritto e non privo di precedenti sul terreno specifico del processo penale<sup>5</sup>. La decisione è venuta ad affermare il principio generale per cui “non può dare luogo a nullità alcuna il diniego di termini a difesa o la concessione di termini

<sup>4</sup> C. cost., ord. 20 gennaio 2006, n. 16, *Dir. pen. proc.*, 2006, 190.

<sup>5</sup> Si fa riferimento al modello di analisi dell’abuso del diritto proposto da Gambaro, *Abuso del diritto: II diritto comparato e straniero*, *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

a difesa ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, comma 1, c.p.p., quando nessuna lesione o menomazione ne derivi, in assoluto, all'esercizio effettivo del diritto alla difesa tecnica".

Il percorso diretto a reperire rimedi idonei a sanzionare l'abuso del processo non può passare attraverso la violazione dei principi informatori del sistema.

Come è noto, una delle linee qualificanti l'intero modello di disciplina delle invalidità del processo penale è rappresentata dal principio di tassatività delle nullità che implica la irrilevanza, ai fini del verificarsi di una nullità, del ricorrere di un pratico pregiudizio all'interesse protetto<sup>6</sup>. L'ordinamento, pertanto, non concede alcuno spazio al sindacato giudiziale ritenuto al contrario corretto dalle Sezioni unite laddove affermano che "...deve anzi riconoscersi che del tutto correttamente il giudice del merito ha rigettato la richiesta finale di un rinvio ai sensi dell'art. 108 c.p.p., che nella situazione processuale considerata (in cui il Pubblico ministero aveva rinunciato a replicare e quindi non v'era ulteriore spazio per la discussione) il ricorrente non aveva titolo per invocare".

In secondo luogo, si apre indirettamente un varco alla discrezionalità del giudice nel sindacare delicate scelte in materia di difesa tecnica.

La soppressione discrezionale dei termini a difesa appare "fuori sistema" in un ordinamento che non ammette neppure l'impiego di disincentivi, quali la sospensione dei termini di custodia cautelare durante il tempo della sospensione o del rinvio del dibattimento a seguito della concessione di termini a difesa. Rispetto a possibili abusi della concessione di termini a difesa non entrano in funzione i tipici meccanismi predisposti dall'ordinamento quale reazione alle prassi devianti della difesa<sup>7</sup>.

Nel caso di specie, invece, entra in gioco e rischia di venire compromesso il principio di

libertà di difesa, in una con la delicatezza del rapporto, di natura strettamente personale e fiduciaria, del vincolo che si instaura tra il cliente e il patrono<sup>8</sup>. Nessuna giustificazione o motivazione è richiesta per la revoca dell'incarico o la rinuncia al mandato difensivo: "l'eventuale arbitrarietà [dell'atto abdicativo] potrà essere sindacata solo sotto il profilo deontologico"<sup>9</sup>.

Il nocciolo duro del rapporto fiduciario tra il difensore e il suo assistito mal si presta ad essere regolato attraverso norme processuali. Il piano della violazione dei doveri di lealtà e probità del difensore si intreccia con il piano del rapporto tra questi e l'imputato che trova il suo luogo naturale di regolamentazione nella deontologia ed eventualmente in un più stretto raccordo tra norme processuali e norme deontologiche<sup>10</sup>. Infatti, i canoni deontologici penetrano nella normativa processuale per il tramite dell'art. 105 c.p.p. che impone all'autorità giudiziaria di riferire al competente Consiglio dell'ordine i casi di violazione dei doveri di lealtà e probità da parte del difensore<sup>11</sup>.

Lo strumento sanzionatorio enucleato dalle Sezioni unite, oltre a snaturare, in potenza, il rapporto tra il difensore e il suo assistito, viene a compromettere pesantemente uno dei profili più rilevanti del diritto di autodifesa, tutelato dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il diritto dell'imputato a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa.

Inoltre, il congegno correttivo escogitato dalle Sezioni unite viene a incidere diret-

<sup>8</sup> V. Cristiani, sub art.105, Chiavario (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Vol. I, Torino, 1989, 105.

<sup>9</sup> Tranchina, *Il difensore*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006, 225.

<sup>10</sup> Amodio, *Il dovere di verità del difensore*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1457, sottolinea la collocazione nella normativa deontologica del dovere di fedeltà del difensore verso il cliente.

<sup>11</sup> V. Giarda, *La lealtà nell'esercizio della difesa penale*, cit.

<sup>6</sup> V., per tutti, Dominioni, sub art. 177, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, Vol. II, Milano, 1989, 258.

<sup>7</sup> V. *infra*.

tamente sul principio di certezza del diritto, consegnando al giudice margini di discrezionalità incontrollabili nella gestione delle sanzioni processuali. I binari entro i quali si deve muovere l'intervento correttivo del legislatore e della giurisprudenza rispetto a casi di abuso del processo devono essere tracciati secondo differenti coordinate. La ineccepibile definizione di tali coordinate riveste la stessa importanza della corretta delimitazione del concetto di abuso del processo.

### **Disorientamenti giurisprudenziali nella ricognizione delle fattispecie di abuso e nella difficile sagomatura del quadrante sanzionatorio**

L'impiego della nozione di abuso del processo coinvolge di per sé il rischio – in qualche misura fisiologico – di un utilizzo distorto della categoria, diretto a stigmatizzare comportamenti al contrario pienamente corretti della difesa così come della pubblica accusa. È significativo come nel 1991 sia apparso sul *Criminal Law Journal* un articolo di Paciocco dal titolo *Abusing the abuse of process concept*. Allo stesso modo, nel nostro ordinamento, rappresenta un abuso del concetto di abuso del processo l'interpretazione che ha letto in termini di repressione di un abuso l'indirizzo delle Sezioni unite, poi significativamente ribaltato dalla Consulta, secondo il quale doveva ritenersi preclusa all'imputato contumace la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre impugnazione qualora l'impugnazione fosse già stata presentata dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace e fosse già intervenuta la relativa decisione<sup>12</sup>. Nel caso di specie, la proposizione persona-

<sup>12</sup> V. Cass., sez. un., 7 febbraio 2008, n.6026, *Dir. pen. proc.*, 2008, 428. La Consulta con sentenza n. 317 del 2009 ha riconosciuto all'imputato contumace il diritto alla restituzione nel termine per impugnare nonostante l'impugnazione già proposta dal difensore.

le dell'impugnazione da parte dell'imputato non integra un abuso del diritto di difesa, ma al contrario realizza proprio quello scopo istituzionale di autodifesa tipico del diritto di impugnazione valorizzato dalla riforma del 2005<sup>13</sup>. L'applicazione della nozione di abuso del processo è stata erroneamente invocata per eludere le profonde implicazioni e i difetti di coordinamento normativo sollevati dalla questione in esame<sup>14</sup>.

Non mancano del resto tendenze evolutive della giurisprudenza verso una sempre più nitida messa a fuoco del fondamento del divieto di abuso del processo, che ha rango costituzionale e viene ricordato dalle più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità ai canoni del giusto processo consacrati nel testo novellato dell'art. 111 Cost., nonché ai generali doveri di solidarietà sociale stabiliti dall'art. 2 Cost.<sup>15</sup>.

Pertanto, a fronte delle obiezioni che sottolineano, più o meno implicitamente, il rischio di una deriva dell'ordinamento verso una sistematica erosione dei diritti e delle garanzie conferite ai soggetti del processo, va rilevato come un uso corretto della nozione di abuso del processo non intacchi, ma salvaguardi il pieno rispetto delle garanzie conferite all'imputato, contribuendo a definirne i confini e gli scopi.

La correttezza dell'impiego della nozione di abuso del processo si misura anche sul piano della sagomatura del quadrante sanzionatorio.

Uno sguardo d'insieme sul quadro dei possibili rimedi al fenomeno dell'abuso processuale consente, poi, di contrapporre sanzioni

<sup>13</sup> Sul diritto a proporre impugnazione quale profilo del diritto di difesa v., per tutti, Zappalà, *Il controllo di legittimità e la presunzione di non colpevolezza*, aa.vv., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 159.

<sup>14</sup> V. Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (prima parte)*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 508.

<sup>15</sup> V. Cass., sez. un. civ., 15 novembre 2007, n. 23726, cit.

in qualche misura tipiche rispetto agli abusi della difesa, inquadrabili entro lo schema del disincentivo, e rimedi tipici rispetto alle condotte scorrette dell'accusa, riconducibili al modello della ridefinizione dei rapporti di forza tra le parti<sup>16</sup>.

Entro l'orbita dei disincentivi si collocano i rimedi tesi a neutralizzare il vantaggio obliquo perseguito attraverso l'uso distorto di un istituto processuale. Così nell'alveo delle forme forti di disincentivo rifluiscono i tradizionali meccanismi di sospensione dei termini di custodia cautelare o dei termini di prescrizione. Peraltro, i rimedi ascrivibili alla categoria del disincentivo devono essere costruiti secondo un modello che non faccia ricadere indistintamente su tutti gli imputati il costo del rischio di abuso, ma che sia in grado di registrare lo scarto tra autori di condotte abusive e soggetti incolpevoli.

Una diversa strategia di contrasto all'abuso del diritto di difesa fa proprio leva sulla valorizzazione dell'autonomia della condotta del difensore e sulla previsione di strumenti sanzionatori flessibili aventi quale destinatario il difensore<sup>17</sup>.

Il quadro dei possibili rimedi appare suscettibile di differenti composizioni e fatica a trovare un assetto definitivo. Un punto fermo può essere rappresentato dalla definizione dei

confini che perimetrano in negativo la piattaforma delle sanzioni in ipotesi applicabile all'abuso del diritto di difesa.

Un uso coerente delle sanzioni contro l'abuso del processo deve essere capace di neutralizzare i rischi di uno scadimento di insopprimibili esigenze di certezza del diritto e di aggressioni allo stesso principio di legalità. Pertanto la repressione dell'abuso del diritto di difesa non può passare attraverso lo svuotamento del contenuto di garanzie fondamentali e la espressa violazione delle norme processuali che di tali garanzie costituiscono espressione<sup>18</sup>.

Rappresenta un abuso della nozione di abuso del processo la disapplicazione *contra legem* di garanzie difensive ancorchè in ipotesi impiegate per il conseguimento di uno scopo diverso da quello fisiologico.

<sup>16</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a Catalano, *L'abuso del processo*, cit.

<sup>17</sup> Sulla necessità di prevedere sanzioni che colpiscano il difensore v. Comoglio-Zagrebel'sky, *Processo accusatorio e deontologia dei comportamenti nella prospettiva comparatistica*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 435.

<sup>18</sup> A una chiave di lettura diversa si presta quell'orientamento giurisprudenziale che sviluppa applicazioni del principio in tema di sanatoria della nullità per conseguimento dello scopo. Viene in rilievo la decisione delle Sezioni unite diretta ad affermare la limitazione del potere di dedurre la nullità nelle ipotesi in cui una notificazione nulla "abbia tuttavia raggiunto lo scopo di informare il destinatario del contenuto dell'atto". V. Cass., sez. un., 7 gennaio 2005, n. 119, *Dir. e giust.* 2005, 6, 42, con nota di Macchia, *Nullità: quando una garanzia della difesa può diventare uno strumento di abuso*. Tale interpretazione si pone, infatti, in linea con i principi informatori del sistema delle nullità e non in rotta di collisione con i medesimi. V. in materia, Galantini, sub art. 162, Amodio-Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Vol. II, Milano, 1989, 207. V., anche per gli opportuni *distinguo*, E. M. Catalano, *Profili problematici in tema di abuso del processo*, Corso-Peroni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. I, Piacenza, 2010, p. 157.

SONIA CAMPAILLA

*Ricercatore di Diritto dell'Unione europea – Università di Roma "Tor Vergata"*

## L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo

### *The application of the principle of conform interpretation in relation with E.U. Law, the European Convention of Human Rights and the role of the Court of Strasbourg*

---

Una pretesa diretta applicabilità delle norme della Cedu paragonabile a quella del diritto dell'Unione non sembra trovare un fondamento giuridicamente convincente e, di sicuro, non può essere ricondotta al Trattato di Lisbona. Parimenti, assai opinabile appare la funzione di interprete esclusivo della Convenzione, conferita, da più parti, alla Corte e.d.u. Nel nostro ordinamento la Cedu genera vincoli internazionali che, sebbene diano luogo a un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, non possono automaticamente trasformarsi in primato delle norme convenzionali, né tantomeno implicare una forzata disapplicazione del diritto interno da parte del giudice nazionale. L'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale a una fonte U.E. o convenzionale – se osservato entro limiti ragionevoli e legalmente accettabili – risulta motivato da ragioni di economia processuale e di coerenza complessiva di un sistema giuridico integrato. Non si può dire lo stesso riguardo alla perentoria affermazione del primato delle norme della Cedu o all'imposizione della natura incondizionatamente vincolante della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

*An alleged direct applicability of the ECHR provisions, corresponding to the effect acknowledged to certain E.U. provisions, does not seem to be based on persuasive legal elements and, definitely, it cannot be ascribed to the Treaty of Lisbon. At the same time, the function of exclusive interpreter of the ECHR assigned to the Court of Strasbourg appears quite controversial. In our legal system, the ECHR engenders international obligations which bring about a duty of conform interpretation. But this duty cannot be automatically transformed into a primacy of the provisions of the Convention over state law nor can it entail a forced disapplication of national law by national judges.*

---

## L'evoluzione dell'obbligo di interpretazione conforme nell'ordinamento dell'Unione europea

Il tema dell'obbligo di interpretazione conforme<sup>1</sup> è al centro di un dibattito che va oltre l'inquadramento che la Corte di Giustizia U.E. – in chiave evolutiva – ne ha dato in relazione ai rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, includendo, altresì, complessi profili che attengono all'estensione di tale criterio in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Cedu) e alla posizione esclusiva di esegeta, in merito, attribuita alla Corte di Strasburgo.

Prima di affrontare questo specifico aspetto, si ritiene, peraltro, necessaria qualche premessa circa lo sviluppo del principio in esame nel contesto dell'ordinamento dell'Unione europea poiché, come si vedrà meglio in seguito, la nuova formulazione dell'art 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) – come novellato dal Trattato di Lisbona – contiene elementi che andranno ad arricchire, ma anche a complicare, l'architettura normativa e giurisdizionale riguardante la tutela dei diritti fondamentali che, già oggi, non è certo scevra di criticità.

È appena il caso di premettere che, sul piano interno, l'obbligo di cui si discute può essere considerato come un criterio interpretativo ascrivibile alla Corte costituzionale, diretto a far sì che i giudici rinvenzano nella Costituzione gli spunti ermeneutici necessari per reperire la corretta chiave di lettura della nostra legislazione.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, com'è noto, la Corte di giustizia, a

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale sull'argomento: Adam-Tizzano, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, 157 ss.; Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 245 ss.; Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, 292 ss.; Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, 288 ss.; Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 194 ss.; Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2011, 272 ss.

più riprese, ha affermato che – in caso di ritardato o inesatto recepimento di una direttiva nel proprio ordinamento – il giudice nazionale deve interpretare « il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima (...) »<sup>2</sup>.

Si tratta, dunque, di una forma di efficacia indiretta che implica che i giudici nazionali dei vari Stati membri debbano applicare le norme interne conformemente al diritto dell'Unione europea, anche laddove esso non sia direttamente efficace<sup>3</sup>.

Giova precisare che, nel caso dell'efficacia diretta di una norma europea<sup>4</sup>, il giudice di applica *tout court* il precetto nazionale con essa contrastante mentre, nell'altra ipotesi, il giudice non può che applicare la disposizione interna ma, dovrà attribuire a quest'ultima il significato più consona rispetto ai contenuti e alle finalità perseguite dalla norma U.E. che, ancora, non può essere direttamente utilizzata<sup>5</sup>.

Il richiamo all'obbligo di interpretazione conforme è passato attraverso varie fasi ed è stato oggetto di un progressivo ampliamento dei suoi confini, soprattutto grazie all'opera della Corte di giustizia che ha gradualmente eroso i relativi limiti inizialmente delineati, per giungere a un ricorso ad esso sempre più vasto e frequente.

<sup>2</sup> C. giust. CE, 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, Racc. I 4135, punto 8.

<sup>3</sup> Su questo principio in generale e per i fondamentali riferimenti giurisprudenziali, Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 115 ss.; sul medesimo principio, nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale, De Pasquale, *Il terzo Pilastro dell'Unione europea tra buona fede e leale cooperazione*, *Studi integr. eur.*, 2009, 431 ss..

<sup>4</sup> Vastissima la dottrina sull'efficacia diretta delle direttive. Per un inquadramento essenziale della questione e della giurisprudenza rilevante, Adam-Tizzano, *Lineamenti*, cit., 146 ss.; Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 222 ss.; Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 174 ss.

<sup>5</sup> C. giust. CE, 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, Racc. I-4705.

In primo luogo, tale obbligo è stato riferito alla circostanza in cui il giudice nazionale debba interpretare e dare esecuzione alle norme attraverso cui uno Stato membro ha trasposto una certa direttiva. È chiaro che, in tali situazioni, le disposizioni interne di recepimento dovranno essere lette nel modo più fedele possibile ai dettami della direttiva stessa così da giungere a un completo adempimento degli obblighi da essa prescritti<sup>6</sup>.

In seguito, il criterio dell'interpretazione conforme è stato dilatato fino a investire norme sprovviste di collegamento con la direttiva non trasposta oppure erroneamente o tardivamente recepita e persino a disposizioni antecedenti ad essa<sup>7</sup>.

La Corte di giustizia ne ha, poi, ulteriormente allargato la portata specificando che l'obbligo *de quo* concerne l'intero diritto nazionale<sup>8</sup>. Nonostante questo progressivo ampliamento del suo raggio di azione, esso non è del tutto esente da limiti che, almeno in linea teorica, dovrebbero costituire degli opportuni paletti rispetto a un suo indiscriminato utilizzo. Di conseguenza, qualora una norma interna sia palesemente confliggente con la disposizione europea sprovvista di efficacia diretta, non si può far ricorso all'obbligo di interpretazione conforme poiché questo non può mai divenire lo strumento per un'interpretazione *contra legem* del diritto interno<sup>9</sup>.

È altresì pacifico che l'obbligo di interpretazione conforme è soggetto a una limitazione di ordine temporale ben precisa poiché esso non scatta mai prima che il termine per l'attuazione della direttiva sia oltrepassato invano.

Un punto particolarmente delicato del problema riguarda l'affermazione della Corte secondo cui, nell'interpretazione conforme, il giudice deve rispettare i principi generali del

diritto e in particolare quello della certezza del diritto e dell'irretroattività. È particolarmente evidente la rilevanza di questi criteri, in relazione al settore penale, in cui tali principi giocano un ruolo fondamentale e non dovrebbero mai essere disattesi, evitando accuratamente di provocare conseguenze deleterie in materia di responsabilità penale<sup>10</sup>.

Proprio con riferimento al campo della cooperazione giudiziaria in materia penale, un ulteriore passo verso l'estensione del suddetto obbligo è stato compiuto dalla Corte di giustizia tramite la ben nota, e altrettanto discussa, sentenza *Pupino*<sup>11</sup>, con cui il giudice europeo, ha cominciato a "scardinare" la struttura a pilastri e ha iniziato un'opera di progressiva "comunitarizzazione"<sup>12</sup> del terzo pilastro<sup>13</sup>,

<sup>10</sup> C. giust. CE, 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc. 3969.

<sup>11</sup> C. giust. CE, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, Racc., I-5285. Per un commento della sentenza che ha suscitato un acceso dibattito dottrinale, tra i molti, Cherubini, *L'obbligo di interpretazione conforme sconfinata nel terzo Pilastro: note a margine della sentenza*, *Studi integr. eur.*, 2006, 157 ss. Marchegiani, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, *Dir. Un. eur.*, 2006, 563 ss.; Riondato, *Interpretazione conforme al diritto comunitario, decisioni quadro, "equo processo", modalità di audizione di minori in qualità di testimoni*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 1178 ss.

<sup>12</sup> Sulla "comunitarizzazione" del terzo pilastro, Adam, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, *Dir. Un. eur.*, 1998, 481 ss.; Bilancia, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 2, 345 ss.; Honorati, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006, 941 ss.; Savy, *Profili di "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, De Pasquale-Ferraro (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea cooperazione intergovernativa e prospettive di comunitarizzazione*, Napoli, 2009, 95 ss.

<sup>13</sup> La dottrina sull'argomento è molto ampia. *Ex multis*, Amalfitano-Munari, *Il terzo Pilastro dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, *Dir. Un. eur.*, 2007, 773 ss.; Bernardi, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 6, 2007, 196 ss.; Caggiano, *L'evoluzione dello spazio di libertà sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, *Studi integr. eur.*, 2007, 335 ss.; De Pasquale, *Il terzo Pilastro dell'Unione europea tra buona fede e leale cooperazione*, *Studi integr. eur.*, 2009, 431 ss.; De

<sup>6</sup> C. giust. CE, 10 aprile 1984, causa C-14/03, *Von Colson*, Racc. 1891.

<sup>7</sup> C. giust. CE, 13 novembre 1990, cit.

<sup>8</sup> C. giust. CE, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, Racc. I-8835.

<sup>9</sup> C. giust. CE, 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, Racc. I-6057.

segnando l'inizio di un percorso successivamente consacrato e recepito attraverso il Trattato di Lisbona che ha codificato mutamenti strutturali già anticipati sia a livello normativo che giurisprudenziale.

È noto che, con questa pronuncia del 2006, la Corte ha, per tal via, voluto superare la limitazione posta dall'oggi abrogato art. 34 par. 2 dell'allora Trattato sull'Unione europea<sup>14</sup>, stabilendo che l'obbligo d'interpretazione conforme del diritto nazionale sussisteva anche in relazione alle decisioni-quadro<sup>15</sup>. Pur tutta-

---

Pasquale-Ferraro (a cura di), *Il terzo pilastro*, cit.; Grasso-Sicurella, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007; Guerini (a cura di), *Il diritto penale dell'Unione europea*, Torino 2008.

<sup>14</sup> Sulle fonti del terzo pilastro, Arena, *Le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la loro efficacia negli ordinamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, De Pasquale-Ferraro (a cura di), *Il terzo pilastro*, cit., 13 ss.; Condinanzi, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, *Dir. Un. eur.*, 2007, 516 ss.; Ferraro, *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, I, 69 ss.; Parisi, *Fonti dell'Unione europea e revisione dei Trattati: la tutela dei diritti fondamentali*, Venturini-Bariatti (a cura di), *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano, 663 ss.

<sup>15</sup> È noto che il Titolo VI del Trattato di Amsterdam, a sua volta modificando gli assetti già tracciati dal Trattato di Maastricht, stabiliva – all'art. 34, par. 2 – che, nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, il Consiglio, deliberando all'unanimità e su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, potesse adottare i diversi tipi di atti menzionati dalla norma stessa: posizioni comuni, decisioni-quadro, decisioni, convenzioni. Mentre le posizioni comuni dovevano definire l'orientamento dell'Unione in merito a una questione comune, le decisioni-quadro erano finalizzate al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri. Queste, inoltre, fissavano un obbligo di risultato, imponendo il raggiungimento di un obiettivo e lasciando alla competenza statale la scelta delle forme e dei mezzi ed erano, per espressa previsione normativa, prive di efficacia diretta. Di sicuro, è proprio attraverso le decisioni-quadro che sono stati raggiunti molti degli obiettivi prefissati dal terzo pilastro. Un ruolo residuale era, infine, affidato alle decisioni che potevano essere adottate per qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del terzo pilastro nell'ambito del quale potevano essere altresì stabilite Convenzioni che gli Stati avrebbero dovuto adottare secondo le proprie norme costituzionali.

via, l'estensione della giurisprudenza sull'efficacia diretta anche a questo tipo di norme si scontrava con un esplicito ostacolo di ordine normativo giacché, in campo penale, l'efficacia delle norme di armonizzazione all'interno dell'ordinamento nazionale era, almeno in linea teorica, subordinata al fatto che lo Stato membro si attivasse per darvi esecuzione attraverso l'emanazione di norme *ad hoc*.

Per completezza, va detto che, oggi, dopo la riforma apportata dal Trattato di Lisbona, la situazione appare differente. L'Unione europea, ora, deve provvedere con direttiva all'armonizzazione delle normative penali degli Stati<sup>16</sup> e, perciò, le norme così adottate, qualora ricorrano le condizioni determinate dalla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, potranno avere efficacia diretta all'interno dell'ordinamento nazionale. È piuttosto evidente che quest'ultimo aspetto potrà avere un forte impatto nel campo penale rispetto al quale la certezza del diritto – che è sempre un principio fondamentale in qualsiasi settore giuridico – risulta essere una garanzia ancor più imprescindibile<sup>17</sup>.

Dalla pur sintetica ricostruzione qui riportata, si evince come l'obbligo in discussione sia stato oggetto di un'applicazione viepiù ampia da parte della Corte di giustizia che ha condotto a un'opera di "erosione" dei confini tra ordinamento nazionale e quello europeo in favore di quest'ultimo.

In questo panorama, in perenne trasformazione, si sono inseriti ulteriori fattori che hanno complicato i rapporti tra ordinamenti,

---

<sup>16</sup> A titolo esemplificativo: dir. 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, *G.U.U.E. L* 280, 26.10. 2010, 1 ss.; dir. 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, *G.U.U.E. L* 101, 15.4. 2011, 1 ss.

<sup>17</sup> Con riferimento alle garanzie in materia di mandato d'arresto europeo, Daniele, *Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo*, *Studi integ. eur.*, 2011, 433 ss.

coinvolgendo anche il diritto internazionale e, in particolare, il rango delle norme della CEDU e la posizione della Corte e.d.u., in un quadro che tende a perfezionare le garanzie e la tutela dell'individuo ma che, nel contempo, incrina delle certezze giuridiche, soprattutto, nell'ambito delle regole del processo penale, ottenendo talvolta effetti paradossi.

### La posizione della CEDU nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea

Una tra le più rilevanti novità introdotte dal Trattato di Lisbona riguarda la riformulazione dell'art. 6 TUE<sup>18</sup> che introduce delle sostanziali innovazioni in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>19</sup>.

Il primo paragrafo della norma, infatti, attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>20</sup> lo stesso valore giuridico dei Trattati, mentre il secondo paragrafo pone la base giuridica per la negoziazione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>21</sup>.

Pertanto, alla Carta di Strasburgo – già Carta di Nizza –, che prima della riforma di Lisbona non aveva forza vincolante, viene riconosciuto il medesimo valore giuridico dei

Trattati e si eleva al rango di diritto primario dell'Unione, divenendo, dunque, un parametro di legittimità aggiuntivo nell'ordinamento europeo<sup>22</sup>.

Ancor più dirimente sarà l'effetto dell'adesione dell'U.E. alla Cedu<sup>23</sup>, anche se, di fatto, in virtù del paragrafo 3 dell'art. 6 TUE, (che essenzialmente conferma il contenuto della medesima disposizione della precedente versione del TUE), i diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione sono già parte del diritto dell'Unione in qualità di principi generali.

L'intento ivi perseguito del legislatore europeo è chiaramente quello di realizzare un sistema di tutela dei diritti rafforzato rispetto al passato e di ottenere una più efficace protezione dei diritti individuali, anche nel processo penale, ma non si può evitare di rilevare che, almeno in una prima fase, potranno emergere delle difficoltà applicative non di poco conto. Infatti, l'effettiva adesione dell'U.E. comporta dei complessi problemi di coordinamento normativo, oltre che giurisdizionale tra Corti nazionali, Corte di giustizia e Corte e.d.u.<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Sul significato della norma, Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 143.

<sup>19</sup> Bultrini, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, *Dir. Un. eur.*, 2009, 706 ss.; Daniele, *La protezione di diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, *Dir. Un. eur.*, 2009, 645 ss.; Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *Dir. Un. eur.*, 2009, 678 ss.

<sup>20</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

<sup>21</sup> Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953.

<sup>22</sup> Sulla Carta v., *ex multis*: Adam, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *Dir. Un. eur.*, 2000, 882 ss.; Daniele, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, *Dir. Un. eur.*, 2008, 655 ss.; Napoli (a cura) *La Carta di Nizza: i diritti fondamentali dell'Europa*, Milano, 2004; Pagano, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, *Dir. pubbl. comp. eur.* 2008, I, 94 ss.; Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 129 ss.

<sup>23</sup> Sull'argomento: Fiengo, *Verso l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: prime riflessioni sugli aspetti problematici dell'attuale fase del negoziato*, Vassalli di Dachenhausen (a cura di), *Atti del Convegno in Memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, 654 ss.; Mengozzi, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, 231 ss.; Tizzano, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 29.

<sup>24</sup> Sugli sviluppi dei rapporti tra Corti, tra i molti, Angelini, *L'incidenza della Cedu nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, *Dir. Un. eur.*, 2008, 487 ss.; Cannizzaro, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, *Dir. Un. eur.*, 2008, 447 ss.; Daniele, *Corte costituzionale*

Tuttavia, l'entità degli ostacoli da superare dipende in larga misura dal modo in cui gli atti diretti al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali vengono recepiti dagli Stati membri. In linea teorica, maggiori saranno gli sforzi di questi ultimi al fine di ottemperarvi correttamente e tempestivamente, minori dovrebbero essere le difficoltà pratiche e di coordinamento. Tuttavia, di fatto l'opera degli Stati, più di una volta, non è risultata all'altezza delle aspettative e si è rivelata inidonea rispetto alle finalità prefissate.

In effetti, le temute difficoltà di coordinamento si sono, almeno in parte, già manifestate prima della riformulazione dell'art. 6 TUE e, dunque, in costanza della precedente norma, che già indicava i diritti garantiti dalla Convenzione come principi generali dell'ordinamento dell' U.E., e, *a fortiori*, alla luce dell'odierna disposizione, nuovi dubbi continuano ad affiorare con riguardo all'interpretazione e all'incidenza delle norme della Cedu e con riferimento al ruolo della Corte di Strasburgo.

### **L'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale alla CEDU e la discussa "egemonia" della Corte di Strasburgo**

Una dibattuta giurisprudenza italiana degli ultimi anni ha ancor più esacerbato le accennate criticità, giustappunto in relazione all'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale rispetto alla Cedu e a una controversa egemonia interpretativa attribuita alla Corte di Strasburgo, incrinando alcune certezze che sembravano inamovibili e sollevando

---

*e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte, Giur. Cost.*, 2009, 4, 3551 ss.; Demuto, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità Europee e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, 1, 85 ss.; Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione Italiana tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, *Associazione Italiana Costituzionalisti, Riv. 1*, 2011, reperibile su: <http://www.astrid-online.it>

una serie di interrogativi di non facile soluzione<sup>25</sup>.

A complicare il quadro già di per sé non semplice, oltre all'imposizione di un ricorso notevolmente ampio al suddetto criterio ermeneutico, si è aggiunto il discutibile ruolo "monopolistico"<sup>26</sup> riconosciuto, dalla stessa Consulta, alla Corte di Strasburgo, relativamente all'interpretazione delle norme della CEDU cui viene conferito un valore perlomeno dubbio e che crea una certa confusione tra il ruolo del legislatore e quello dell'organo giudicante.

Lo scenario sopra tratteggiato è stato scandito da una serie di pronunce<sup>27</sup> che hanno imposto con forza crescente dei vincoli interpretativi portatori di condizionamenti sempre più penetranti.

A partire dalle cosiddette sentenze "gemelle" della Corte costituzionale – 348 e 349 del

---

<sup>25</sup> Sull'argomento, Bin, Brunelli Pugiotta, Veronesi (a cura di) *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il Rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, *Atti del Seminario* (Ferrara, 9 marzo 2007), Torino, 2007.

<sup>26</sup> Così Ferrua, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *questa Rivista*, 2011, 4, 116ss., 4, 2011, 116 ss. A tale proposito l'autore afferma: «La Corte europea ha come testo di riferimento la Convenzione, come la Consulta la Costituzione. Ma né l'una né l'altra Corte detengono il monopolio interpretativo di quei testi. Il potere che in via esclusiva compete alla Corte europea è di accertare se siano state o no violate nel singolo processo le regole contenute nella Convenzione. In questa parte – che emerge dal dispositivo – le pronunce della Corte sono senz'altro vincolanti. Ma l'interpretazione del testo convenzionale, sulla cui base la Corte esprime il suo *dictum*, costituisce, come quella di ogni altro organo giurisdizionale di vertice, solo un autorevolissimo precedente. Il giudice ordinario deve sicuramente tenerlo nel massimo conto, per non esporre il processo al rischio di censure. Ma – come accade per l'interpretazione della Costituzione e della legge ordinaria – non v'è motivo che rinunci a una diversa e, a suo parere, più corretta lettura delle norme convenzionali, ove disponga di argomenti idonei a giustificarla. In breve, il precedente va seguito in quanto all'autorevolezza si accompagni la persuasività» (v. pp. 119-120).

<sup>27</sup> C. cost., sentenze: 348 e 349/ 2007; 39/2008; 311 e 317/2009; 187 e 196/2010, e 113/2011 reperibili su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

2007<sup>28</sup> – e, continuando con una sequenza giurisprudenziale piuttosto copiosa<sup>29</sup>, le posizioni del giudice delle leggi – e anche della Cassazione – si sono, a più riprese, consolidate nel senso anzidetto, con l'effetto di andare a scalfire principi giuridici ritenuti fondamentali<sup>30</sup>.

La Consulta ha precisato che, ove vi sia un contrasto tra disposizione nazionale e norma internazionale, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, 1 c. Cost., il giudice ha l'obbligo di accertare se siffatto conflitto non possa essere sanato per via interpretativa. Il giudice, infatti, sarà tenuto a leggere la norma statale nel senso più aderente possibile al diritto convenzionale e, quindi, a individuare un'interpretazione conforme a quest'ultimo, ricorrendo alla giurisdizione della Corte solo qualora questa via non sia praticabile.

Nella sentenza 239 del 2009 la Corte è arrivata ad asserire che l'effettiva verifica della percorribilità della strada dell'interpretazione conforme della norma nazionale alla Convenzione europea sia un requisito imprescindibile per poter avviare un eventuale giudizio di

legittimità costituzionale, rievocando un parallelismo con il consolidato obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione.

Ai fini dell'ammissibilità del controllo di legittimità costituzionale, il giudice è tenuto a comprovare che la lettera o la portata della norma nazionale impediscono che essa possa essere interpretata conformemente alla norma convenzionale. Inoltre la Corte costituzionale ha, altresì, puntualizzato che il giudice, non soltanto è tenuto a interpretare il diritto nazionale in tale maniera, ma, deve compiere questa operazione ermeneutica, tenendo in debita considerazione l'interpretazione della disposizione convenzionale determinata dalla Corte di Strasburgo.

Secondo la posizione espressa dalla Consulta, che ha poi estremizzato questo concetto<sup>31</sup>, le disposizioni convenzionali vanno intese nel senso ad esse attribuito dalla Corte e.d.u. che deve essere ritenuto vincolante. Pertanto, in base a questo orientamento, qualora si tratti della Cedu, ai fini della definizione del contenuto della prescrizione convenzionale, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali incombe un obbligo interpretativo che risulta assoggettato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, creando un condizionamento assoluto<sup>32</sup>.

Anche la Corte di cassazione, ha confermato il suddetto orientamento attraverso pronunce che hanno rafforzato ulteriormente la funzione di interprete esclusiva della Corte

<sup>28</sup> Nelle sentenze n. 348 e 349/2007 già si evinceva un ruolo interpretativo predominante della Corte e.d.u. In quest'ottica emergeva che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea». D'altronde, se da un lato si riconosceva una particolare autorevolezza alla Corte e.d.u., dall'altro, si escludeva che le pronunce della Corte di Strasburgo potessero essere incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, in quanto questo doveva essere sempre il frutto di un bilanciamento tra gli obblighi internazionali, ex art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi garantiti in altre norme costituzionali. Pertanto non si era ancora arrivati ad affermare una totale egemonia interpretativa della Corte né a estromettere completamente i giudici nazionali da un'opera supplementare di esegesi della CEDU.

<sup>29</sup> Savino, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 767 ss.

<sup>30</sup> Padalietti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 357 ss.

<sup>31</sup> Nella pronuncia n. 39/2008, la Corte Costituzionale ha specificato che la particolarità delle disposizioni della CEDU nel quadro delle norme interposte interposte consiste «nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi».

<sup>32</sup> A tale riguardo cfr. sentt nn. 311 e 317/2009 laddove viene espressamente affermato che alla Corte costituzionale – eccezion fatta per l'ipotesi in cui una norma Cedu confligga con la Costituzione – «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve».

e.d.u. in merito alle disposizioni della Convenzione.

Alcuni dei casi di maggior rilievo hanno investito regole ben consolidate del processo penale<sup>33</sup>, conducendo a stravolgimenti, in termini di diritto nazionale, che hanno messo in discussione principi essenziali tra i quali il giudicato penale<sup>34</sup>.

La Corte di cassazione, di tal guisa, ha interpretato la legislazione nazionale conformemente alla posizione della Corte di Strasburgo, incidendo in misura significativa su alcuni aspetti normativi che governano il nostro processo penale e la giurisprudenza di Strasburgo assurge, pertanto, al ruolo di parametro di legittimità del diritto nazionale.

Inoltre, da parte sua, il Consiglio di Stato è giunto a considerare le norme della Cedu direttamente applicabili all'interno dell'ordinamento nazionale in virtù delle modifiche introdotte in materia dal Trattato di Lisbona<sup>35</sup>. Invero, questo atto ha solo posto la base giuridica per una futura adesione dell'Unione

<sup>33</sup> Sul problema, *inter alia*, Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, *Archivio Penale*, 2012, 1 ss; Geraci, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, in *questa Rivista*, 2011, 4, 93 ss.

<sup>34</sup> Nel caso *Somogyi*, la Corte di cassazione ha affermato che, essendo il giudice nazionale tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il procedimento penale deve essere riaperto nonostante il giudicato, facendo ricorso all. 175 c.p.p.; Cass., sez. I, 12 luglio-3 ottobre 2006, n. 32678, *Cass. pen.*, 2007, 1002. Nel caso *Dorigo*, la Corte, in virtù dell'interpretazione adeguatrice dell'art. 670 c.p.p., ha concluso che il giudice dell'esecuzione fosse tenuto ad affermare l'ineseguibilità del giudicato; Cass., sez. I, 1 dicembre 2006-25 gennaio 2007, *Cass. pen.* 2007, 1441. Su questa pronuncia, Guazzarotti, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, *Quest. giust.*, 2007, 159 ss.

<sup>35</sup> C. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n.1220. *Sulla pronuncia v., inter alia*, Celotto *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); Colavitto-Pagotto, *Il Consiglio di Stato applica srettamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it)

alla Convenzione che va negoziata e accuratamente realizzata. Di certo non per questo, l'Unione ne è divenuta automaticamente parte contraente. Da ciò si deduce agevolmente che le disposizioni della Cedu, almeno finché la procedura di adesione non sarà giunta a compimento, continuano ad avere il valore di principi generali dell'U.E. – come indicato dall'attuale art. 6 TUE e come già prefigurato, seppure con formulazione letterale lievemente diversa, dalla precedente versione della stessa norma – ma non per questo motivo, dette disposizioni convenzionali, possono essere considerate direttamente applicabili in virtù della riforma di Lisbona.

Infine va detto che, anche la Corte e.d.u., in un'ottica "autoreferenziale", ha posto in evidenza la propria eminente funzione, precisando che le autorità nazionali devono interpretare e applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione, e ai criteri interpretativi da essa formulati<sup>36</sup>. Estremizzando ancor più la suddetta posizione la stessa Corte si è spinta fino a statuire un principio che sembra richiamare quello del primato del diritto dell'Unione europea e, nello specifico, ha dichiarato che la sua giurisprudenza e la Cedu sarebbero direttamente applicabili dai giudici nazionali, in virtù del primato della Convenzione all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale<sup>37</sup>.

### Riflessioni conclusive

Una pretesa diretta applicabilità delle norme della Cedu paragonabile a quella del diritto dell'Unione non trova un valido fondamento né poggia su argomentazioni giuridicamente convincenti, e di sicuro non può essere ricondotta al Trattato di Lisbona.

<sup>36</sup> Corte e.d.u., Grande sezione, 29 marzo 2006, ric. n. 36813/37, *Scordino c. Italia*.

<sup>37</sup> Corte e.d.u., III sez., 26 aprile 2007, ric. n. 49234/99, *Dumitru Popescu c. Romania*.

Parimenti, assai opinabile appare la funzione di esegesi esclusiva della Convenzione, conferita, da più parti, alla Corte e.d.u la quale, di conseguenza, si trova a rivestire un ruolo che va ben oltre quello di autorevole interprete che, per quanto influente, dovrebbe continuare a poter essere contrastato da interpretazioni giudiziarie diverse.

Nel nostro ordinamento la Cedu genera vincoli internazionali che, sebbene diano luogo a un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, non possono automaticamente trasformarsi in primato delle norme convenzionali né tantomeno implicare una forzata disapplicazione del diritto interno da parte del giudice nazionale<sup>38</sup>.

L'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale a una fonte U.E. o convenzionale – se osservato entro limiti ragionevoli e sempre che non venga spinto fino a conseguenze legalmente inaccettabili – risulta motivato da ragioni di economia processuale e di coerenza complessiva di un sistema giuridico integrato.

Altro è pretendere di stabilire perentoriamente il primato delle norme della Cedu o di

imporre una volta per tutte il carattere incondizionatamente vincolante della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, quindi, passa da autorevole precedente, riferibile a un caso specifico, a precetto generale per tutti i giudici nazionali i quali vengono privati di ogni margine di autonomia interpretativa.

Da quanto detto in precedenza, si evince facilmente che l'effettiva adesione dell'Unione europea alla Cedu, pur essendo mirata a un rafforzamento delle garanzie individuali, non potrà che complicare ancora l'intreccio di rapporti tra Corti e norme di origine diversa.

Il pericolo è che, seppure l'operazione punti a risultati di eccellenza nella tutela delle libertà fondamentali, si possa di fatto provocare una certa confusione che rischia di alterare equilibri faticosamente raggiunti<sup>39</sup> e di generare incertezze, persino con riguardo a regole giuridiche ritenute punti fermi ed essenziali, finanche relativamente ai cardini del processo penale.

<sup>38</sup> In questo senso v. Fiengo, *Verso l'adesione*, cit., 669.

<sup>39</sup> Ci si riferisce all'affermazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea su quello nazionale e alla lunghissima diatriba tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale italiana. Per una ricostruzione delle fasi più importanti di questo percorso giurisprudenziale, Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 201 ss.

# INDICI / INDEX

## AUTORI / AUTHORS

### **Antonio Balsamo**

Corti europee / *European Courts* ..... 28

### **Luciano Calò**

Diritto di difendersi provando. Retorica del desiderabile / *The lawyer's rights in taking evidence. Unsatisfactory standards* ..... 48

### **Sonia Campailla**

L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo / *The application of the principle of conform interpretation in relation with E.U. Law, the European Convention of Human Rights and the role of the Court of Strasbourg* ..... 99

### **Elena Maria Catalano**

Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo / *Abuse of Process: A Misunderstood Concept* ..... 91

### **Stefano Ciampi**

L'affidamento in prova, la recidiva e le tessere mancanti nel mosaico delle Sezioni Unite / *Probation, Recidivism and the Missing Piece from Supreme Court's Mosaic* ..... 63

### **Andrea Conz**

L'overruling della Corte di Cassazione in seduta plenaria: assenza di limiti al "diritto vivente" nel procedimento di esecuzione? / *The overruling power of the Supreme Court in plenary sessions: the considerable lack of limits to the application of "living law" in execution procedures* ..... 83

### **Alessandro Diddi**

Sezioni Unite ..... 39

### **Alessia Ester Ricci**

Corte costituzionale ..... 34

### **Nicola Russo**

Novità legislative interne / *National Legislative News* ..... 17

### **Gioia Sambuco**

*De jure condendo* ..... 24

### **Paolo Tonini**

Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese / *The right to scientific evidence, ten years after the Franzese sentence* ..... 1

### **Elena Zanetti**

Novità sovranazionali / *Supranational News* ..... 20

## PROVVEDIMENTI / MEASURES

<i>Corte costituzionale</i>	
sentenza 3 maggio 2012, n. 110 .....	34
ordinanza 10 maggio 2012, n. 127 .....	37
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 18 maggio 2012, n. 19046.....	39
sentenza 24 aprile 2012, n. 15933.....	40
sentenza 20 aprile 2012, n. 15189.....	40
sentenza 17 aprile 2012, n. 14484.....	41
sentenza 30 marzo 2012, n. 12164.....	41
sentenza 15 febbraio 2012, n. 5859.....	58
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione III, sentenza 17 gennaio 2012, n. 1399 .....	45
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
12 aprile 2012, <i>Martin ed altri c. Francia</i> .....	28
<i>Atti sovranazionali</i>	
<i>Convenzione sulla contraffazione dei prodotti medicali e reati simili che implicano una minaccia alla salute pubblica</i> (28 ottobre 2011).....	20
Rapporti del 20 e 23 marzo 2012 del Gruppo GRECO ( <i>Group of States against corruption</i> ) riguardanti l'Italia .....	21
<i>Terzo protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, concernente la semplificazione delle procedure estradizionali in caso di consenso della persona ricercata</i> , 1° maggio 2012. ....	23
<i>Norme interne</i>	
Legge 15 febbraio 2012, n. 12 recante « <i>Modifiche al codice penale in materia di confisca obbligatoria dei beni informatici o telematici utilizzati per la commissione di reati informatici</i> ».....	17
<i>De jure condendo</i>	
Progetto di legge S. 3282 recante « <i>Modifiche all'articolo 94 del testo unico delle leggi in materia di disciplina di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, concernente l'affidamento in prova in casi particolari</i> ».....	24
Disegno di legge S. 3129 recante « <i>Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti all'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria del 2011</i> » .....	25
Progetto di legge C. 5076 recante « <i>Ratifica ed esecuzione dell' Accordo quadro tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, fatto a Bruxelles il 10 maggio 2010</i> ».....	26

## MATERIE / TOPICS

**Difesa e difensori**

Cass., sez. un., 30 marzo 2012, n. 12164 .....	41
------------------------------------------------	----

**Esecuzione**

- *revoca della sentenza di condanna*  
Mutamento interpretativo disposto dalle Sezioni Unite e revoca della sentenza di condanna in esecuzione (*Trib. Torino, ordinanza 30 gennaio 2012*), con nota di Andrea Conz.....75

**Estradizione**

- Terzo protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, concernente la semplificazione delle procedure estradizionali in caso di consenso della persona ricercata, 1° maggio 2012* .....23

**Impugnazioni**

- *legittimazione*  
C. cost., ordinanza 10 maggio 2012, n. 127.....37
- *revisione*  
Cass., sez. un., 20 aprile 2012, n. 15189 .....40

**Incidente probatorio**

- *indagini difensive*  
Nessun automatismo per il c.d. «incidente probatorio difensivo» (*Cass., sez. III, 17 gennaio 2012, n. 1399*), con nota di Luciano Calò .....45

**Misure cautelari personali**

- *criteri di scelta*  
C. cost., 3 maggio 2012, n. 110.....34

**Misure cautelari reali**

- *impugnazioni*  
Cass., sez. un., 18 maggio 2012, n. 19046.....39
- *sequestro preventivo*  
Cass., sez. un., 17 aprile 2012, n. 14484.....41

**Misure di sicurezza patrimoniali**

- *confisca*  
Legge 15 febbraio 2012, n. 12 recante «*Modifiche al codice penale in materia di confisca obbligatoria dei beni informatici o telematici utilizzati per la commissione di reati informatici*».....17

**Ordinamento giudiziario**

- *responsabilità civile dei magistrati*  
Progetto di legge C. 5076 recante «*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria del 2011*».....26

**Ordinamento penitenziario**

- *affidamento in prova terapeutico*  
Progetto di legge S. 3282 recante «*Modifiche all'articolo 94 del testo unico delle leggi in materia di disciplina di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, concernente l'affidamento in prova in casi particolari*».....24
- *affidamento in prova*  
Per l'applicazione della recidiva non conta la condanna per un reato dichiarato estinto a con-

clusione dell'affidamento in prova (Cass., sez. un., 15 febbraio 2012, n. 5859), con nota di Stefano Ciampi .....58

### Processo penale

- *abuso del processo*

Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo / *Abuse of process: a misunderstood concept*, di Elena Maria Catalano .....91

- *Convenzione europea dei diritti dell'uomo - obbligo di interpretazione conforme*

L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto dell'Unione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ruolo della Corte di Strasburgo / *The application of the principle of conform interpretation in relation with E.U. Law, the European Convention of Human Rights and the role of the Court of Strasbourg*, di Sonia Campailla .....99

- *libertà di espressione*

Corte e.d.u., 12 aprile 2012, *Martin ed altri c. Francia* .....28

- *prescrizione e processi in corso*

Cass., sez. un., 24 aprile 2012, n. 15933 .....40

### Prova

- *prova scientifica*

Il diritto alla prova scientifica a dieci anni dalla sentenza Franzese, di Paolo Tonini .....1