

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

www.processopenaleegiustizia.it

Anno I, N. 5 - 2011

Diretta da
Adolfo Scalfati

Comitato di direzione

Ennio Amodio

Giuseppe Di Chiara

Giulio Garuti

Luigi Kalb

Sergio Lorusso

Mariano Menna

Gustavo Pansini

Francesco Peroni

In primo piano *Highlights*

Preclusione processuale e libertà fondamentali

Proceeding block and fundamental freedoms

Contro l'ipertrofia della prova scientifica

Against the "hypertrophy" of scientific evidence

Tempi di custodia e principio di proporzionalità

Long preventive detention and proportionality principle

Gli effetti della litispendenza cautelare

"Litispendenza cautelare" effects

Processo penale e organizzazione giudiziaria

Criminal proceeding and judge organization



Edizioni Nuova Cultura

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

WWW.PROCESSOPENALEEGIUSTIZIA.IT

ANNO I, N. 5-2011

Diretta da

Adolfo Scalfati

Comitato di direzione

Ennio Amodio

Giuseppe Di Chiara

Giulio Garuti

Luigi Kalb

Sergio Lorusso

Mariano Menna

Gustavo Pansini

Francesco Peroni



Edizioni Nuova Cultura

Peer reviewers

Enrico Mario Ambrosetti, Piermaria Corso, Agostino De Caro, Marzia Ferraioli, Novella Galantini, Maria Riccarda Marchetti.

Peer review

La revisione dei pari svolge un ruolo di garanzia del livello qualitativo dei contributi editi dalla Rivista e riguarda perlomeno il 60% della loro consistenza su base annua. La valutazione è effettuata tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata da Professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori pubblicati. Il controllo avviene in forma anonima e assicura, in ogni caso, l'indipendenza rispetto all'Autore o alla provenienza culturale del contributo. I revisori assumono la responsabilità dell'esito positivo del controllo, consentendo che i loro nomi siano a posteriori resi noti, contestualmente alla pubblicazione dei lavori.

Coordinamento

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

Redazione

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

Hanno collaborato

Laura Capraro, Donatella Curtotti, Alessandro Diddi, Ada Famiglietti, Paola Maggio, Renzo Orlandi, Luca Perri, Giorgio Piziali, Nicola Russo, Gioia Sambuco, Adolfo Scalfati, Guido Sola, Elena Zanetti.

Anno I, n. 5-2011

ISSN Print 2039-4179

ISSN On-line 2039-4527

ISBN 9788861347113

Iscrizione Tribunale di Roma
n. 456/2010 del 6/12/2010

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

Direttore Responsabile: Adolfo Scalfati



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO / CONTENTS

Editoriale/*Editorial*

Renzo Orlandi

Principio di preclusione e processo penale <i>The principle of “estoppel” and criminal trial</i> _____	I
---	---

Scenari/*Overviews*

Novità legislative interne/ <i>National Legislative News (Nicola Russo)</i> _____	12
Novità sovranazionali/ <i>Supranational News (Elena Zanetti)</i> _____	15
<i>De jure condendo (Gioia Sambuco)</i> _____	19
Corti europee/ <i>European Courts (Luca Perri)</i> _____	28
Corte costituzionale (<i>Donatella Curtotti</i>) _____	34
Sezioni Unite (<i>Paola Maggio</i>) _____	38

Avanguardie in Giurisprudenza/ *Cutting edge case law*

<i>L'inefficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato non esclude un successivo sindacato in chiave di recupero probatorio</i> Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 5 aprile 2011, n. 13626 - Pres. Lupu; Rel. Marasca _____	52
--	----

Laura Capraro

Astensione e ricusazione: sempre sindacabile la scelta “interinale” sull’efficacia degli atti compiuti dallo <i>iudex suspectus</i> “Disqualification” and “recusation”: the “temporary” decision on the proceedings of the <i>iudex suspectus</i> can always be questionable _____	62
--	----

Le Sezioni Unite e la litispendenza cautelare
Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 1° marzo 2011, n. 7931 -
Pres. Lupo; Rel. Cortese _____ 69

Paola Maggio

Con la “litispendenza cautelare” le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero
With “precautionary litispendenza” the joined sections intervene in the index of exclusions at the initiative of the Public Prosecutor _____ 82

La durata della custodia cautelare pari a due terzi della pena inflitta non autorizza l'automatica cessazione della misura
Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 31 marzo 2011, n. 16085 - Pres. Lupo; Rel. Macchia _____ 93

Alessandro Diddi

Il “fattore tempo” nella valutazione degli elementi necessari al mantenimento della misura cautelare
The “time element” in the appraisal of the factors essential to keep the preventive detention _____ 102

Valida la nomina del difensore a mezzo fax se è garantita la provenienza
Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 10 febbraio 2011, n. 115 - Pres. De Maio; Rel. Ramacci _____ 109

Guido Sola

La nomina del difensore di fiducia tra libertà formali codificate e rigorismi giurisprudenziali
The appointment as hired counsel between formally codified liberties and jurisprudential rigorisms _____ 112

Nell'ipotesi di nuovo metodo scientifico, è ammissibile l'istanza di revisione
Corte di cassazione, Sezione I, sentenza 13 aprile 2011, n. 15139 - Pres. Di Tomassi; Rel. Cassano _____ 123

Ada Famiglietti

Nuova prova scientifica e giudizio di revisione
New scientific evidence and revision judgment _____ 127

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

Giorgio Piziali

Il processo e l'organizzazione: questioni sull'ufficio del giudice per le indagini preliminari

Criminal proceeding and organization: the preliminary judge bureau _____ 136

Analisi e prospettive/ *Analysis and Prospects*

Adolfo Scalfati

La deriva scienziata dell'accertamento penale

The scientific drift of criminal inquiry _____ 144

Indici/*Index*

Autori/*Authors* _____ 151

Provvedimenti/*Measures* _____ 152

Materie/*Topics* _____ 153

RENZO ORLANDI

Professore ordinario di Procedura penale - Università di Bologna

Principio di preclusione e processo penale*

The principle of “estoppel” and criminal trial

Il principio di preclusione è qui esaminato alla luce di alcune recenti sentenze della Corte di cassazione. Pur elaborato dalla dottrina processualcivilistica (Chiovenda), il principio in questione sta conoscendo una singolare fortuna nella giurisprudenza penale. Chiarite preliminarmente alcune questioni di metodo, il breve saggio propone una critica del principio di preclusione come criterio talvolta utile, tal'altra invocato a sproposito, per razionalizzare l'attività decisoria alla luce dell'esigenza di ragionevole durata del processo. L'autore richiama l'attenzione, in particolare, sul rapporto fra principio di preclusione e diritti fondamentali della persona e prende le distanze dall'uso che del principio in questione le sezioni unite della Corte di cassazione hanno fatto nell'ambito di una controversa vicenda cautelare.

The writing focuses on the development of “principle of preclusion” in the Italian Criminal Procedure System, through the analysis of some recent decisions of the Supreme Court. As a matter of fact, although the concept finds its origin in the field of the civil procedure, these days it has been increasingly applied to criminal decisions. The author introduces the analysis fixing the methodological approach to the issue. The concept of preclusion is not merely a systematic principle, provided by some article of the procedural code, but it is a clear balancing criterion, established on the Constitutional rule concerning the reasonable times of the process and is actually employed in the interpretation of the law. After having defined the methodological framework, the study turns its attention to some decisions of the Court of Cassation facing the application of this principle in different steps of the procedure. The author underlines particularly two features: firstly the relationship between preclusion and fundamental rights; then, the application of the principle of preclusion in the intermediate decisions about freedom restriction.

* Testo riveduto della relazione svolta il 14 aprile 2011 presso la Corte di cassazione, nell'ambito dell'incontro di studio su *Le preclusioni nel processo penale*.

Il concetto di preclusione e la sua riscoperta nel diritto processuale penale

Alcune decisioni delle sezioni unite penali, a partire dalla sentenza Donelli pubblicata il 20 aprile 2004, hanno fatto leva sul principio di preclusione e sul contiguo concetto di *ne bis in idem* per neutralizzare l'efficacia di domande o richieste già oggetto di un precedente procedimento sulla *eadem res*. Lo stesso principio trova analoga applicazione in altre due significative decisioni del 2005 (S.U. Donati) e del 2010 (S.U. Testini).

Dal canto suo, una dottrina sensibile alle ragioni dell'efficienza e al principio di ragionevole durata del processo ha offerto contributi meritevoli di attenta considerazione, inclini, per lo più, ad estendere l'applicazione del principio in questione¹.

Di preclusione si sono occupati a lungo i cultori del processo civile, sulle orme di Giuseppe Chiovenda, che del principio è considerato il creatore o, meglio, il diffusore, almeno in Italia. La ragione di questo interesse scaturisce dall'esigenza, avvertita dai processualcivili tedeschi già nella seconda metà del XIX secolo², di isolare gli elementi pubblicistici del processo civile dalle componenti privatistiche dell'azione. Il "rapporto giuridico processuale", i "presupposti processuali"

e, giustappunto, le "preclusioni processuali" sono i concetti-base di una visione del processo che assegna al giudice (espressione del potere statale) una posizione centrale nell'amministrazione della giustizia civile.

La dottrina processualpenalistica ha avvertito meno l'esigenza di ragionare intorno al principio di preclusione, per la semplice ragione che nessuno mette in dubbio il carattere pubblicistico del processo e, conseguentemente, la tendenziale indisponibilità delle regole che lo governano.

Ciò non toglie, però, che anche nel campo della giustizia penale, dove l'ordine delle attività e la progressione della sequenza procedurale vanno assicurate in ragione dell'interesse pubblico perseguito, le regole di preclusione giochino un ruolo importante. Non è perciò fuori luogo evocare pure per il processo penale l'antico insegnamento di Chiovenda secondo il quale «la preclusione può avere un campo maggiore o minore nel processo, secondo i sistemi: e vi sono tipi di processo tutti informati al principio della preclusione, il che accade nei processi divisi in periodi o stadi successivi. Ma ogni processo deve in qualche misura servirsi della preclusione»³. Sono connaturati al *procedere*, inteso come sequenza regolata di atti preordinati a

¹ Si tratta di contributi in prevalenza provenienti da magistrati che hanno maturato una significativa esperienza presso la Corte di cassazione. Da segnalare, Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 508 ss. e Silvestri contrapposto a Marzaduri nel confronto di opinioni sollecitato dai puntuali quesiti di Canzio sul tema *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, *Criminalia*, 2008, 2009, 253 ss. Di grande interesse inoltre il saggio di Iacoviello, *Procedimento principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, *Cass. pen.*, 2008, 2190 ss. Anche qui s'invoca il principio di preclusione, sul presupposto che certe decisioni prese dalla Corte di cassazione, ad esempio, nel corso di un incidente cautelare, debbano sortire effetti (pregiudiziali, preclusivi) sul procedimento principale, quando insistono sulla *eadem res*. Di questo complesso tema (che esigerebbe un approfondimento a sé stante) non mi occuperò nelle pagine seguenti, dedicate esclusivamente a casi di preclusioni, per così dire, interni al procedimento principale ed al procedimento incidentale.

² Si vuol citare, a questo proposito, l'opera di von Bülow, *Die Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, pubblicata a Giessen nel 1868, come la trattazione che inaugura il moderno diritto processuale. L'intuizione di von Bülow, ripresa alcuni decenni più tardi da Chiovenda, sta, per l'appunto, nell'aver colto il carattere pubblico (statale) del processo civile.

³ *Diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 858.

una decisione, il rispetto dei termini, il divieto di reiterare le domande, il divieto di regressione, il divieto di *bis in idem*. Un ordinamento processuale privo o anche solo carente di preclusioni sarebbe inadeguato a rendere giustizia; sarebbe strumento nelle mani di malintenzionati, capaci di tergiversare e allungare indefinitamente il tempo della decisione. Di questo nessuno dubita e l'affermazione vale indistintamente per il processo civile e per quello penale.

Con riguardo a quest'ultimo c'è da dire che le numerose riforme ad esso dedicate negli ultimi decenni hanno sensibilmente accresciuto il novero delle richieste e delle corrispondenti decisioni (soprattutto endoprocessuali), dando vita, nella realtà, a un reticolo di attività destinate a intrecciarsi o sovrapporsi, quando convergono sul medesimo fatto o sulla stessa questione.

Le pronunce citate in apertura si richiamano al principio di preclusione per porre – in assenza di esplicita scelta legislativa – un limite alla duplicazione di procedure giudiziarie aventi ad oggetto le medesime questioni. In realtà, i temi affrontati in quelle tre sentenze impongono approcci diversi. Non possono essere trattati unitariamente sotto il segno del *ne bis in idem* o del principio di preclusione.

Al fine di meglio cogliere la ragione di questa diversità d'approccio è opportuna una breve avvertenza metodologica.

Legalità processuale e principio di preclusione: rilievi di metodo

È illusorio pretendere che la legge disciplini con puntigliosa precisione i rapporti d'interferenza fra domande e decisioni. Qualcosa sfugge sempre anche al più avveduto e analitico dei legislatori. Occorre rassegnarsi all'idea che la legge lasci spazi di incertezza aperti alla elaborazione della giurisprudenza.

E si sa che, nel diritto processuale penale, il divieto d'analogia vale in misura assai più contenuta che nel diritto penale. Tuttavia la libertà creativa della giurisprudenza deve esercitarsi nel rispetto di regole di metodo che è opportuno qui esplicitare brevemente.

Le lacune o incertezze normative sono colmate o superate in forza di argomenti tratti da principi. Di solito si procede così: nel fine perseguito da una esplicita norma di legge si individua il criterio-guida (la *voluntas legis*) per risolvere casi non espressamente contemplati. Ad esempio: si individua nell'art. 649 c.p.p. la *ratio* del *ne bis in idem*, come regola volta a evitare contrasti pratici fra giudicati penali. Quella *ratio* asurge, per l'appunto, al rango di *principio*, dal quale è possibile estrarre una regola per situazioni processuali che, pur suscettibili di sfociare in un conflitto pratico fra decisioni, sono prive di espressa regolamentazione normativa tesa a scongiurare quel conflitto. Un principio di questo tipo lo possiamo qualificare come "sistemico", quando è tratto da una norma avente rango di legge ordinaria. "Sistemico" perché appartiene al sistema del quale la legge processuale si ritiene sia espressione. I principi sistematici sono utilissimi, perché consentono la costruzione di una dogmatica del processo e facilitano l'opera dell'interprete, consentendogli per l'appunto di risolvere casi non espressamente regolati in maniera conforme alla *ratio legis*.

Nell'elaborazione di principi sistematici si esauriva, in buona sostanza, il compito della dottrina, finché la disciplina del processo era regolata dalle sole norme di legge ordinaria. Tali principi giocano tuttora un ruolo importantissimo in ogni attività di interpretazione della legge, sia dottrinale sia giurisprudenziale. Tuttavia, l'avvento di norme sovralegali, di rango superiore alla legge

ordinaria, quali le norme costituzionali e le norme della Convenzione europea, ha notevolmente ridimensionato (sul piano interpretativo) l'importanza dei principi qui definiti "sistematici". Si pone qui un problema di gerarchia dei principi e di interpretazione conforme non già alla *voluntas legis*, bensì alla norma sovralegale. Sarebbe perciò errato condurre un'interpretazione sulla sola scorta del principio sistematico. Occorre essere attenti anche al principio costituzionale o convenzionale. Se, ad esempio, l'estensione del *ne bis in idem* a un caso non regolato dalla legge processuale, comportasse un sacrificio del diritto di difesa, il principio di preclusione non potrebbe essere utilmente invocato.

Di questo sembra tener conto (tanto nelle sentenze quanto in contributi dottrinali) chi associa il principio (sistematico) di preclusione al principio (costituzionale) di ragionevole durata del processo. Qui affiora però un altro equivoco che va dissipato. La ragionevole durata, così come espressa nell'art. 111, comma 2, Cost., è qualcosa in più di un principio o, comunque, qualcosa di diverso. È un criterio regolatore di principi suscettibili di bilanciamento: principi volti ad assicurare diritti inviolabili della persona, da bilanciare con il dovere pubblico (anch'esso di rilievo costituzionale⁴) di reprimere le con-

dotte illecite. In altre parole, abbinato alla ragionevole durata, il termine "principio" assume un significato diverso da quello che gli è proprio quando lo si accoppia con l'espressione "presunzione d'innocenza" o con il sostantivo "difesa". Si parla di "principio della presunzione d'innocenza", o di "diritto di difesa come principio" per alludere ai diritti fondamentali della persona minacciati dal processo penale; si tratta dei postulati garantisti del nostro diritto costituzionale. Si parla, invece di "principio di ragionevole durata", così come si parla di "principio di proporzionalità" o di "principio di ragionevolezza", per alludere a criteri di razionalità pratica che soccorrono principalmente il legislatore e la Corte costituzionale nella delicata opera di bilanciamento (trasversale all'intera normativa processuale penale) fra tutela dell'individuo ed esigenza repressiva. Il carattere per così dire "oggettivo" e "neutrale" del principio in questione dipende dalla scelta fatta con la revisione dell'art. 111 Cost., il cui comma 2 non attribuisce alle parti il diritto a un processo in tempi ragionevoli⁵, ma impone alla legge di assicurare al processo una durata ragionevole. Tale compito, la legge lo deve assumere oltre che nell'interesse delle parti processuali, anche nell'interesse della collettività e, dunque, in vista di un valore che trascende

⁴ Dovere non espresso in alcuna norma costituzionale, ma sotteso a ogni ordinamento giuridico. Lo si può agganciare all'art. 2 Cost., che impone alla Repubblica di riconoscere i diritti inviolabili della persona anche di fronte alle aggressioni criminali; o all'art. 3, che, nell'attribuire alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi della libertà delle persone, addossa all'autorità pubblica anche il compito di contrastare condotte criminose capaci di pregiudicare quelle libertà, producendo sperequazioni fra i cittadini.

Interessante, al riguardo, la sentenza della Corte e.d.u. 29 marzo 2011 nel caso *Alikaj e altri c. Italia*, dove l'Italia è stata condannata per l'inefficace repressione di un problematico omicidio colposo finito in prescrizione. È stata riscontrata una violazione dell'art. 2 Cedu che assicura a ogni persona il diritto alla vita. Un diritto che la legge deve assicurare anche apprestando un sistema penale efficiente e dissuasivo.

⁵ Come invece fanno l'art. 6, § 1, Cedu e, con specifico riguardo alla posizione dell'imputato, il VI emendamento della costituzione degli Stati Uniti d'America.

le posizioni delle persone direttamente coinvolte nella vicenda giudiziaria. Di qui il carattere ultraindividuale del principio e il suo conseguente atteggiarsi come “meta-principio” o come criterio regolatore di interessi costituzionali suscettibili di bilanciamento. Sarebbe perciò errato far valere questo criterio, quale principio costituzionale capace di comprimere, ad esempio, il diritto di difesa o il diritto al contraddittorio o il diritto dell'imputato a controinterrogare i testi d'accusa. Per come è previsto dall'art. 111, il principio (o criterio) di ragionevole durata è, si può dire, il principio di ragionevolezza applicato al tempo quale contenitore di attività processuali. Non la ragionevole durata del processo, bensì l'efficienza processuale è il valore (di rango costituzionale) idoneo a fungere da limite all'espandersi di garanzie individuali⁶. Ragionevole è la durata del processo – dal punto di vista della legge processuale – quando le norme generali ed astratte combinano in misura ottimale efficienza e *fairness* (nel senso dell'art. 111 cost. nonché dell'art. 6 Cedu). Il che non impedisce, peraltro, che la condotta delle parti, con trucchi e *chicanes* suggeriti dall'esperienza ed esperibili anche nel rispetto della legge, renda poi, in concreto, insopportabilmente e irragionevolmente lungo il tempo per arrivare a sentenza definitiva. Ma questo è un costo da pagare all'idea di giusto processo. L'efficienza va assicurata senza pregiudicare i principi minimi di un giusto processo.

Qualche osservazione sul principio di preclusione in alcune recenti sentenze delle Sezioni unite penali

Sulla base delle premesse di metodo appena esposte cercherò di sviluppare qualche rilievo critico sulle sentenze delle sezioni unite ricordate all'inizio.

Cominciamo dalla sentenza Donati (la n. 34655 del 28 giugno 2005), che si occupa di un caso di *bis in idem* processuale. Due processi penali sugli stessi fatti e contro la stessa persona pendono contemporaneamente presso lo stesso ufficio giudiziario. Ad essi non può essere applicato l'art. 649 c.p.p., che condiziona l'effetto preclusivo al passaggio in giudicato della sentenza. Non è applicabile nemmeno l'art. 28 c.p.p., che suppone la diversità degli uffici giudiziari competenti a occuparsi di una determinata *res iudicanda*. Per il singolare caso affrontato nella sentenza Donati, la legge non appronta alcun rimedio volto a prevenire il contrasto pratico fra giudicati. Se entrambi i giudizi dovessero produrre ciascuno il proprio giudicato, quel contrasto inevitabilmente si produrrebbe. Scatterebbe allora il rimedio escogitato dall'art. 669 per la pluralità di sentenze contro la stessa persona sul medesimo fatto: si applicherebbe non già la prima sentenza divenuta, in ordine di tempo, irrevocabile, bensì la sentenza più favorevole all'imputato. Al più, se vi fosse consapevolezza della situazione di litispendenza, si creerebbe una situazione di improcedibilità

⁶ Vale la pena ricordare che proprio facendo leva sul “bene costituzionale dell'efficienza del processo penale” la Corte costituzionale, con le sentt. 22 ottobre 1996 n. 353 e 23 gennaio 1997 n. 10, dichiarò illegittimi rispettivamente gli artt. 47, comma 1, e 37, comma 2, c.p.p., così precludendo la reiterazione *ad libitum* di domande di rinvio o riacquiescenza sulla base degli stessi elementi.

in capo al procedimento pendente dopo che l'altro procedimento fosse sfociato in una sentenza irrevocabile. E un analogo effetto preclusivo si produrrebbe se uno dei due procedimenti sfociasse in una sentenza revocabile, quale la sentenza di non luogo a procedere. Di fronte a questi scenari appare irragionevole far leva sul principio di legalità per negare la sussistenza di un tacito effetto preclusivo dal quale far discendere l'improcedibilità del procedimento iniziato per ultimo. Giustamente la sentenza in questione ipotizza l'esistenza di un principio preclusivo latente nel sistema processuale. Principio del quale sarebbero espressione disposizioni quali quelle contenute nei citati artt. 649 e 28. La soluzione appare corretta, perché non contrasta con garanzie individuali. Non comporta compressioni del diritto di difesa o di altre garanzie reputate essenziali al giusto processo. L'imputato non vanta, infatti, alcun diritto a veder completato l'iter del secondo processo per poi vedersi sottoposto - ex art. 669 - alla sentenza più favorevole. Al contrario, il *ne bis in idem* è principalmente norma pensata nel suo interesse, come limite al potere repressivo dello Stato e la regola dell'art. 669 è tesa, manifestamente, a rimediare in ritardo una situazione patologica che non si è potuta prevenire con l'effetto preclusivo. Quest'ultimo è la regola (capace di sostanziare un principio sistematico), mentre l'art. 669 rappresenta il rimedio eccezionale a una situazione che non si sarebbe dovuta produrre.

Diverso il discorso nel caso Huzuneanu (sent. n. 6026 del 31 gennaio 2008). Si è ritenuto che l'impugnazione presentata dal difensore (d'ufficio) "consumasse" anche il diritto di impugnazione dell'imputato contumace. Nella sua versione originaria, l'art. 175, comma 2, collegava *expressis verbis* un effetto preclusivo all'impugnazione del difensore (il contumace poteva impugnare

sempre che l'impugnazione non fosse stata già proposta dal difensore). Le cose cambiano con la legge 60/2005, che sopprime le parole dalle quali si poteva trarre la preclusione. Si pone allora il problema, se l'ostacolo ad impugnare sussista anche in assenza di quel richiamo. Giurisprudenza inizialmente controversa, superata dalla sentenza testé citata delle sezioni unite. Queste ultime affermano la sussistenza di una preclusione proprio facendo leva sull'argomento del *ne bis in idem* (e citando S.U. Donati del 2005). L'impugnazione del difensore preclude quella dell'imputato contumace non tanto per ragioni testuali (nuovo testo dell'art. 571 novellato da l. 416/1999), ma piuttosto per ragioni sistematiche: ammettere due impugnazioni significherebbe esporsi al rischio di due giudicati. Va ricordato che la passata giurisprudenza giungeva alla conclusione opposta, facendo leva sull'art. 669, in forza del quale è possibile veder eseguito il giudicato più favorevole all'imputato. Ma - obietta giustamente Cass. s.u. Huzuneanu - l'art. 669 è norma chiaramente pensata per rimediare a situazioni patologiche; non può essere invocata per regolare la fisiologia delle situazioni processuali. C'è però un seguito interessante. L'art. 175, comma 2, così come interpretato dalle sezioni unite, viene dichiarato illegittimo dalla Corte cost. (sent. 317/2009), perché in contrasto con l'idea di "giusto processo" ricavabile dall'art. 6 Cedu, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo. Chiaramente la Corte cost. "si arrende" al diritto vivente. Dal che si capisce, fra l'altro, che non vi sarebbe stato bisogno di dichiarare illegittimo l'art. 175, comma 2, se l'interpretazione fosse stata conforme ai principi di rango superiore (in questo caso, ai principi fissati nella Cedu). Siamo perciò di fronte a un caso in cui l'effetto preclusivo elude una manifestazione essenziale del diritto di difesa: quella dell'imputato con-

tumace, il quale vanti un diritto a essere rimesso in termini, di coltivare l'impugnazione autonomamente dal proprio difensore (specialmente quando si tratta di difensore d'ufficio). La Corte afferma esplicitamente che «*diritto di difesa e principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie*».

Restano i casi affrontati nelle sentenze *Donelli* (la n. 18339 del 31 marzo 2004) e *Testini* (la n. 7931 del 16 dicembre 2010), dove affiora il problema del *ne bis in idem* in ambito cautelare o, per dirla con l'espressione ora accolta nella giurisprudenza di legittimità, il problema del "giudicando cautelare". Si sa fino a che punto il procedimento cautelare si sia andato sviluppando in analogia con il procedimento principale. Tuttavia, la naturale fluidità e mutevolezza dei fatti rilevanti per l'accertamento incidentale (specie durante la fase dell'indagine preliminare) rende il rapporto *domanda-decisione cautelare* del tutto particolare e diverso dal rapporto *azione penale-decisione di merito*. L'oggetto dell'incidente cautelare è soggetto a possibili "aggiornamenti" con riguardo sia al quadro indiziario, sia alla sussistenza delle esigenze cautelari. E questo dalla parte sia della difesa, sia dell'accusa. Ne segue che il *ne bis in idem* ha qui un effetto preclusivo minore e comunque diverso da quello associato allo stesso principio nel procedimento principale. Non è preclusa al pubblico ministero un'iniziativa cautelare fondata su "nuovi elementi", pur in pendenza di altro procedimento cautelare (in fase di impugnazione) per il medesimo fatto e nei confronti della medesima persona. Ciò però a condizione che il pubblico ministero abbandoni il procedimento in fase di impugnazione.

Nel caso *Donelli*, la Suprema corte giunge alla conclusione che la pendenza dell'inci-

dente in fase d'appello preclude una nuova decisione da parte del g.i.p., sollecitata da una iniziativa cautelare del pubblico ministero che risulti fondata su ulteriori allegazioni, non importa se nuove o preesistenti alla prima richiesta. Solo una nuova decisione, dunque, trova un ostacolo nell'attuale pendenza dell'incidente in fase di impugnazione. Non la nuova iniziativa cautelare, che – se sorretta da allegazioni diverse da quelle considerate nella prima ordinanza cautelare – potrà provocare una nuova decisione da parte del g.i.p., una volta chiusa la prima vicenda. Quel che si vuole escludere è, dunque, la situazione di contemporanea pendenza di due procedure cautelari per gli stessi addebiti nei confronti della medesima persona.

Qualche anno dopo, nel caso *Testini*, le Sezioni unite vanno molto oltre, pur convinte di seguire la via già tracciata dalla sentenza *Donelli*. Un incidente cautelare pende davanti alla Corte di cassazione, dopo che il tribunale della libertà ha parzialmente rigettato la richiesta di riesame. Il pubblico ministero – facendo leva sui principi di diritto espressi nella sentenza *Donelli* – pretende di riversare nel procedimento cautelare nuovo materiale che l'indagine, nel frattempo, ha permesso di acquisire. Egli si trova però di fronte all'ostacolo rappresentato dalla struttura del giudizio di legittimità, per sua natura impenetrabile a nuove allegazioni, anche quando ha ad oggetto un provvedimento cautelare. Di qui la propensione a seguire la strada di una nuova iniziativa nei confronti della stessa persona, su addebiti ed esigenze cautelari parzialmente identici a quelli già considerati nell'iniziativa precedente. Un caso, come subito si intuisce, assai diverso da quello affrontato nella sentenza *Donelli*, dove le nuove allegazioni prodotte dall'accusa puntavano a ottenere dal giudice dell'appello cautelare un provvedimento non imme-

diatamente esecutivo. Il tratto comune è rappresentato dalla pretesa duplicazione di un'iniziativa cautelare. In entrambi i casi, inoltre, le Sezioni unite non pongono preclusioni a una seconda iniziativa, bensì a una seconda decisione, finché sia pendente il procedimento d'impugnazione. Nel caso Testini, il punto viene approfondito fino a giungere alla conclusione che l'iniziativa da coltivare può essere una sola e che a scegliere fra due modalità procedurali sia il pubblico ministero. Si evoca, al riguardo, il brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*, per trarne una duplice conclusione. O il titolare dell'accusa riversa le nuove allegazioni (non necessariamente corrispondenti a *noviter reperta*) nella fase di gravame, nel qual caso gli resta preclusa una nuova iniziativa cautelare. Oppure presenta una nuova richiesta cautelare arricchendola degli ulteriori elementi acquisiti, nel qual caso deve abbandonare (per difetto d'interesse) l'iniziativa precedente: quest'ultima scelta si imporrebbe quando la procedura cautelare fosse approdata in cassazione, dove, come si sa, non sono ammesse allegazioni di fatto.

Nel caso Testini, il principio di preclusione vien fatto valere per impedire due contemporanee procedure cautelari nei confronti del medesimo soggetto e per gli stessi addebiti. In questo, il principio tutto sommato è analogo a quello affermato nella sentenza Donati⁷. Ma la conclusione che se ne trae è diversa, giacché la seconda iniziativa cautelare non è necessariamente impedita dalla prima. Al principio di preclusione si associa un inedito principio di alternatività e l'alternativa (fra prima e seconda iniziativa) è affidata alla scelta del pubblico ministero.

Per la difesa – ad avviso delle sezioni unite – una scelta vale l'altra, dal momento che sia la nuova domanda cautelare, sia la nuova allegazione in sede di gravame presenta dei vantaggi per il prevenuto. In caso di nuova domanda, l'indagato (o imputato) ha diritto all'interrogatorio di garanzia (art. 294) e ha facoltà di chiedere il riesame. In caso di nuova allegazione in sede di gravame, l'impossibilità di esercitare i diritti appena menzionati sarebbe compensata dalla possibilità sia di contraddire sui nuovi elementi esibiti dall'accusa, anche producendo elementi acquisiti dal difensore, sia di poter giocare a carte scoperte davanti a un giudice collegiale.

Gli assetti difensivi corrispondenti alle due modalità procedurali testé ricordate non possono essere considerati equivalenti. Soprattutto, è motivo di comprensibile sorpresa che una simile equivalenza sia affermata (sia pur dall'autorevolissimo collegio delle sezioni unite) come premessa dalla quale trarre una norma giurisprudenziale destinata a incidere così pesantemente sull'esercizio del diritto di difesa. Persino la norma legislativa che assegnasse al pubblico ministero l'opzione fra nuova iniziativa cautelare e nuova allegazione in fase di gravame apparirebbe sospetta sotto il profilo costituzionale (art. 24, comma 2, e art. 3), perché esporrebbe la posizione della difesa alle possibili spequazioni derivanti da una scelta arbitraria e incontrollata della controparte.

Il principio di preclusione deve valere anche in ambito cautelare, disancorato però dal principio di alternatività e con le comprensibili "aperture" imposte dal mutevole oggetto della procedura incidentale. La naturale flui-

⁷ Bisogna anzi riconoscere che è la sentenza Donati ad aver tratto ispirazione dalla sentenza Donelli per affermare il principio del *ne bis in idem* processuale, come risulta chiaramente dalla lettura della motivazione (punto 6 del *Considerato in diritto*).

dità del “fatto” (sotto il duplice profilo del quadro indiziario e delle esigenze cautelari) rende opportuno, in effetti, il continuo “aggiornamento” della *res iudicanda* cautelare; ma ciò dev’essere attuato con modalità rispettose del diritto di difesa e assicurando l’eguale trattamento degli indagati o imputati: non facendone dipendere le mosse da una scelta incontrollata del pubblico ministero, come autorizza a fare la sentenza Testini.

Nuove allegazioni durante le impugnazioni di merito (riesame o appello cautelare) andrebbero pertanto ammesse, da parte sia dell’accusa sia della difesa. Non sarebbe inoltre preclusa una nuova iniziativa cautelare (salva la retrodatazione del termine di decorrenza della misura, secondo le regole fissate dall’art. 297, comma 3), ma la si dovrebbe ammettere soltanto quando fosse divenuto definitivo (ciò è a dire, non più impugnabile) il provvedimento scaturito dall’iniziativa precedente. Così, la creazione giurisprudenziale colmerebbe una lacuna, senza rischio di incidere negativamente sulla posizione della difesa.

Conclusioni

Postulare l’esistenza di un principio di preclusione come *principio sistematico* e trarne norme giurisprudenziali è pratica del tutto legittima, anzi spesso necessaria a rimediare le smagliature dell’ordinamento processuale. La giurisprudenza adempie qui a un doveroso compito interpretativo: quello di trarre da un principio immanente al sistema conclusioni vincolanti per i soggetti processuali.

Sarebbe tuttavia censurabile una giurisprudenza che facesse leva sul principio di preclusione per comprimere le garanzie individuali. In particolare, sarebbe fuorviante ravvisare nel principio di preclusione una manifestazione del principio di ragionevole

durata del processo, al quale va invece riconosciuto il carattere di meta-principio o, se si preferisce, criterio regolatore fra principi costituzionali in possibile conflitto. Come insegna C. cost. 317/2009, la ragionevole durata non può giustificare il sacrificio del diritto di difesa. Il principio sistematico di preclusione retrocede di fronte al principio costituzionale (di difesa) che tutela un diritto inviolabile della persona. Fino al punto in cui quest’ultimo non collide con elementari ragioni di efficienza.

Inoltre, il principio di preclusione è destinato a sviluppare effetti diversi nel procedimento principale e in quello cautelare, per il diverso atteggiarsi dell’oggetto da accertare nei due ambiti procedimentali. Tale riconoscibile diversità giustifica una minor efficacia preclusiva del provvedimento cautelare definitivo, ma non giustifica una norma giurisprudenziale (né – si direbbe – legislativa) che assegni al pubblico ministero la scelta fra nuova iniziativa cautelare e nuova allegazione in sede di gravame. Ciò porta a non condividere la norma giurisprudenziale fissata in uno dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite nel caso Testini.

Infine, anche dagli intrecci fra procedimento cautelare e procedimento principale possono scaturire preclusioni, talvolta previste per legge (es. art. 300), tal’altra create dalla giurisprudenza (ad es., quando si afferma che la sentenza di condanna “assorbe” il profilo dei gravi indizi di colpevolezza, precludendo di fatto all’imputato il diritto di contestare il relativo punto della decisione cautelare in sede di gravame). Si tratta però di problemi che esigono una riflessione a parte (magari in altro seminario ad essi espressamente dedicato), a causa della relazione peculiare (e sempre più stretta) che nel nostro ordinamento processuale si è andata stabilendo fra le decisioni maturate nei due ambiti procedimentali. In

linea generale, è raccomandabile la massima cautela nell'estendere il principio di preclusione alle molteplici combinazioni generate da quella relazione. Fra l'altro, istituire disinvoltamente rapporti di pregiudizialità o di preclusione fra decisioni maturate in ambito cautelare e situazioni del procedimento principale finisce con l'accrescere

in misura patologica l'importanza, già notevolissima, della procedura incidentale. Ne risulterebbe intaccato il rapporto fisiologico fra i due ambiti procedurali che - come puntualmente segnala C. cost. n. 121 del 2009 nel dichiarare illegittimo l'art. 405, comma 1 *bis* - assegna al "principale" valore preminente sul "cautelare".

SCENARI / *OVERVIEWS*



Novità legislative interne / *National Legislative News*

NICOLA RUSSO

Nei cinque articoli della legge n. 62 del 21 aprile 2011, pubblicata in G.U. n. 103 del 5 maggio 2011 ed intitolata «*Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*», sono state racchiuse alcune innovazioni al codice di rito ed alla legge sull'ordinamento penitenziario volte ad evitare che lo stato di detenzione della madre comporti un'interruzione del rapporto affettivo e di assistenza nei confronti del minore soprattutto nei primi anni di vita.

Analoghe previsioni sono state introdotte a vantaggio delle donne incinte che si trovino a patire lo stato di detenzione.

Questo regime di favore si estende al padre detenuto, allorché la madre sia deceduta o sia assolutamente impossibilitata a prestare assistenza alla prole.

Le modifiche al codice di procedura penale hanno interessato gli artt. 275 e 284, mentre è stato *ex novo* introdotto l'art. 285-bis c.p.p.

La prima delle menzionate disposizioni non è stata oggetto d'interventi di struttura, essendosi il legislatore limitato ad innalzare il tetto dell'età del minore considerata nel comma 4 (da tre anni di età a sei).

L'art. 284 c.p.p. è stato, invece, ritoccato attraverso la previsione – quale domicilio alternativo all'abitazione – della casa famiglia protetta ove istituita.

Più significativa è stata l'introduzione dell'art. 285-bis c.p.p., con cui si è formalizzata nel codice di rito la costituzione degli istituti

“a custodia attenuata per detenute madri” (c.d. I.C.A.M.).

Questa struttura, mutuata da quella già introdotta dall'art. 95 del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 per i detenuti tossicodipendenti, si fonda su di un modello operativo di tipo comunitario da realizzare in sedi esterne agli istituti penitenziari, dotate di sistemi di sicurezza non riconoscibili dai bambini.

Il primo di questi istituti è stato fondato a Milano nel 2006 e, pur dipendendo dalla struttura penitenziaria di San Vittore, è ospitato in un immobile a ciò destinato dalla Provincia.

Come spiegato nella scheda illustrativa del DAP «la struttura ripropone la pianta di un appartamento interamente disposto su un piano, sul quale si aprono portineria, sala colloqui, sala polivalente/biblioteca attrezzata con tv e computer, lavanderia, giocoteca, sei camere da letto, guardaroba, sala, cucina, giardino, infermeria. L'ambiente è accogliente e arredato in maniera confortevole. Lo spazio dedicato alle attività ludiche con i bambini è stato organizzato seguendo i suggerimenti del modello degli asili nido del Comune di Milano. Tramite gli ICAM l'amministrazione intende consentire ai bambini figli di detenute di trascorrere i loro primissimi anni in un ambiente familiare che non ricordi il carcere, riducendo così il rischio d'insorgenza di problemi legati allo sviluppo della sfera emotiva e relazionale. L'istituto prevede un percorso personalizzato per ogni

detenuta offrendo opportunità scolastiche, di mediazione linguistica e culturale».

L'art. 285-*bis* c.p.p., come detto, non stabilisce una misura personale meno deteriore della custodia cautelare in carcere (come si arguisce anche dalla collocazione topografica susseguente nel codice di rito), bensì una forma alternativa di custodia inframuraria che può essere disposta dal giudice in presenza della situazione descritta nell'art. 275, comma 4, c.p.p., ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano.

Il percorso normativo descritto dalle innovazioni introdotte dall'art. 1 della legge n. 62 del 2011 è, quindi, il seguente: la custodia cautelare in carcere non può essere disposta nei confronti delle donne incinte o che siano madri di minori di età non superiore a sei anni salvo che ricorrano speciali esigenze cautelari. Ove quest'evenienza sia ravvisata dal giudice, questi potrà (in realtà dovrà) disporre l'assegnazione dell'indagata ad un istituto a custodia cautelare attenuata tutte le volte in cui ciò sia compatibile con le eccezionali esigenze cautelari considerate.

Se, invece, queste esigenze non ricorrono, saranno applicabili le altre misure cautelari più gradate, ivi compresi gli arresti domiciliari, eventualmente fissati presso una casa famiglia protetta ove non sia disponibile un domicilio in privata dimora.

Di fronte a quest'apprezzabile scelta legislativa, desta invece grossa perplessità la previsione dell'ultimo comma dell'art. 1 che procrastina l'entrata in vigore delle disposizioni contenute nei commi precedenti a far data dalla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque a decorrere dal 1° gennaio 2014.

La disposizione, per come redatta, appare rispondere ad una *ratio* incomprensibile. Infatti, la norma richiama «le disposizioni di cui al presente articolo», includendovi conseguentemente anche l'esposta modifica de-

gli artt. 275 e 284 c.p.p.

Dunque l'ampliamento del divieto di applicazione della custodia inframuraria sarebbe anch'esso rinviato al 2014.

Tuttavia, l'ultima parte del comma 4 dell'art. 1 fa salva «la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata».

Questa indicazione finale deve, a parere di chi scrive, costituire la chiave interpretativa dell'intero comma. Se, infatti, si prevede la possibilità di applicazione immediata della previsione dell'art. 285-*bis* c.p.p. entro i limiti di posto negli ICAM già esistenti, è evidente che devono considerarsi altrettanto immediatamente vigenti le innovazioni introdotte ai commi 1 e 2 dell'art. 1.

Infatti l'art. 285-*bis* c.p.p. può essere applicato solo sul presupposto della sua contemporaneità rispetto alla modifica introdotta dall'art. 275, comma 4, c.p.p. cui fa espresso richiamo.

Se così non fosse, la disposizione si presterebbe ad evidenti censure d'irragionevolezza.

Come anticipato, gli artt. 2 e 3 della l. n. 62 del 2011 sono dedicati alle modifiche della legge sull'ordinamento penitenziario.

L'art. 2 inserisce nel testo del 1975 una disposizione che va ad integrare il corredo di tutela già offerto dall'art. 21-*bis* alle detenute madri (od ai padri in mancanza delle prime).

Infatti l'art. 21-*ter*, al comma 1, prevede il diritto della detenuta madre di visita nei confronti del figlio minore che versi in imminente pericolo di vita o in gravi condizioni di salute.

L'autorizzazione è rilasciata dal magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, dal direttore dell'istituto.

La natura del provvedimento deve ritenersi giurisdizionale, nonostante la previsione di un potere surrogatorio del direttore d'istituto determinato da ragioni di urgenza. Lo

schema non è nuovo, essendo simile a quello già previsto dall'art. 11, comma 3, ord. penit.

Come in quel caso, pur non essendo prevista dalla disposizione, deve ritenersi necessaria una successiva ratifica dell'autorizzazione da parte del magistrato di sorveglianza.

La particolarità della previsione dell'art. 21-ter risiede nell'attribuzione della competenza al magistrato di sorveglianza anche nel caso in cui si tratti di detenuta non ancora destinataria di condanna definitiva (stante il richiamo pure alla qualità d'imputata).

In caso di ricovero ospedaliero le modalità di visita devono essere fissate con riguardo alla durata del ricovero e del decorso della patologia.

Il comma 2 prevede, invece, il diritto della detenuta (condannata, imputata od internata) di prestare assistenza al figlio di età inferiore ai dieci anni durante le visite specialistiche relative a gravi condizioni di salute.

In tal caso l'autorizzazione va rilasciata dal giudice competente per la fase non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita (la qual cosa presuppone anche una tempestiva attivazione nella presentazione della richiesta). Sarà il giudice a stabilire, poi, le modalità operative per l'esecuzione della sua ordinanza.

L'art. 3 della l. n. 62 del 2011 interviene infine sull'istituto della detenzione domiciliare, ordinaria e speciale (artt. 47-ter e 47-quinquies, ord. penit.).

Nell'art. 47-ter viene inserita (al comma 1, ultimo alinea) la previsione della possibilità di espiazione delle pene della reclusione o dell'arresto non superiori a quattro anni anche presso le case famiglia protette quando si tratti di donna incinta o madre di prole non superiore ad anni dieci di età.

La modifica introdotta nell'art. 47-quinquies ha come fine quello di precisare le modalità di attuazione della detenzione domiciliare speciale (cioè quella riguardante le detenute per le quali non ricorrono le condizioni di cui all'art 47-ter).

Al comma 1-bis, frutto dell'innovazione, si stabilisce che l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni può avvenire presso un istituto a custodia attenuata oppure, ove non sussista un concreto pericolo di recidiva o di fuga, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora.

Laddove non se ne abbia la disponibilità, l'espiazione potrà avvenire nella case famiglia protette ove istituite.

La previsione di favore appena descritta resta esclusa per le detenute condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis, ord. penit.

Chiudono l'articolato della l. n. 62 del 2011 la disposizione programmatica sulla determinazione delle caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette (affidata ad una Conferenza Stato-città ed autonomie locali) e quella sulla copertura finanziaria.

Novità sovranazionali / *Supranational News*

ELENA ZANETTI

Durante la sua 51^a riunione plenaria, svoltasi a Strasburgo il 23-27 maggio 2011, GRECO ha adottato il Rapporto di conformità sul primo e secondo ciclo di valutazione congiunti relativo all'Italia (il testo - nelle lingue ufficiali del Consiglio d'Europa - è consultabile nel sito di GRECO, all'indirizzo: www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/index_en.asp).

Il Gruppo di Stati contro la corruzione è stato istituito dal Consiglio d'Europa nel 1999 sulla base di un accordo "allargato", aperto alla partecipazione anche di Stati non membri (Risoluzione del Comitato dei ministri (99) 5 del 1° maggio 1999). Ad oggi, esso riunisce 49 Paesi: 48 facenti parte dell'area europea, a cui si aggiungono gli Stati Uniti d'America. Il mandato statutario dell'organismo consiste nel rafforzare la capacità degli Stati aderenti di combattere la corruzione attraverso una periodica verifica del grado di conformità degli ordinamenti interni agli *standard* anti-corruzione elaborati dal Consiglio d'Europa (v. art. 2 dello Statuto GRECO). A tal fine è previsto l'utilizzo di procedure dinamiche di valutazione reciproca, volte ad individuare le lacune delle politiche nazionali in tema di corruzione e a suggerire riforme legislative, istituzionali e operative adeguate. Esso intende, inoltre, costituire una sorta di "piattaforma condivisa" per lo sviluppo di buone prassi nella prevenzione e repressione della corruzione.

A far data dalla sua costituzione, GRECO ha condotto un primo ciclo di valutazione

(negli anni 2000-2002) incentrato sui temi della indipendenza, specializzazione e attività degli organi nazionali preposti a fronteggiare e combattere la corruzione e dell'ampiezza e portata delle immunità concesse ai pubblici funzionari. Un secondo ciclo di valutazione (iniziato nel 2003 e concluso nel 2006) ha interessato tre temi: *a*) individuazione dei proventi della corruzione e misure idonee a bloccarli; *b*) tempestivo accertamento e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione; *c*) corruzione e persone giuridiche. Un ulteriore ciclo di valutazione, dedicato alle fattispecie previste dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 (ETS n. 173) e alla trasparenza del finanziamento dei partiti politici, è stato avviato nel gennaio 2007 ed è tuttora in corso di svolgimento.

L'Italia ha aderito a GRECO il 30 giugno 2007, vale a dire solo in seguito alla conclusione dei primi due cicli di valutazione, per cui è stata oggetto di una verifica congiunta che ha riguardato i temi di entrambi i cicli. Secondo la procedura consueta, il rapporto di valutazione relativo al nostro Paese è stato messo a punto da un gruppo di quattro esperti internazionali, in base alle risposte fornite dalle autorità italiane agli appositi questionari (GRECO Eval I - II (2008) 3F Eval I - Part 1 e GRECO Eval I - II (2008) 3F Eval II - Part 2) e alle informazioni ottenute dai rappresentanti delle istituzioni e dagli esponenti della società civile in occasione degli incontri effettuati durante il viaggio da essi svolto in Ita-

lia nell'ottobre 2008. Scopo primario della valutazione era quello di verificare l'efficacia delle iniziative adottate dalle nostre autorità nella prospettiva degli obblighi derivanti dalle due convenzioni - penale (ETS n. 173) e civile (ETS n. 174) - del Consiglio d'Europa in tema di corruzione (peraltro non ancora ratificate dall'Italia, che le ha, ad oggi, solo firmate, rispettivamente il 27 gennaio 1999 e il 4 novembre 1999).

Per ciascuno dei temi sotto osservazione, il rapporto fornisce una descrizione della situazione accertata, corredandola con un'approfondita analisi critica. Pur dando atto dei positivi interventi realizzati dalle autorità giudiziarie italiane nell'azione di contrasto alla corruzione, si rileva però come quest'ultima continui ad essere percepita nel nostro Paese alla stregua di fenomeno «comune e generalizzato», rendendosi, di conseguenza, necessarie «azioni supplementari», nel quadro di un'efficace politica di prevenzione (§ 195).

Per sopperire alle non poche carenze riscontrate, il gruppo di esperti ha, quindi, rivolto all'Italia ben 22 raccomandazioni, di natura ad incidenza assai varia. Alcune di esse hanno rilevanza penale, diretta o indiretta (raccomandazioni *i; ii; v; vi; vii*); altre riguardano, a vario titolo, le forze di polizia (raccomandazioni: *iii; iv; viii*); altre ancora la pubblica amministrazione (raccomandazioni: *xiii; xiv; xv; xvi; xviii*) o le persone giuridiche (raccomandazioni: *xix; xx; xxi; xxii*); altre rilevano, infine, sul piano organizzativo e di coordinamento (raccomandazioni: *ix; x; xi; xii*).

Decorso, il 31 gennaio 2011, il termine concesso - ex art. 30, § 2, del Regolamento di procedura - alle autorità italiane per riferire in ordine alle misure adottate per ottemperare alle prescrizioni ricevute, interviene ora il vaglio di conformità espresso da parte di GRECO, attraverso i relatori designati - ai sensi dell'art. 31, § 1, del Regolamento - da Svizzera e Ucraina. Il giudizio complessivo

non è particolarmente positivo, dal momento che, a quanto si rileva dalle conclusioni del rapporto (§§ 114-117), il nostro Paese ha dato attuazione o ha comunque affrontato in modo soddisfacente meno della metà delle raccomandazioni formulate.

Nel dettaglio, è stata reputata sufficiente la messa in opera delle raccomandazioni *ix, xiv* e *xxii*, rispettivamente in tema di coordinamento e aggiornamento del personale degli organismi incaricati di trattare i diversi aspetti della lotta alla corruzione (§§ 54-58); di adozione di norme vincolanti nei confronti di tutti i funzionari delle pubbliche amministrazioni, ivi compresa la previsione di procedure disciplinari (§§ 72-77); di messa a punto di misure idonee a migliorare la situazione delle segnalazioni dei sospetti di corruzione e di riciclaggio agli organismi competenti (§§ 109-113).

Del pari, è stato giudicato soddisfacente il modo in cui sono state affrontate le raccomandazioni: *ii*, in tema di adeguamento della legislazione nazionale alle previsioni della convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (in proposito, le autorità italiane hanno, in particolare, dato atto della intervenuta ratifica, ad opera della l. 3 agosto 2009, n. 116 («Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento in tema e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale») delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003, §§ 15-22); *iv*, sul coordinamento tra le diverse forze dell'ordine impegnate nelle indagini sui reati di corruzione (§§ 27-31); *vii*, in merito all'introduzione della confisca *in rem*, al fine di colpire in modo più efficace i proventi della corruzione (§§ 46-49); *xii*, sulla messa a punto - nel quadro delle misure necessarie a ri-

durre i tempi delle procedure e a smaltire l'arretrato dei processi amministrativi – di soluzioni alternative alle vie di ricorso giudiziario e di altre forme di risoluzione del contenzioso (§§ 63-67); *xiii*, quanto alla accessibilità, per tutti gli organismi della pubblica amministrazione, delle risorse di *audit* interne, sia in modo diretto, che in forma condivisa (§§ 68-71).

Del tutto peculiare, poi, il caso della raccomandazione *vi*, relativa alla necessità di apportare modifiche alla l. 23 luglio 2008, n. 124 («*Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*»), al fine di prevenire le possibili ricadute negative di eventuali sospensioni sui processi in materia di corruzione, specie in caso di ipotesi di flagranza o di procedimenti in stadio avanzato. La sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge *de qua*, a seguito della sentenza costituzionale 19 ottobre 2009, n. 262 ha, infatti, consentito di ritenere, in concreto, superate le preoccupazioni espresse al riguardo dal gruppo di esperti (per inciso, a riprova di quanto il tema sia sensibile per il nostro ordinamento, il rapporto dedica un cenno, in termini analoghi, anche alla l. 7 aprile 2010, n. 51, adottata dopo la conclusione dei precedenti cicli di valutazione congiunti e per questo non menzionata nella raccomandazione stessa, dando atto della ulteriore dichiarazione di incostituzionalità intervenuta con sentenza 25 gennaio 2011, n. 23, §§ 42-45).

Quanto alle restanti raccomandazioni, il rapporto constata come esse siano state adempiute solo in parte (raccomandazioni: *i*; *iii*; *v*; *viii*; *x* e *xvi*) o non lo siano state affatto (raccomandazioni: *xi*; *xv*; *xvii*; *xviii*; *xix*; *xx* e *xxi*).

In particolare, pur apprezzando gli sforzi compiuti dal legislatore italiano per promuovere la trasparenza e l'efficacia dell'azione della pubblica amministrazione e per coin-

volgere attivamente i cittadini nei processi di riforma, è stata considerata insufficiente la messa a punto di una politica "globale" anticorruzione che contempra prevenzione, individuazione, indagini e repressione dei reati di corruzione, di cui alla raccomandazione *i* (§§ 7-14). Da segnalare, in questo ambito, che per effetto della intervenuta ratifica della Convenzione ONU contro la corruzione, il Dipartimento della funzione pubblica è stato designato – ai sensi dell'art. 6 della convenzione stessa – quale autorità nazionale per la lotta alla corruzione e che il 1° marzo 2010 il Consiglio dei ministri ha varato il d.d.l. S 2156, in tema di prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (già approvato, in prima lettura, dal Senato il 15 giugno 2011 e attualmente all'esame della Camera).

Eguale parziale l'adeguamento alla raccomandazione *v*, in tema di razionalizzazione dei processi per corruzione: al riguardo GRECO osserva, infatti, come l'analisi effettuata dalle autorità italiane non soddisfi le finalità della raccomandazione stessa, essendo limitata ad una mera raccolta dei dati, non seguita da una elaborazione coerente rispetto alla durata dei giudizi e alla percentuale dei casi di prescrizione. In proposito si stigmatizza la mancata introduzione di misure più energiche, anche nella prospettiva della risoluzione CM/ResDH (2010) 224 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che ha rilevato l'eccessiva durata dei processi civili, penali e amministrativi nel nostro Paese, sottolineando come tale lentezza rappresenti ormai un grave problema strutturale da risolvere (§§ 32-41).

Anche la raccomandazione *viii* ha ricevuto – ad avviso di GRECO – un'attuazione inadeguata (§§ 50-53). Alla richiesta di introdurre misure appropriate per valutare l'efficacia dell'attività delle forze dell'ordine nei confronti dei proventi della corruzione, spe-

cie sotto forma di confisca, anche nell'ambito della cooperazione internazionale, le autorità italiane hanno dato seguito con l'istituzione del Sistema Informatico Prefetture e Procure d'Italia (SIPPI). Il servizio, operativo, solo dal gennaio 2011, nella raccolta dei dati sui procedimenti di sequestro e confisca per l'intero territorio nazionale rappresenta un primo passo verso la creazione di una efficiente banca dati centralizzata. Attesa l'esiguità del periodo di riferimento, il giudizio sulla funzionalità del sistema è stato comunque differito al momento in cui esso entrerà a regime.

In conclusione, il rapporto non manca, comunque, di segnalare l'impegno concreto che il nostro Paese ha manifestato sia rispetto alla riforma della pubblica amministrazione in atto, sia nella lotta al riciclaggio, o ancora per incentivare le attività di formazione e per favorire la condivisione e lo scambio di informazioni tra i diversi soggetti attivi sul fronte della lotta alla corruzione. Si valuta, inoltre, positivamente la futura adozione di nuovi strumenti *ad hoc*, quali una legge-quadro sulla corruzione, volta a facilitare un'azione più coordinata in questo am-

bito, ad esempio attraverso la creazione di un Piano nazionale e di una Rete nazionale anti-corruzione e di un Osservatorio sui fenomeni di corruzione (§ 115).

Per contro, il rapporto deplora come altre questioni siano state oggetto di scarsa attenzione o siano state addirittura ignorate. È, ad esempio, il caso della mancata adozione di codici di condotta rivolti ai membri del governo, della prevenzione dei conflitti d'interesse, della protezione degli informatori, del rafforzamento delle disposizioni in materia di lotta alla corruzione nel settore privato. In quest'ottica si raccomanda alle autorità di intensificare gli sforzi per diffondere presso il grande pubblico il messaggio che nessuna forma di impunità sia tollerata in materia di corruzione: un tale messaggio non può che fondarsi su misure concrete e rigorose.

Di conseguenza, GRECO sollecita le nostre autorità a proseguire nell'azione intrapresa al fine di affrontare in modo rapido anche le raccomandazioni rimaste, per ora, in sospeso. Le informazioni supplementari richieste all'Italia in ordine alla loro attuazione dovranno essere trasmesse entro il termine del 30 novembre 2012.

De jure condendo

GIOIA SAMBUCCO

Il Consiglio dei Ministri, nella riunione del 9 giugno 2011, ha approvato lo schema di decreto legislativo concernente il «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*», proposto dall'on. Alfano e dall'on. Maroni, in attuazione delle deleghe previste dagli artt. 1 e 2 l. 13 agosto 2010, n. 136 (*"Piano straordinario contro le mafie"*), che avevano sancito l'indefettibile necessità di procedere alla ricognizione della normativa vigente in materia di contrasto alla criminalità organizzata, al fine di armonizzare la suddetta normativa e di coordinarla anche con le disposizioni in materia di misure di prevenzione.

La relazione illustrativa della bozza del Codice delle leggi antimafia motiva la ragione dell'intervento nella copiosità della legislazione - che investe una pluralità di ambiti, sostanziale, processuale, penitenziario e amministrativo - e nella sua eccessiva frammentazione e stratificazione nel corso degli anni. Una situazione che, soprattutto per specifici profili della normativa antimafia (in particolare per le misure di prevenzione), rende attualmente difficile all'interprete una ricostruzione esaustiva della disciplina vigente, nonché problematica una sua effettiva ed efficace applicazione.

Il codice si compone di 132 articoli, suddivisi in cinque libri: il primo è dedicato alla criminalità organizzata di tipo mafioso; il secondo alle misure di prevenzione; il terzo alle nuove disposizioni in materia di docu-

mentazione antimafia; il quarto alle attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata ed alla Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata; il quinto, infine, concerne le modifiche al codice penale e alla legislazione penale complementare.

È opportuno soffermarsi sulle innovazioni normative apportate dal nuovo codice con particolare riferimento a quelle di natura penale sostanziale e processuale.

Per ciò che concerne il libro I, sono presenti disposizioni penali già vigenti, non introducendosene di nuove, ad esclusione di quelle inscindibilmente integrate nel vigente tessuto normativo (ad es. quelle inerenti le misure cautelari per delitti di mafia).

Nello specifico, i primi quattro articoli inseriti nel capo I, rubricato "I delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso" riproducono: l'art. 1, la fattispecie di associazione per delinquere di tipo mafioso già prevista *sub* art. 416-*bis* c.p., ad eccezione del comma 7 che trova una specifica disciplina nell'art. 7 del nuovo codice; l'art. 2, il delitto di scambio elettorale politico-mafioso già codificato *sub* art. 416-*ter* c.p. per il quale è prevista l'applicabilità della pena stabilita all'art. 1, comma 2, per i promotori dell'associazione (reclusione da 9 a 14 anni); l'art. 3, l'applicazione delle misure di sicurezza già prevista *sub* art. 417 c.p.; l'art. 4, il delitto di assistenza alla criminalità organizzata (art. 418 c.p.).

Il capo II del codice, che si compone di due

articoli, 5 e 6, richiama le circostanze aggravanti e attenuanti per i reati connessi ad attività mafiose, rispettivamente: le une già disciplinate *sub* art. 7, d.l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991 e art. 7, comma 4, d.l. n. 419/1991, conv. in l. n. 172/1992 relativamente al solo art. 416-*bis* c.p., le altre *sub* art. 8 d.l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991.

Il capo III del codice, composto da due articoli normativi, è poi dedicato alla confisca. Precisamente, l'art. 7 riproduce la confisca obbligatoria delineata *sub* art. 416-*bis*, comma 7, c.p., per i condannati di fattispecie mafiosa, mentre l'art. 8 riproduce testualmente quanto già previsto per la confisca dall'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, conv. in l. n. 356/1992, e per il sequestro preventivo dall'art. 321, comma 2, c.p.p.

Al comma 2 dell'art. 8 è poi introdotta una ulteriore ipotesi di confisca in relazione ai soli delitti aggravati ai sensi dell'art. 5, comma 1, delineati nel codice: precisamente il disposto normativo *de quo* sancisce che quando, nei casi indicati al comma 1 dell'art. 8, non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona. Stando al tenore letterale del disposto, dovrebbe, anch'essa, come quella disciplinata al comma 1, ritenersi obbligatoria.

Nell'art. 9 - inserito nell'ambito del capo IV del codice dedicato a "*Le indagini per i delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso*" - sono disciplinate le intercettazioni preventive, ricalcando quanto già previsto in argomento dall'art. 25-*ter* del d.l. n. 306/1992, conv. in l. n. 356/1992.

Nello specifico, facendo salvo quanto previsto dall'art. 226 norme att. c.p.p., si prevede che su richiesta del Ministro dell'interno o, per sua delega, del direttore della Direzione

investigativa antimafia, dei responsabili a livello centrale dei servizi centrali e interprovinciali di cui all'art. 12 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203, o del questore, il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove le operazioni devono essere eseguite può autorizzare con decreto l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione ovvero del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, nonché l'intercettazione di comunicazioni tra presenti anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., quando le intercettazioni medesime siano necessarie per la attività di prevenzione e di informazione in ordine ai delitti di associazione di tipo mafiosa anche straniera, ovvero ai delitti aggravati ai sensi dell'art. 5, comma 1, indicati nel codice. È altresì precisato che la durata delle operazioni non possa superare i 40 giorni, eventualmente prorogabile dal procuratore della Repubblica con decreto motivato per periodi successivi di 20 giorni, qualora permangano i presupposti indicati nel comma 1. Inoltre, il procuratore della Repubblica può autorizzare che le operazioni di intercettazione siano eseguite anche con impianti diversi da quelli esistenti presso la procura della Repubblica.

Infine, il comma 3 dell'art. 8 esclude l'utilizzabilità degli elementi acquisiti attraverso le intercettazioni, precisando che questi «sono privi di ogni valore ai fini processuali» e che le registrazioni, una volta ultimate le operazioni, devono essere trasmesse al procuratore della Repubblica che ha autorizzato le operazioni medesime.

L'art. 10 del codice, poi, innova la speciale normativa in tema di controlli, ispezioni e perquisizioni già delineata *sub* art. 27, commi 1 e 2, l. n. 55 del 1990, con riferimento all'art. 416-*bis* c.p. ed alle aggravanti di mafia, pre-

vedendo, dunque, che gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, nel corso di operazioni di polizia per la prevenzione e la repressione del delitto di associazione mafiosa e di quelli commessi in relazione ad esso, possano procedere in ogni luogo al controllo ed all'ispezione dei mezzi di trasporto, dei bagagli e degli effetti personali qualora abbiano il fondato motivo di ritenere che possano essere rinvenuti denaro o valori costituenti il prezzo della liberazione della persona sequestrata, o provenienti dai delitti predetti, nonché armi, munizioni o esplosivi. Dell'esito dei controlli e delle ispezioni è redatto processo verbale in appositi moduli, trasmessi entro 48 ore al procuratore della Repubblica, il quale, se ne ricorrono i presupposti, procede alla relativa convalida entro le successive 48 ore. Nelle medesime circostanze, in casi eccezionali di necessità ed urgenza che non consentono un tempestivo provvedimento dell'autorità giudiziaria, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono altresì procedere a perquisizioni, dandone notizia, senza ritardo, e comunque entro 48 ore, al procuratore della Repubblica il quale, se ne ricorrono i presupposti, le convalida entro le successive 48 ore. Gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, altresì, procedere a perquisizioni locali di interi edifici o di blocchi di edifici dove abbiano fondato motivo di ritenere che si trovino armi, munizioni o esplosivi ovvero che sia rifugiato un latitante o un evaso in relazione ai delitti di cui all'art. 1 o ai delitti aggravati ai sensi dell'articolo 5, comma 1.

Il comma 4 della disposizione precisa inoltre che, nel corso delle operazioni di perquisizione, può essere sospesa la circolazione di persone e di veicoli nelle aree interessate. Infine, è altresì sancito, al comma 5 dell'art. 10, che delle operazioni di perquisizione deve essere data notizia immediatamente, e comunque entro 12 ore, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del luogo in

cui le operazioni sono effettuate il quale, se ne ricorrono i presupposti, le convalida entro le successive 48 ore.

Per ciò che concerne il libro II del codice, intitolato "*Le misure di prevenzione*", questo oltre a riunire ed aggiornare le norme in materia introdotte in oltre 50 anni di legislazione, coordinandole con le riforme approvate nel corso dell'attuale legislatura quali l'istituzione dell'Agenzia dei beni confiscati e le disposizioni introdotte con i vari "pacchetti sicurezza", introduce nuove importanti disposizioni, sia di natura procedurale, sia di natura sostanziale.

Le principali novità contenute nel libro II concernono, in estrema sintesi, da un lato il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione nell'ambito del quale il soggetto interessato potrà - per effetto dell'art. 17, comma 1 - richiedere che si proceda in pubblica udienza; dall'altro, il termine di durata del sequestro di prevenzione. In ordine a tale ultimo istituto, secondo la disposizione introdotta *sub* art. 34, comma 2, il sequestro perde efficacia qualora il procedimento di primo grado o il procedimento di appello durino ciascuno più di 1 anno e 6 mesi. Inoltre è anche previsto analogamente alla confisca, che la misura del sequestro possa eventualmente essere prorogata di 6 mesi e per non più di due volte in caso di indagini complesse.

Parimenti innovativa è la disciplina conosciuta nello schema del codice relativamente alla revocazione della confisca; ai rapporti tra sequestro di prevenzione e sequestro penale; alla tutela dei terzi; ai rapporti con le procedure concorsuali ed agli effetti fiscali del sequestro.

Per ciò che concerne la revocazione della confisca, l'art. 38, inserito nell'ambito del capo III, sancisce che questa possa essere richiesta, nelle forme previste dalla revisione *ex* art. 630 c.p.p., entro 6 mesi dalla data in

cui si verifica uno dei casi strettamente codificati, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile, riconducili alle seguenti tre ipotesi: in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento; quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca; ovvero, quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.

La disposizione *de qua* va letta e coordinata con quella di cui all'art. 56, che prevede altresì che in caso di accoglimento dell'istanza di revocazione, gli eventuali diritti del "sottoposto" ovvero di terzi potranno essere soddisfatti soltanto con la corresponsione di una somma pari, al massimo, al valore di mercato del bene determinata dal Tribunale che, a seconda dei casi, ne ordinerà il pagamento a carico del Fondo Unico Giustizia, qualora il bene sia stato venduto, ovvero dell'amministrazione assegnataria, in tutti gli altri casi.

Le due disposizioni oltre ad esprimere un chiaro *favor* nei confronti degli enti assegnatari (nella maggior parte dei casi Comuni) in grado di gestire e valorizzare i beni confiscati senza timore di doverli restituire, sembrano ispirarsi e fare propri i principi già affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza del 25 ottobre 2007 che ha sottolineato le similitudini esistenti tra la confisca di prevenzione e l'espropriazione per pubblica utilità.

In ordine, invece, ai rapporti tra il sequestro di prevenzione e il sequestro penale, nello schema di decreto legislativo, il capo IV intitolato "*Rapporti con i procedimenti penali*"

si compone di due sole disposizioni normative (artt. 39-40), che chiariscono entrambe come il sequestro e la confisca di prevenzione possano essere disposti anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale. Tuttavia l'art. 40 precisa che, in tal caso, l'amministrazione e la gestione devono seguire le norme sulla prevenzione e, quindi, la custodia giudiziale dei beni sequestrati nel processo penale deve essere affidata all'amministratore giudiziario, che provvede alla gestione dei beni stessi ed a comunicare al giudice del procedimento penale, previa autorizzazione del tribunale che ha disposto la misura di prevenzione, copia delle relazioni periodiche.

È altresì previsto che, in caso di revoca del sequestro ovvero della confisca di prevenzione, il giudice del procedimento penale provvede alla nomina di un nuovo custode, salvo che ritenga di confermare l'amministratore.

Il comma 2 dell'art. 40 precisa altresì che se la confisca definitiva di prevenzione interviene prima della sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca dei medesimi beni in sede penale, si procede in ogni caso alla gestione, vendita, assegnazione o destinazione ai sensi del titolo III. Il giudice, ove successivamente disponga la confisca in sede penale, dichiara la stessa già eseguita in sede di prevenzione. Diversamente - ipotesi delineata al comma 3 della disposizione *de qua* - se la sentenza irrevocabile di condanna che ordina la confisca interviene prima della confisca definitiva di prevenzione, il tribunale, ove successivamente disponga la confisca di prevenzione, dichiara la stessa già eseguita in sede penale.

Ulteriore *novum* disciplinato dallo schema del decreto legislativo è quello concernente "*La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*", profili entrambi disciplinati nell'ambito del titolo IV.

L'art. 62, che persegue l'obiettivo di disci-

plinare la posizione del terzo creditore rispetto al procedimento di prevenzione, sancisce che la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ove ricorrano precise condizioni precipuamente indicate: a) che l'escussione del restante patrimonio del "preposto" sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati; b) che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; c) nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale; d) nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso). Nella stessa disposizione (art. 62, comma 3) vengono anche delineati i criteri di giudizio di cui deve tener conto il Tribunale per la valutazione della buona fede del terzo (condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi).

Al fine di garantire i creditori dalle possibili interferenze illecite nella liquidazione quando sia stato disposto un sequestro successivamente alla dichiarazione di fallimento, l'art. 74 dello schema di d.lgs. precisa che i beni sequestrati sono sottratti alla massa fallimentare e con decreto non reclamabile emanato dal giudice del fallimento sono gestiti dall'amministratore giudiziario.

Infine, relativamente al libro II, degna di nota è anche la previsione di cui all'art. 87 che amplia le condizioni ed i presupposti fis-

sati *sub* art. 384 c.p.p. per procedere al fermo di indiziato di delitto dei soggetti individuati nell'art. 14, purché si tratti di reato per il quale è consentito l'arresto facoltativo in flagranza ai sensi dell'articolo 381 c.p.p. L'art. 87, pertanto, richiama tutte le categorie di individui già indicati *sub* art. 14 come "potenzialmente" destinatari del procedimento di prevenzione che, precisamente, sono: a) gli indiziati di appartenere alle associazioni di tipo mafioso; b) i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. ovvero del delitto di cui all'art. 12-*quinq*ues, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356; c) i soggetti indicati all'art. 11 dello schema di d.lgs. (e precisamente: coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; coloro che, per la condotta ed il tenore di vita, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; coloro che, per il loro comportamento, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica); d) coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale; e) coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della l. 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; f)

coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della citata l. n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; g) fuori dei casi indicati nelle lett. d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella l. 2 ottobre 1967, n. 895, e negli artt. 8 e seguenti della l. 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lett. d); h) gli istigatori, i mandanti ed i finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti; i) le persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 della l. 13 dicembre 1989, n. 401.

Il libro III dello schema di d.lgs. costituisce un'attuazione specifica della delega contenuta nella l. 13 agosto 2010, n. 136 modificando, aggiornando ed integrando la disciplina della documentazione antimafia, frutto di una stratificazione normativa, le cui principali tappe sono rappresentate: dalla l. 31 maggio 1965, n. 575, dal d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 e dal d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252.

In particolare, la nuova disciplina valorizza, nell'art. 103, l'istituto delle c.d. informazioni prefettizie, ampliando l'elenco delle fattispecie di reato dalle quali desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa: turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.); turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis c.p., fattispecie peraltro introdotta con il Piano straordinario); truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.), nonché tutte le fattispecie previste dall'art. 12-*quinquies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356 (tra le quali, ad esempio l'estorsione (art. 629 c.p.), l'associazione di

tipo mafioso (416-bis c.p.), il sequestro di persona a scopo di rapina od estorsione (art. 630 c. p.), l'usura (art. 644 c. p.) ecc.

L'art. 106 inoltre, istituisce, presso il Ministero dell'interno, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse strumentali e finanziarie, la banca dati nazionale unica della documentazione antimafia che consente la consultazione dei dati acquisiti nel corso degli accessi nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici disposti dal prefetto e, tramite il collegamento ad altre banche dati, può contenere ulteriori dati anche provenienti dall'estero (art. 108). Così come espresso nella relazione illustrativa, la banca dati, accessibile anche dalle camere di commercio, industria ed artigianato e dagli ordini professionali (art. 107), «consentirà di ottenere evidenti benefici in termini di semplificazione e di risparmio di risorse per tutti i soggetti coinvolti: prefetture, stazioni appaltanti, imprese, con conseguente maggiore celerità del procedimento di aggiudicazione di contratti».

Il IV libro coordina le disposizioni vigenti in tema di Procura nazionale antimafia (artt. 76-bis, 76-ter, 110-bis e 110-ter del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), Direzione distrettuale antimafia, (art. 70-bis del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata, Direzione investigativa antimafia (artt. 1, 3, 3-bis, 4 e 5 del d.l. 29 ottobre 1991, n. 345, conv. nella l. 30 dicembre 1991, n. 410). Trattasi, per lo più, di disposizioni relative alle attribuzioni a ciascun Ufficio, anche concernenti l'applicazione e la designazione dei magistrati in casi particolari, che, forse, più opportunamente potevano essere contenute nell'ordinamento giudiziario piuttosto che nel d.d.l. oggetto di disamina.

Inoltre, nel medesimo libro, al titolo II, sono contenute le disposizioni normative relative all'istituzione (art. 122) ed al funzionamento (art. 125) dell'Agenzia nazionale per l'ammi-

nistrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

I compiti istituzionalmente affidati all'Agenzia sono precipuamente indicati nell'art. 122 e consistono: a) nella acquisizione dei dati relativi ai beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata nel corso dei procedimenti penali e di prevenzione; acquisizione delle informazioni relative allo stato dei procedimenti di sequestro e confisca; verifica dello stato dei beni nei medesimi procedimenti; accertamento della consistenza, della destinazione e dell'utilizzo dei beni; programmazione dell'assegnazione e della destinazione dei beni confiscati; analisi dei dati acquisiti, nonché delle criticità relative alla fase di assegnazione e destinazione; b) nell'ausilio dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione e custodia dei beni sequestrati nel corso del procedimento di prevenzione di cui al libro II, titolo III; c) nell'ausilio dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione e custodia dei beni sequestrati, nel corso dei procedimenti penali per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., e amministrazione dei predetti beni a decorrere dalla conclusione dell'udienza preliminare; d) nella amministrazione e destinazione dei beni confiscati in esito del procedimento di prevenzione disciplinato nel libro II, titolo III dello schema del codice; e) nella amministrazione e destinazione dei beni confiscati, anche ai sensi dell'art. 8 del d.d.l. oggetto di disamina dell'articolo 12-sexies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni, in esito ai procedimenti penali per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p.; f) nella adozione di iniziative e di provvedimenti necessari per la tempestiva assegnazione e destinazione dei beni confiscati, anche attraverso la nomina, ove necessario, di commissari *ad acta*.

Il libro V infine contiene le norme transito-

rie, di coordinamento, di abrogazione e di modifica della legislazione vigente che si rendono necessarie a seguito dell'intera operazione di riordino derivante dall'entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione e nuove norme in materia di documentazione antimafia. Tuttavia è da rilevare, inspiegabilmente, come *ivi* non si proceda ad abrogare espressamente né a prevedere norme transitorie relativamente alle (nuove) disposizioni contenute nel libro I e II dello schema del codice.

Indubbiamente, l'obiettivo della redazione di un testo unico delle leggi antimafia è assolutamente condivisibile stante la non procrastinabilità e la necessità di procedere ad una sistematica organizzazione della complessa materia.

Tuttavia, il fatto di aver per lo più proceduto ad una attività meramente ricognitiva di disposizioni già vigenti, raccogliendole, le une con le altre, in un unico testo, pare non mostrare un loro effettivo approfondimento – come invece auspicato – con il rischio che potrebbero intensificarsi i problemi interpretativi che, già di per sé, queste norme hanno creato.

Dopo l'approvazione del Consiglio dei Ministri, lo schema del d.lgs. è stato trasmesso il 15 giugno 2011 all'esame del Parlamento che, a sua volta, avrà sessanta giorni per esprimere il suo parere. Entrambi i ministri proponenti hanno sollecitato le Camere ad un "lavoro celere", per fare in modo che il Consiglio dei Ministri riesca in tempi brevi a dare il via libera definitivo al decreto *de quo*.

* * *

In data 21 giugno 2011 è stato assegnato all'esame della Commissione Giustizia del Senato il progetto di legge S. 2785 – «*Modifiche agli articoli 117 e 371-bis c.p.p. in materia di poteri di coordinamento del procuratore nazionale antimafia*».

Il d.d.l., valutato in abbinamento con la proposta d'iniziativa del sen. Alberto Mari-tati ed altri, persegue l'obiettivo della chiari-ficazione legislativa delle disposizioni nor-mative concernenti le funzioni e le prero-gative del Procuratore nazionale antimafia, nonché il suo coordinamento con le procure distrettuali. Consta soltanto di due articoli: l'art. 1 modifica l'art. 117 c.p.p., rubricato «*Richiesta di copie e di informazioni da parte del pubblico ministero*», mentre l'art. 2 modifica l'art. 371-bis c.p.p. in tema di attività di coor-dinamento del Proc. Naz. ant.

Le disposizioni dell'art. 1 d.d.l. si incentra-no sul potenziamento dell'efficienza e del coordinamento delle indagini in tema di cri-minalità organizzata, con particolare riferi-mento alla circolazione delle informazioni e dei dati tra Proc. Naz. ant. e procure distret-tuali, autorizzando non soltanto la materiale trasmigrazione di atti da un procedimento ad un altro, ma anche la semplice consulta-zione, in deroga al c.d. segreto «interno».

In particolare, con una prima disposizio-ne, l'art. 1 d.d.l. sostituisce il comma 2-bis dell'art. 117 c.p.p., già modificato per effetto della l. 15 luglio 2009, n. 94, e sancisce che «il procuratore nazionale antimafia, nell'am-bito delle funzioni previste dall'articolo 371-bis, accede al registro delle notizie di reato e ai registri di cui all'articolo 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ed acquisisce informazio-ni e copie degli atti relativi ai procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché degli atti relativi ai procedi-menti di prevenzione antimafia. Il procura-tore nazionale antimafia può altresì accedere ai registri delle notizie di reato e dei proce-dimenti di prevenzione istituiti presso le procure ordinarie».

Il medesimo articolo 1 d.d.l., poi, aggiunge un nuovo comma (2-ter) all'art. 117 c.p.p., de-dicato alla istituzione, presso le direzioni di-strettuali antimafia, di banche dati nelle quali

deve essere inserita la documentazione degli atti di indagine relativa ai procedimenti pe-nali e di prevenzione, secondo le direttive appositamente impartite dal Proc. Naz. ant. In verità, la possibilità per il Proc. Naz. ant. di accedere alle banche dati è già contempla-ta nell'attuale formulazione dell'art. 117-bis, introdotta dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356; tuttavia, il d.d.l. in discorso, volendo rinforzare le sue funzioni anche in tale materia, ha specificato la previ-sione *de qua*, indicando le linee guida prati-che per la realizzazione di tale particolare at-tività di coordinamento e attribuendo al Proc. Naz. ant. il ruolo di esclusivo "regista".

In ordine a quest'ultimo profilo, l'art. 1 d.d.l., inoltre, inserisce un ulteriore comma 2-quater all'art. 117-bis che assicura al Proc. Naz. ant., ovviamente per le finalità connes-se all'esercizio delle sue funzioni, di accede-re alle banche dati, garantendo collegamenti reciproci in un unico sistema informativo con la banca dati istituita.

Da segnalare, altresì, l'art. 2 d.d.l., che mo-difica, integrandolo, il contenuto del dispo-sto normativo *ex art. 371-bis c.p.p.*; quest'ul-tima norma, pur attribuendo al Proc. Naz. ant. una funzione di impulso finalizzata al coordinamento tra le direzioni distrettuali, attualmente non gli riconosce alcun diritto di ottenere copia degli atti d'indagine. L'art. 2 d.d.l. interviene proprio in ordine a tale pro-filo, attuando una sorta di "chiarificazione legislativa" del disposto: l'obiettivo - espres-so nella relazione illustrativa del d.d.l. - in caso di mancata collaborazione tra procure distrettuali e Proc. Naz. ant., è quello di «non consentire più alcun equivoco o interpreta-zione restrittiva del testo attualmente vigen-te», con l'attribuzione al medesimo di un ve-ro e proprio diritto soggettivo alla trasmi-grazione degli atti presso il suo ufficio.

In effetti, l'assenza - sino ad ora - di una esplicita previsione di legge idonea a supe-

rare l'eventuale *impasse* determinato dalla mancata collaborazione istituzionale da parte delle procure distrettuali ha talora finito col mutilare, di fatto, l'esercizio delle funzioni del Proc. Naz. ant. sancite dall'art. 371-*bis* c.p.p.

Peraltro, al fine di evitare che l'auspicata nuova normativa possa restare una mera affermazione di principio, priva di concreta e completa applicazione, l'art. 2 d.d.l. inserisce anche un ulteriore comma nella formulazione attuale dell'art. 371-*bis* c.p.p., prevedendo che la persistente omessa trasmissione di copia degli atti richiesti dal Proc. Naz. ant. costituisca autonoma ipotesi di avocazione del procedimento.

* * *

Al cospetto della Commissione Giustizia della Camera si trova il d.d.l. C. 4310, d'iniziativa dell'on. Salvatore Torrìsi, recante «*Modifica all'art. 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per ingiusta detenzione*».

Il d.d.l. non intacca minimamente lo schema procedimentale dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione delineato *sub* art. 315 c.p.p., ma, esclusivamente, il limite sancito - per effetto della l. 16 dicembre 1999, n. 479 - al comma 2 della citata disposizione, secondo cui l'entità della riparazione non può comunque eccedere euro 516.456,90.

Nonostante anche nella formulazione originaria dell'art. 315 c.p.p. fosse previsto un limite all'entità della riparazione per ingiusta detenzione, pari a 100 milioni di lire, evidentemente dettato dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica, la limitazione nella quantificazione è da sempre stata ritenuta inopportuna e discutibile, sulla base essenzialmente di due ordini di ragioni, entrambe riproposte nella relazione al d.d.l. C. 4310.

In primis si è rilevato come la previsione di un limite massimo di indennizzo conduce ad

escludere l'ammissibilità di forme di riparazione diverse dalla corresponsione *sic et simpliciter* di una somma di denaro, preferibili, in talune ipotesi, per una più efficace funzione ristoratrice dei pregiudizi morali e familiari, quali, ad esempio la costituzione di una rendita vitalizia ed il ricovero in un istituto a spese dello Stato, astrattamente configurabili, entrambe, in forza del rinvio espresso *sub* art. 315, comma 3, c.p.p. alla disciplina della riparazione dell'errore giudiziario.

Inoltre, la fissazione di un tetto massimo di indennizzo appare incompatibile con l'assenza di una rigida predeterminazione quantitativa della prestazione e della impossibilità di enucleare rigidamente uno schema dei criteri di calcolo. Al riguardo, nella relazione al d.d.l. è stato ribadito come la fissazione di un limite massimo altera, se non addirittura stravolge, la fisionomia dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione e dei relativi criteri di valutazione poiché mortifica il criterio guida della valutazione equitativa, apparendo del tutto inadeguata a soddisfare le pretese riparatorie, peraltro in assenza di un meccanismo di rivalutazione capace di sottrarre la somma liquidabile alla spirale della svalutazione monetaria.

Per entrambe le ragioni sopra brevemente richiamate, il d.d.l. C. 4310, che si compone di due soli articoli, propone di abrogare il comma 2 dell'art. 315 c.p.p. (art. 1), e, per far fronte al maggior onere derivante dall'attuazione del d.d.l., valutato in 30 milioni di euro per l'anno 2011 e in 60 milioni di euro a decorrere dall'anno 2012, propone di incrementare, sulla base del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, le aliquote di base sui tabacchi lavorati previste dall'allegato I annesso al T.U. delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative, di cui al d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, e successive modificazioni (art. 2).

Corti europee / *European Courts*

LUCA PERRI

Nell'ultimo bimestre, la Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata sulle condotte dei soldati russi di stanza sul territorio della Repubblica federata della Cecenia.

L'ultima decisione - Corte e.d.u. 14 giugno 2011, Req. n. 20303/07, *Movsayevi c. Russia* - rappresenta solo uno dei frequenti epiloghi giudiziari delle ordinarie violazioni dei diritti fondamentali perpetrate in quei luoghi (a titolo d'esempio, il giudice di Strasburgo aveva da pochissimo statuito su vicende assai simili, con le decisioni 7 giugno 2011, Req. n. 28566/07, *Gerasiyev e Altri c. Russia*; Req. n. 27441/07, *K. e Altri c. Russia* e Req. n. 27459/07, *Vitayeva e Altri c. Russia*). La prassi abituale prevede che nel corso di "operazioni di sicurezza" i soldati federali sequestrino un cittadino ceceno, sotto gli occhi di familiari impotenti, per poi permetterne il ritrovamento del cadavere a distanza di poco tempo.

Di particolare interesse è la condotta processuale dello Stato resistente: dinanzi alle lamentele dei familiari - perlopiù riguardanti lesioni degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), 5 (diritto alla libertà ed alla sicurezza) e 13 (inadeguatezza delle indagini e l'inesistenza di un effettivo rimedio giudiziale nell'ordinamento interno) - si limita a sottolineare passivamente la carenza del materiale probatorio prodotto dai ricorrenti.

Il nodo logico-giuridico della decisione del 14 giugno scorso riguarda proprio questo aspetto: dinanzi alla paventata lesione di un

diritto fondamentale, quali quelli tutelati dagli artt. 2 e 3 della Convenzione, la Corte non può non prestare particolare impegno nel vaglio delle concrete modalità di svolgimento della vicenda. Nel caso di specie, in particolare, era evidente la difficoltà del ricorrente di addurre prove a sostegno dei fatti asseriti, per dimostrare, secondo il consueto canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", che a commettere l'omicidio erano state le forze russe e non - come ventilato dalla parte resistente - bande criminali locali.

A fronte dell'impossibilità assoluta di accertare l'implicazione degli agenti federali russi nel rapimento e nel successivo omicidio di Movsayev, la Corte ha deciso - qui la parte essenziale del ragionamento - di traslare interamente l'onere della prova in capo al Governo russo, che era tenuto a dimostrare la completezza e l'efficienza delle indagini svolte, in quanto unico soggetto ad essere (o a dover essere) in possesso della documentazione rilevante per l'accertamento delle dinamiche del caso.

Secondo una prassi, purtroppo consolidata, anche in questo caso le indagini compiute dall'Autorità locale si erano rivelate meramente apparenti. Fatto, questo, dimostrato dalla produzione di un fascicolo d'indagine di 157 pagine, da cui, però, non era possibile ricavare un quadro completo del reale svolgimento dei fatti: clamorosi ritardi nell'iscrizione della notizia di reato, accertamenti svolti *pro forma* e la mancanza di partecipazione della persona offesa costituivano ulte-

riori chiari indizi della volontà di non portare a termine indagini “scomode”.

Anche in decisioni relative all'Italia, il giudice di Strasburgo aveva avuto modo di e-nucleare i canoni essenziali dell'indagine *effettiva*: dimostrata la completezza della stessa, lo Stato è liberato da responsabilità per l'indiretta violazione dell'art. 2 Cedu. Quella posta in capo agli Stati è una vera e propria obbligazione di mezzi (e non di risultato): si necessita la conduzione dell'inchiesta da parte di un soggetto indipendente da quelli coinvolti, che sia, dunque, in grado di stabilire la liceità o meno del ricorso alla forza e che, da ultimo, riesca ad identificare e punire i soggetti responsabili dell'atto di violenza (si veda la decisione Corte e.d.u., 26 luglio 2006, Req. n. 69481/01, *Bazorkina c. Russia*, §§ 117-119). Ancora, le Autorità, nell'ambito di indagini tempestive e complete, sono tenute alla raccolta di ogni tipo di elemento probatorio: testimoniale (Corte e.d.u., 8 luglio 1999, Req. n. 23763/94, *Tanrikulu c. Turchia*, § 109) o di altra natura (sulla prova scientifica, Corte e.d.u., 14 dicembre 2000, Req. n. 22676/93, *Gül. c. Turchia*, § 89), compreso l'esame autoptico, che è l'unico a riportare una registrazione accurata ed oggettiva dei dati clinici e delle lesioni riportate dalla vittima (Corte e.d.u., 27 giugno 2000, Req. n. 21986/93, *Salman c. Turchia*, § 106).

Linee guida, queste, ribadite anche nelle sentenze che hanno visto il coinvolgimento del nostro Paese, in occasione delle delicatissime vicende Giuliani ed Alikaj (Corte e.d.u., 24 marzo 2011, Req. n. 23458/02, *Giuliani e Gaggio c. Italia* e 29 marzo 2011, Req. n. 47357/08, *Alikaj e Altri c. Italia*).

Venendo alla conclusione della vicenda processuale *de qua*, la Corte ha avuto modo di ricordare che la tutela del fondamentale diritto alla vita, garantito dall'art. 2 della Convenzione, non ammette deroghe. In base ai fatti allegati dal ricorrente non era stato,

però, possibile ricollegare l'omicidio alla condotta degli agenti sovietici e, di conseguenza, condannare la Russia per la violazione dell'*ambito materiale* (testualmente, «*substantive limb*») tutelato dalla Convenzione. Quel che, invece, è ben possibile – prosegue la Corte – è la punizione dello Stato resistente per la conduzione di indagini incomplete, la cui totale inefficacia è, peraltro, testimoniata dai 4 anni trascorsi tra ritardi, archiviazioni e riaperture.

La tutela della vita, così come predicata dalla Convenzione, comporta l'obbligo per gli Stati di compiere adeguate indagini ufficiali, soprattutto quando si abbia a che fare con omicidi cagionati dall'uso della forza da parte della Pubblica Sicurezza; rigettata, dunque, per la scarsa utilità della prospettiva, l'eccezione per cui i ricorrenti non avrebbero esaurito gli strumenti loro offerti dall'ordinamento interno, la Corte ha condannato lo Stato russo per la violazione dell'art. 2 della Convenzione, nel suo c.d. *aspetto procedurale*. Peraltro, l'assenza di utili rimedi giudiziari, teoricamente integranti la pur lamentata violazione dell'art. 13 Cedu, non può sanzionarsi in via autonoma, ma deve ritenersi assorbita nella riscontrata violazione del combinato disposto degli artt. 2 e 13 Cedu, tutelanti le ulteriori lesioni che al bene della vita derivano dal mancato (meglio, non effettivo) azionamento dello strumento processuale (così anche Corte e.d.u., 28 maggio 2009, Req. n. 13862/05, *Khumaydov e Khumaydov c. Russia*).

Temi non troppo distanti venivano affrontati da un'altra recentissima pronuncia del giudice europeo: alla base della vicenda processuale – Corte e.d.u., 24 maggio 2011, Req. nn. 33810/07 e 18817/08, “*Association 21 dicembre 1989*” c. *Romania* – c'era la condotta

delle Autorità rumene, che il 21 dicembre 1989, pochi giorni prima della deposizione e successiva condanna a morte del dittatore Nicolae Ceaușescu, sopprimevano nel sangue una manifestazione antigovernativa.

I ricorrenti – un'Associazione sorta in seguito ai fatti ed i genitori di un ragazzo deceduto in occasione degli scontri – lamentano l'inefficienza delle indagini interne, durate più di vent'anni e segnate, oltre che da molteplici interruzioni, dall'assenza di un qualsiasi provvedimento disciplinare nei confronti dei soggetti che si erano alternati, nel corso degli anni, alla direzione delle stesse; il tutto, nonostante la piena contezza della situazione da parte delle Autorità nazionali. Scontata, dunque, la condanna da parte della Corte per la lesione, dell'art. 2 della Convenzione, anche qui negli obblighi da esso discendenti sul piano procedurale.

Peculiare della vicenda rumena, è, però, l'asserita violazione dell'art. 8 Cedu – tutelante il diritto alla riservatezza dei cittadini – in quanto, sempre in quel periodo, i servizi segreti rumeni avevano intercettato illegalmente diverse utenze telefoniche appartenenti al leader dell'Associazione "21 dicembre 1989". Tanto i personalissimi dati raccolti, quanto le comunicazioni telefoniche – rammenta la Corte, rifacendosi anche a storici precedenti quali Corte e.d.u., 6 settembre 1978, Req. n. 5029/71, *Klass e Altri c. Germania* – rientrano nel concetto di *riservatezza*; diritto, questo, che la legislazione rumena in materia (della quale la Corte s'era già occupata in occasione della decisione Corte e.d.u., 4 maggio 2000, Req. n. 28341/95, *Rotaru c. Romania* e Corte e.d.u. 26 aprile 2007, Req. n. 71525/01, *Dumitru Popescu c. Romania*) non tutela a sufficienza, tanto da necessitare di tempestive riforme in ordine alla raccolta ed alla catalogazione di dati personali. Anche il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa s'era occupato della vicenda, af-

fermando che, a più di cinque anni dalle precedenti decisioni della Corte, era ancora possibile riscontrare un vuoto normativo su aspetti centrali nella tutela della riservatezza dei cittadini, quali il tempo massimo di conservazione dei dati e, ancora di più, l'impossibilità di contestare la detenzione illegale degli stessi, in quanto tutta la materia è sottoposta a segreto.

Il problema, seppur apparentemente distante dalla realtà giuridica italiana è di non scarso interesse: anche in Italia, con l'introduzione dell'istituto dell'intercettazione preventiva regolato dall'art. 226 norme att. (modificato con D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, e poi convertito in Legge, 15 dicembre 2001, n. 438) si sono aperti scenari problematici riguardo all'impossibilità d'un controllo (anche solo successivo) dell'intercettato, proprio per via di quello strumento di *tutela* previsto dal legislatore che impone, dopo un esame sulla legalità condotto in gran segreto dal pubblico ministero, la distruzione delle registrazioni e dei verbali entro cinque giorni dalla fine delle operazioni.

Stante, poi, la notoria debolezza della vigente normativa sulle intercettazioni di comunicazioni telefoniche ed ambientali, occorre rammentare l'esigenza di una riforma – certo, oculata – del codice di rito, al fine di evitare ulteriori condanne a carico del nostro Paese (cosa, questa, già avvenuta con la celebre sentenza 17 luglio 2003, Req. n. 25337/94, *Craxi c. Italia*).

Il 7 giugno 2011, la Corte europea ha affrontato una questione attinente al trattamento processuale degli infermi di mente. La vicenda – Corte e.d.u., 7 giugno 2011, Req. n. 39446/06 e 33849/08, *Hadzic e Suljic c. Bosnia Erzegovina*) – prendeva le mosse da due distinti pro-

cedimenti penali, al termine dei quali, due cittadini bosniaci venivano condannati per omicidi commessi in situazioni di parziale incapacità d'intendere e volere. L'esecuzione della pena – a partire, rispettivamente, dal febbraio e dal maggio 2003 – avveniva nel reparto psichiatrico del penitenziario di Zenica, città dell'entroterra bosniaco.

Un primo intervento del giudice delle leggi locale, pur avendo riscontrato una incompatibilità di quella situazione detentiva con la tutela della salute dei cittadini, non aveva contribuito a risolvere la situazione. Ma anche il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (organismo del Consiglio d'Europa) si era occupato di quell'istituto penitenziario inviandovi una delegazione. La situazione ivi riscontrata era allarmante: dormitori sovraffollati e limitati spazi detentivi in generale; mancanza di personale infermieristico e conseguente inadeguatezza delle cure necessarie; scarsissimi, infine, igiene e riscaldamento. La stessa collocazione della struttura all'interno di un carcere di massima sicurezza, aveva contribuito a rendere la reclusione dei malati assai peggiore rispetto a quella degli altri detenuti, tanto che la delegazione aveva suggerito al governo serbo l'immediato trasferimento dei pazienti in una struttura idonea.

Considerate le caratteristiche dell'istituto, i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 5, comma 1, della Convenzione, nella parte in cui legittima la «*detenzione regolare di persone [...] insane di mente*». Stando ai precedenti in materia della Corte, si afferma che la legittimità detentiva di cui parla la Cedu, non ha riguardo esclusivo alla previsione legale della sanzione, ma anche alla condizione detentiva in sé considerata, che deve avvenire in ospedali, cliniche o altri istituti idonei (decisione Corte e.d.u., 28 maggio 1985, Req. n. 8225/78, *Ashingdane c. Regno Unito*,

§ 44 e decisione Corte e.d.u., 30 luglio 1998, Req. n. 25357/94, *Aerts c. Belgio*, § 46 e, da ultimo, Corte e.d.u., 20 febbraio 2003, Req. n. 50272/99, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, § 49). Inevitabile, dunque, la condanna per una simile potente violazione.

Ora, al pari di quello bosniaco, l'ordinamento italiano predetermina sufficientemente casi e modalità in cui le misure privative della libertà personale – siano esse cautelari o sanzionatorie – debbano avere luogo in istituti adatti alla cura delle patologie psichiatriche. Si pensi al ricovero presso «*idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero*», previsto all'art. 286 c.p.p., agli ospedali psichiatrici giudiziari previsti dalla normativa sulle misure di sicurezza e, ancora, a quegli istituti o sezioni di istituti penitenziari previsti all'art. 65 ord. penit. Nel giudizio della Corte, però, il criterio principe – da affiancarsi a quello della legittimità della normativa in materia – resta quello delle effettive condizioni di detenzione del detenuto sottoposto a misura restrittiva. Intuibili, dunque, le ripercussioni di una condizione disastrosa, quale quella che attraversa il sistema penitenziario italiano, e che, indubbiamente, si ripercuote su istituti poco numerosi e che necessitano di personale, medico oltre che penitenziario, altamente specializzato.

Ancora, bisogna prestare particolare riguardo non solo a quelle situazioni in cui il malessere mentale sia causa o concausa del fatto delittuoso, ma soprattutto a quelle in cui questo medesimo malessere derivi dalla situazione detentiva stessa. Costretti a vivere la maggior parte delle ore della giornata in celle sovraffollate, i detenuti – anche per la mancanza d'un adeguato supporto psicologico – divengono dipendenti da quegli psicofarmaci nei quali trovano l'unico mezzo di sopravvivenza a questa estrema condizione di vita. Quello Stato che si è fatto torturatore, più che tutore, finisce per restituire alla so-

cietà soggetti la cui capacità d'intendere e volere è ormai inevitabilmente compromessa (in materia di situazione detentiva, si vedano le decisioni Corte e.d.u., 2 dicembre 2010, Req. n. 7782/04, *Kovaleva c. Russia*, e Corte e.d.u., 7 agosto 2009, Req. n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*).

In due recentissime decisioni – Corte e.d.u. 7 luglio 2011, Req. n. 27021/08, *Al-Jedda c. Regno Unito* e Corte e.d.u. 7 luglio 2011, Req. n. 55721/08, *Al-Skeini e Altri c. Regno Unito* – il giudice di Strasburgo si è occupato di fatti compresi in quell'insieme di operazioni militari note come Seconda guerra del golfo, che, a partire dal marzo del 2003, hanno impegnato le forze angloamericane in Iraq.

Quanto al primo caso, il 24 settembre del 2004, alcuni soldati americani arrestavano un cittadino inglese, Al-Jeddi, mentre questi si trovava a Baghdad a casa della sorella: consegnato alle truppe del Regno Unito, veniva portato nella città di Bässora, più di cinquecento chilometri a sud-est, in un Centro divisionale di detenzione temporanea dal quale veniva liberato solo tre anni più tardi, il 30 dicembre 2007. Adito il giudice europeo, Al-Jeddi lamenta la violazione dell'art. 5, comma 1, della Convenzione per via dello stato detentivo cui era stato costretto.

Nel secondo giudizio, invece, la Corte decideva di un'asserita violazione del diritto alla vita, e quindi dell'art. 2 della Convenzione: i ricorrenti lamentano l'uccisione, ad opera di soldati inglesi, ed in un arco di tempo compreso tra il maggio ed il novembre del 2003, di sei cittadini iracheni in occasione di scontri a fuoco o in seguito a violenze di particolari intensità, quali l'annegamento o la tortura, degenerate in efferati omicidi.

Si pone, dunque, una questione preliminare. Il primo articolo della Convenzione af-

ferma che le Alte parti contraenti devono far rispettare i diritti e le libertà sancite dal Titolo I, nell'ambito della rispettiva giurisdizione; il che è, dunque, condizione necessaria perché gli Stati rispondano delle azioni e delle omissioni loro imputabili. E, premesso che la Corte non può interpretare ed applicare i principi sottostanti la Convenzione in un *vacuum* giuridico, occorre tener conto di tutte le possibili fonti internazionali che vengono ad interessare il caso di specie. Ciò vale soprattutto in virtù del fatto che la Carta dell'Organizzazione, pur in presenza di disposizioni che ne ispirano l'attività alla tutela dei diritti umani, prevede, all'art. 103, una clausola di prevalenza in caso di contrasto con obblighi derivanti da altri accordi internazionali, Cedu compresa. Fondamentale, dunque, delineare il *background* storico-giuridico della vicenda.

Il 20 marzo 2003, la coalizione guidata dagli Stati Uniti d'America e dal Regno Unito entrava in Iraq col preciso scopo di rovesciare il regime di Saddam Hussein. Ultimata questa prima fase, l'8 maggio 2004, veniva creata un'autorità di governo provvisoria, tra i cui compiti rientrava anche il mantenimento della sicurezza sul territorio iracheno. Il Consiglio di Sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, sulla scorta della documentazione inoltrata da americani ed inglesi, prendeva atto della situazione e del suo evolversi con una serie di risoluzioni: vi si affermava che la Coalizione, ai sensi degli artt. 42 e 43 della Convenzione dell'Aja del 1907, rappresentava un Potere Occupante e, come tale, soggetto agli obblighi derivanti dalla normativa umanitaria internazionale. Agendo in base ai poteri derivanti dal Titolo VII della Carta ONU, il Consiglio invitava l'Autorità occupante ad assicurare il benessere della popolazione irachena e, contemporaneamente, a fornire periodiche informative sull'attività svolta. In seguito, vista anche la

natura temporanea di tale potere - che avrebbe dovuto cessare con l'insediarsi di un'Autorità irachena internazionalmente riconosciuta - si autorizzava la creazione di una forza multinazionale a comando unificato (UNAMI) per portare aiuto umanitario nelle zone del conflitto.

Ciò nondimeno, fin dall'ingresso nel Paese e nonostante le risoluzioni adottate, la struttura di potere risultava sempre riferibile alle forze angloamericane; cosa, questa, confermata dalla richiesta da parte del Governo ad *interim* - che di lì a poco avrebbe assunto il potere - di continuare nell'attività di presidio del territorio ad opera dei militari. Ecco perché - conclude la Corte - le violazioni lamentate dai ricorrenti, non possono ricondursi a comportamenti della Rappresentativa speciale del Consiglio di Sicurezza o della UNAMI che, anzi, denunciavano espressamente le pratiche di uccisione e detenzione palesemente lesive dei più fondamentali diritti dell'uomo. Facendo un paragone, la situazione irachena era assai differente rispetto a quella della missione kosovara del 1999, dove l'operazione era stata *ab origine* autorizzata e diretta dall'Organizzazione delle Na-

zioni Unite, unico soggetto cui erano attribuibili le violazioni dei diritti umani lì perpetrate (si vedano le decisioni Corte e.d.u. 15 novembre 2006, Req. n. 71412/01, *Behrami c. Francia* e Corte e.d.u., 15 novembre 2006, Req. n. 78166/01, *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*).

Risolta tale questione preliminare, il giudice conferma che all'internato Al Jaddi non era stato garantito alcun effettivo contraddittorio, mancando tanto la formale contestazione di un addebito, quanto la possibilità di proporre reclamo avverso quel provvedimento. In breve, tale detenzione indeterminata e priva di ufficializzazione di qualsiasi accusa, deve ritenersi una palese violazione della Convenzione; così come la violano le perpetrate lesioni del fondamentale diritto alla vita, che, necessariamente, deve essere tutelato nel suo doppio aspetto, sostanziale e procedurale, anche in condizioni di sicurezza precaria, compresi i conflitti armati (così anche Corte e.d.u., 6 aprile 2004, Req. n. 21689/93, *Ahmet Özkan e Altri c. Turchia*, §§ 85-90, 309-320 e 326-330; e Corte e.d.u., 24 febbraio 2005, Req. n. 57950/00, *Isayeva c. Russia*, §§ 180 e 210).

Corte costituzionale

DONATELLA CURTOTTI

La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3, c.p.p. nella parte in cui - con riferimento alle ordinanze che dispongono misure cautelari per fatti diversi - non prevede che la regola in tema di decorrenza dei termini in esso stabilita si applichi anche quando, per i fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura. Per i giudici, la norma censurata viola l'art. 3 Cost., determinando ingiustificate disparità di trattamento tra imputati che versano in situazioni eguali, e altresì l'art. 13, comma 5, Cost., nella misura in cui apre la via alla possibile elusione dei limiti massimi di durata della custodia cautelare prefigurati dal legislatore.

L'iter argomentativo accolto dai giudici costituzionali parte dalla considerazione secondo la quale l'equivoco nasce dall'erronea interpretazione della norma censurata che parrebbe richiedere l'attuale pendenza dei procedimenti e la contestualità temporale tra le ordinanze concatenate rivolgendosi - la norma - all'«imputato» e facendo riferimento all'«imputazione» più grave, quale parametro per la commisurazione dei termini cautelari. In questi termini, la sentenza definitiva di condanna, determinando la cessazione della prima vicenda cautelare (cui si sostituisce l'espiazione della pena inflitta) ancora prima che si innesti la seconda, escluderebbe la configurabilità di una situazione di «coesistenza» tra plurime misure e quindi di operatività della disciplina.

Al riguardo, la Corte sottolinea come il nucleo di disvalore del fenomeno delle “contestazioni a catena” risiede nell'impedimento, ad esso conseguente, al contemporaneo decorso dei termini relativi a plurimi titoli custodiali nei confronti del medesimo soggetto. Il “ritardo” nell'adozione della seconda ordinanza cautelare non vale, ovviamente, a prolungare i termini di durata massima della prima misura - essendo gli stessi predeterminati per legge, ai sensi dell'art. 303 c.p.p. - ma, in difetto di adeguati correttivi, avrebbe l'effetto di espandere la restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato, tramite il “cumulo materiale” - totale o parziale - dei periodi custodiali afferenti a ciascun reato. Ciò, col risultato di porre l'interessato in situazione peggiore rispetto a chi, versando nella medesima situazione sostanziale, venga invece raggiunto da provvedimenti cautelari coevi, e di rendere, al tempo stesso, aggirabile la predeterminazione legale dei termini di durata massima delle misure, imposta dall'art. 13, comma 5, Cost. Ed è questo l'effetto che la disciplina dettata dall'art. 297, comma 3, c.p.p., quale integrata dalla sentenza costituzionale n. 408 del 2005, mira a prevenire: in termini rigidi e di “protezione avanzata”, quando tra i reati contestati con i provvedimenti cautelari sequenziali sussista un legame contenutistico di particolare spessore, quale quello espresso dalla identità del fatto o dalla connessione qualificata; ovvero subordinatamente alla concreta verifica della “rimproverabilità” del

ritardo all'autorità giudiziaria, in assenza di quel legame.

Se così è, non si può peraltro ritenere che - in linea generale - la «coesistenza» tra le misure cautelari rappresenti, sul piano logico-giuridico, un presupposto necessario affinché si producano le conseguenze lesive che il meccanismo della retrodatazione tende a scongiurare. Il *vulnus* arrecato ai principi costituzionali che presiedono alla disciplina della libertà personale dell'imputato è, anzi, maggiore allorché la seconda ordinanza cautelare intervenga dopo che la prima, per qualunque ragione, ha cessato di produrre i suoi effetti. Il prolungamento della restrizione della libertà personale risulta, infatti, massimo allorché il secondo titolo - anziché sovrapporsi, per un periodo più o meno lungo, al primo, confluendo, così, almeno in parte, in un unico "periodo custodiale" - sia adottato quando il precedente ha già esaurito completamente le sue potenzialità, con conseguente cumulo integrale dei due periodi di privazione della libertà personale (sentenza 22 luglio 2011 n. 233).

La Corte costituzionale - chiamata ad esprimersi sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere del delitto di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309/1990 (così come prevista dall'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., modificato dall'art. 2 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 - dichiara l'illegittimità costituzionale della norma facendo sì che il giudice possa non ricorrere alla custodia in carcere nel caso in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esi-

genze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Nel motivare la sentenza, la Corte si allinea alla decisione costituzionale n. 265/2010 con la quale ha già dichiarato l'illegittimità della norma censurata nella parte in cui configurava una presunzione assoluta - anziché soltanto relativa - di adeguatezza della sola custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari nei confronti della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza per taluni delitti a sfondo sessuale: in particolare, per i reati di induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne (artt. 600-bis, comma 1, 609-bis e 609-*quater* c.p.). Ad analogia declaratoria di illegittimità costituzionale la Corte è pervenuta con la sentenza n. 164/2011, nei riguardi della medesima norma, nella parte in cui assoggettava a detta presunzione assoluta anche il delitto di omicidio volontario (art. 575 c.p.).

I giudici costituzionali recuperano in parte le argomentazioni addotte nelle due pregresse decisioni laddove si ravvisava una violazione del principio di eguaglianza della norma censurata in ragione dell'impossibilità di estendere alla disciplina in esame la *ratio* giustificativa del regime derogatorio già ravvisata in rapporto ai delitti di mafia i quali presentano una specificità tale da rendere «ragionevoli» le presunzioni in questione. «Dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche - legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice - deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in

carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)».

In verità, anche le ipotesi descritte dall'art. 74 d.p.r. n. 309/1990 enucleano una tipologia di reato che - come la generalità delle fattispecie di tipo associativo - presuppone uno stabile vincolo di appartenenza del soggetto a un sodalizio criminoso, volto al compimento di una pluralità non predeterminata di delitti. Però, questa sola caratteristica non può ritenersi sufficiente a costituire un'adeguata base logico-giuridica della presunzione assoluta di cui si discute. Lo dimostra eloquentemente già la semplice circostanza che lo stesso legislatore ordinario abbia ritenuto di dover includere fra i reati soggetti al regime cautelare censurato solo talune particolari figure associative, e non anche quella generale dell'associazione per delinquere, prevista dall'art. 416 c.p. (fatta eccezione per i casi in cui essa è menzionata dal richiamato art. 51, comma 3-bis, c.p.p., in quanto diretta a commettere determinati reati-fine: in pratica, alla data di entrata in vigore della novella del 2009, le sole ipotesi di cui al comma 6 dello stesso art. 416)".

La stessa Corte - nel ritenere assistita da adeguato fondamento razionale la presunzione assoluta in rapporto al delitto di associazione di tipo mafioso - ha già avuto modo di porre in evidenza come tale conclusione si giustifichi alla luce non del mero vincolo associativo a scopi criminosi, quanto piuttosto delle particolari caratteristiche che esso assume nella cornice di detta fattispecie (sentenze n. 164/2011 e n. 265/2010). Il delitto di associazione di tipo mafioso è, infatti, 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 - per valersi delle parole della 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*).

Altrettanto non può dirsi per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope. Si tratta 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: da un sodalizio transnazionale, forte di una articolata organizzazione, di ingenti risorse finanziarie e rigidamente strutturato, al piccolo gruppo, talora persino ristretto ad un ambito familiare - come nel caso oggetto del giudizio *a quo* - operante in un'area limitata e con i più modesti e semplici mezzi.

Proprio per l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al paradigma punitivo astratto, ricomprendenti ipotesi nettamente

differenti quanto a contesto, modalità lesive del bene protetto e intensità del legame tra gli associati, non è dunque possibile enucleare una regola di esperienza, ricollegabile ragionevolmente a tutte le «connotazioni criminologiche» del fenomeno, secondo la quale la custodia carceraria sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari. In un significativo numero di casi, al contrario, queste ultime potrebbero trovare risposta in misure diverse e meno afflittive, che valgano comunque ad assicurare – nei termini in precedenza evidenziati – la sepa-

razione dell'indiziato dal contesto delinquenziale e ad impedire la reiterazione del reato.

Né la Corte considera significativa, in senso contrario, la circostanza che la fattispecie associativa prevista dall'art. 74 d.p.r. n. 309/1990 risulti accomunata all'associazione di tipo mafioso nella sottoposizione alla disciplina stabilita all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la presunzione assoluta sancita dalla norma censurata è stata trasformata in presunzione solo relativa (sentenza 22 luglio 2011 n. 231).

Sezioni Unite

PAOLA MAGGIO

Le Sezioni Unite, in linea con i canoni del “giusto processo”, hanno optato per un approccio rigoroso in ordine al regime delle letture dibattimentali delle deposizioni rese dalle persone residenti all'estero.

In virtù del principio di diritto affermato, le dichiarazioni predibattimentali rese dalla persona informata sui fatti, residente all'estero, possono essere acquisite mediante lettura ai sensi dell'art. 512-bis c.p.p., a condizione che vi sia stata un'effettiva e valida notificazione della citazione del testimone, che la sua eventuale irreperibilità sia stata verificata con tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, che l'impossibilità dell'esame sia assoluta e oggettiva e, infine, che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, l'audizione del dichiarante mediante una rogatoria internazionale concelebrata (Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918).

La norma in rilievo è dunque l'art. 512-bis c.p.p., come è noto oggetto di una duplice rivisitazione normativa. In un primo momento l'introduzione del disposto per esigenze di emergenza e di contrasto di gravi fenomeni criminali, con l'art. 8 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con mod. nella l. 7 agosto 1992, n. 306, ne aveva modulato i contenuti, assegnando al giudice, seppure su richiesta di parte, la possibilità di acquisire i verbali delle deposizioni rese dal teste all'estero, in tutti i casi nei quali questi non fosse stato citato, o regolarmente citato non fosse comparso. L'evidente lesione del contraddittorio e dei diritti difensivi, legata alla previsione e alle

conseguenti letture giurisprudenziali improntate al principio di non dispersione probatoria, è stata in qualche modo corretta da un secondo intervento legislativo che, in prossimità temporale della modifica costituzionale dell'art. 111 Cost., ha riscritto l'art. 512-bis c.p.p. (art. 43, l. 16 dicembre 1999, n. 479) e ha imposto al giudice di potere procedere alla lettura, anche a seguito di rogatoria, dopo aver ritualmente citato il teste e solo nel caso, in cui questi non sia comparso. Dunque una decisa svolta legislativa, mirata soprattutto a contenere interpretazioni delle ipotesi di assenza dei dichiaranti che si traducevano in forme di «irripetibilità di comodo».

A ben vedere la disposizione, pur nel mutato clima culturale conseguente alla riaffermazione costituzionale del “giusto processo”, consentiva ampi margini di manovra elusivi della «regola aurea» del contraddittorio. Tali esiti paiono oggi inibiti dalla serie di punti fermi espressi nella sentenza delle Sezioni Unite. Infatti, è anzitutto necessario verificare la «corretta effettiva e valida citazione della persona residente all'estero» (in questa direzione già Cass., sez. II, 1 giugno 1999, n. 8565) che nel caso di dichiaranti detenuti dovrebbe spingere sino alla necessità di ottenere la loro traduzione in Italia o l'assunzione della dichiarazione all'estero con le garanzie della rogatoria (Cass., sez. VI, 12 aprile 2002, n. 28845). Nelle ipotesi in cui la citazione non sia andata a buon fine, è altresì opportuno verificare il compimento di tutti gli accertamenti necessari per rintracciare il

domicilio attuale, intesi tuttavia non già in maniera burocratica e formalistica, bensì in una prospettiva improntata alle esigenze di tutela ed effettività della conoscenza (in conformità, Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 26747; più di recente, Cass., sez. II, 27 maggio 2010, n. 22358).

Sul punto le Sezioni Unite mostrano indubbiamente una decisa preferenza per l'indirizzo che circoscrive la portata della deroga alle situazioni contraddistinte da oggettività e absolutezza nelle quali il giudice abbia realmente posto in essere ogni possibile tentativo per assicurare la reale dialettica fra le parti, attivando, ove possibile, rogatorie partecipate o miste (*ex plurimis*, Cass., sez. II, 17 dicembre 2009, n. 5101; Cass., sez. III, 23 aprile 2009, n. 25979). Non aderiscono, invece, all'orientamento minoritario che aveva letto la clausola derogatoria nel senso della «concretezza e della ragionevolezza e non della totale e definitiva impossibilità materiale» (Cass., sez. II, 21 giugno 2007, n. 32845).

Una scelta, quella della Corte di legittimità, oramai confortata pure dai molti precedenti della Corte di Strasburgo (Corte e.d.u., 24 febbraio 2009, *Tarau c. Romania*; Corte e.d.u., 8 giugno 2006, *Bonev c. Bulgaria*), dalle letture della Consulta tendenti a esaltare il valore metodologico del contraddittorio (C. cost., sent. 25 ottobre 2000, n. 440; C. cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 32; C. cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 292), nonché, al contempo, imposta dal tenore della deroga contemplata nell'art. 111, comma 5, Cost., nel punto relativo all'«assoluta impossibilità di natura oggettiva».

A suggello dell'affermato principio di diritto le Sezioni Unite precisano infine che, in ossequio all'art. 6, comma 3, lett. d) della Convenzione e.d.u., le dichiarazioni accusatorie pre-dibattimentali rese al di fuori del contraddittorio, pur legittimamente acquisite, non possono da sole fondare l'affermazione di colpevolezza, operando in tal caso la di-

sposizione di chiusura, contemplata nell'art. 526, comma 1-bis, c.p.p. secondo cui la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore.

È stata risolta la *vexata quaestio* relativa alla rilevabilità della nullità conseguente all'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale di appello a uno dei due difensori dell'imputato. Secondo l'enunciato principio di diritto, la nullità, a regime intermedio, può essere fatta valere sino alla deliberazione della sentenza nello stesso grado, quando l'udienza si sia svolta in assenza dell'imputato e del co-difensore, ritualmente citati (Cass., sez. un., 1° giugno 2011, n. 22242).

Si è così assegnata preferenza all'indirizzo che arretra il termine per la deduzione dell'invalidità al momento antecedente la deliberazione della sentenza, anche laddove né l'imputato, né il co-difensore ritualmente citati siano comparsi (Cass., sez. VI, 23 febbraio 2010, n. 10607; Cass., sez. II, 30 giugno 2009, n. 37507), rispetto alla tesi secondo cui la suddetta invalidità può essere fatta valere fino alla deliberazione della sentenza del grado successivo e, dunque, anche in sede di impugnazione del giudizio conclusivo, non avendo lo stesso difensore assente potuto sollevarla antecedentemente (Cass., sez. VI, 17 marzo 2008, n. 12520; Cass., sez. IV, 28 novembre 1996, n. 2942; analogamente, nella prospettazione di una nullità di tipo relativo, Cass., sez. II, 23 settembre 2004, n. 47155). Una volta ribadita la tipologia dell'invalidità in questione, tradizionalmente ricondotta alle *species* delle nullità a regime intermedio (si veda già, per il codice previgente, Cass., sez.

un., 1° ottobre 1992, n. 12051), il diritto del soggetto alla nomina di due difensori, contemplato nell'art. 96 c.p.p., viene prospettato in una configurazione unitaria, che fa ritenere soddisfatta la pretesa garantistica, laddove venga ritualmente avvisato uno dei due e anche se l'altro non compaia in udienza. Ne deriva che la nullità suddetta si sana a seguito della mancata proposizione della questione da parte del co-difensore presente o del difensore nominato d'ufficio, cui è fatto obbligo di verificare la ritualità degli avvisi.

In altri termini, è l'accezione omnicomprensiva di "parte" discendente dai casi di co-difesa a imporre l'intervento tempestivo di uno dei due soggetti, pena la sanatoria della suddetta nullità (la medesima tesi è stata prospettata di recente da Cass., sez. un., 16 luglio 2009, n. 39060, in tema di riesame *de libertate*). L'evidente *vulnus* ai diritti di difesa impone però alle Sezioni Unite un adattamento della soluzione alla specificità del rito camerale con il quale si celebra l'udienza di appello conseguente al giudizio abbreviato. Questo aspetto da un lato condiziona la scelta argomentativa, dall'altro, non impedisce alla Corte di legittimità di prediligere comunque la tesi meno vantaggiosa per le esigenze difensive: nella peculiarità del rito camerale la presenza dei difensori e dell'imputato non è infatti necessaria, per cui il giudice non è tenuto a nominare un difensore *ex officio*, onerato ad eccepirla, né è necessaria la partecipazione dell'imputato, salvo che egli sia legittimamente impedito e abbia manifestata la volontà di essere presente. Ben si comprendono pertanto sia le difficoltà di riferire l'obbligo di sollevare la nullità a soggetti non presenti, sia le ragioni poste alla base del differente approccio ermeneutico, secondo cui, in queste fattispecie, per le ipotesi di mancato avviso, la presenza di uno solo dei due difensori, non può indurre a pretendere che questi sollevi subito la que-

stione di nullità. Ciò spiega anche perché le Sezioni Unite siano in qualche modo indotte a richiamare sul punto proprio la decisione inerente la proroga dei termini di custodia, ove, per escludere la contestualità dell'obbligo in capo al difensore presente di dedurre la nullità, si era fatto leva sulla seconda parte dell'art. 182, comma 2, c.p.p., asserendosi che la questione poteva essere promossa dopo la deliberazione del grado successivo, in quanto l'accezione generica tributata all'avverbio "tempestivamente" consentiva di spostare in avanti l'*exceptio nullitatis*, ai sensi dell'art. 180 c.p.p. (Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 6).

A tale proposito, il supremo consesso opera tuttavia una precisazione: il termine previsto dall'art. 180 c.p.p. stabilisce un limite temporale per la deducibilità della nullità, l'art. 182 c.p.p., invece, instaura una relazione tra il formarsi della nullità e la possibilità per la parte di eccepirla, ne discende che l'art. 182 c.p.p. consente al giudice di non rilevarla, se la parte non la eccepisce; inoltre, pur non essendo decorso lo spazio temporale di cui all'art. 180 c.p.p., essa può ritenersi sanata perché la parte non l'ha dedotta; ciò, in armonia con la natura "ibrida" tributata alle nullità a regime intermedio. È dunque la combinazione fra l'inerzia volontaria del difensore e l'assenza dell'imputato a determinare il meccanismo di sanatoria.

Su queste basi si ritiene che, nei procedimenti nei quali è obbligatoria la presenza del difensore, essa deve essere eccepita dall'altro difensore o, in caso di assenza di entrambi, dal difensore di ufficio, nei termini disegnati dall'art. 182 c.p.p., ed è irrilevante verificare il rispetto del termine di cui all'art. 180 c.p.p., poiché o non è stata eccepita e dunque è sanata o, se eccepita e rigettata, può essere riproposta con l'atto di impugnazione. Laddove, invece, si versi nelle ipotesi di rito camerale – a detta delle Sezioni Unite – il descritto carat-

tere "formale" della presenza finisce per non consentire l'applicabilità dell'art. 182 c.p.p., rendendo necessario individuare come limite quello prescritto dall'art. 180 c.p.p. per le nullità di ordine generale, ovvero la sentenza di primo grado e, se si sono verificate in giudizio, la sentenza del grado successivo. In questo novero la giurisprudenza riconduce evidentemente la nullità relativa all'omesso avviso per il co-difensore.

Nel giudizio camerale di appello la deducibilità, riportata alle peculiarità del rito, rientra dunque nel segmento procedurale che va dalla formulazione degli avvisi per la fissazione dell'udienza, sino all'udienza di comparizione (artt. 599-601 c.p.p.), con la conseguenza di ricondurre all'attività preliminare del rito camerale la verifica delle formalità previste per la valida instaurazione del giudizio di appello.

Rilievo centrale ai fini della soluzione della questione presenta la configurazione degli atti introduttivi al dibattimento. Parte della dottrina inquadra questi ultimi fra quelli del giudizio, con la conseguenza che le nullità verificatesi nella fase compresa tra l'accertamento della regolare costituzione delle parti e la dichiarazione di apertura del dibattimento possono essere oggetto di declaratoria fino alla deliberazione della sentenza del grado successivo (Cavallari, *sub art. 180 c.p.p.*, Chia-vario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1991, 331-333). Altri autori negano invece all'invalidità suddetta la qualifica di nullità attinente alla fase del giudizio, in quanto si tratterebbe di un'attività prodromica e anteriore all'instaurazione della suddetta fase processuale (Galati-Zappalà, *Gli atti*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, 2011, I, 314 ss., in linea con l'autonomia assegnata al "predibattimento"), con la conseguenza di fissare il termine di deduzione della medesima entro i confini del giudizio

di primo grado, poiché ove si spostasse nel giudizio di impugnazione, si rischierebbe di realizzare solo un espediente pretestuoso, in contrasto con il principio della ragionevole durata (la prospettiva è accolta da Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 119). Lungo quest'ultima scia argomentativa, le Sezioni Unite ritengono che la nullità in discorso, riferibile al segmento iniziale del giudizio, andrà dunque sollevata nel corso del giudizio medesimo e non potrà più essere fatta valere successivamente, anche a garanzia di una stretta correlazione fra il diritto di difesa e la ragionevole durata processuale.

In verità assai problematico è il costruito della Cassazione in virtù del quale, pur non ritenendo bilanciabili le due garanzie fondamentali, in armonia con l'insegnamento della Consulta (C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317), si opera di fatto un giudizio di comparazione tra i valori essenziali in gioco, prediligendo la ragionevole durata. In questo senso possono senz'altro dirsi svilite le preoccupazioni della stessa Consulta che intravedeva nei pericoli del bilanciamento una «contraddizione logico-giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost.», poiché da un lato si imporrebbe «una piena tutela del diritto al contraddittorio» e, dall'altro, si autorizzerebbero «tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti» (C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317).

Allo stesso modo poco conducente risulta l'argomentazione usata dai giudici di Piazza Cavour secondo cui il pregiudizio dei diritti difensivi non si riscontrerebbe nella specie, in quanto la mancata valorizzazione del vizio processuale realizzerebbe una consapevole scelta difensiva e la ragionevole durata si iscriverebbe nel rispetto delle scansioni processuali imposte per fare valere le nullità processuali. Essa infatti, tenuto conto delle peculiarità del rito e delle esigenze di tutela dell'imputato, lascia persistere numerose per-

plexità sugli spazi effettivamente riservati al diritto di difesa.

Fa da sfondo alla ricostruzione proposta il riaffermato «principio della leale collaborazione del difensore al reale svolgimento del processo», utile alle Sezioni Unite per rimarcare l'esistenza di vincoli di solidarietà tra i co-difensori e per imporre obblighi di collaborazione e comunicazione tra i medesimi (analogamente, Cass., sez. IV, 18 settembre 2009, n. 44551), in una prospettiva confortata pure dai *dicta* delle sentenze della Corte e.d.u. (Grande camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*; 28 febbraio 2008, *Dembukov c. Bulgaria*, relativa a un procedimento *in absentia*) e ulteriormente rafforzata dalla previsione contemplata nell'art. 23, comma 5, del codice deontologico forense, che raffigura oneri di condivisione fra i difensori al fine di disegnare strategie comuni.

L'obbligo di lealtà della difesa, così inteso, assurge al rango di canone di regolarità della giurisdizione e di realizzazione del "giusto processo", capace di incidere nella specie sulla sanatoria della patologia processuale.

La Corte di cassazione ha sciolto il nodo interpretativo relativo alla nullità della decisione che definisce il procedimento assunto dal giudice ricusato prima che la dichiarazione di ricusazione sia dichiarata inammissibile o infondata dall'organo competente (Cass., sez. un., 9 giugno 2011, n. 23122).

Ricollegandosi alla giurisprudenza ampiamente prevalente, le Sezioni Unite hanno individuato per l'esito del giudizio sulla dichiarazione di ricusazione una causa di validità o nullità *secundum eventum* della decisione irritualmente adottata in pendenza della ricusazione medesima, in base alla quale l'inammissibilità o il rigetto dell'istanza rendono valida la decisione; viceversa, l'accogli-

mento dell'istanza di ricusazione comporta la nullità assoluta del provvedimento assunto dal giudice in violazione della prescrizione contenuta nell'art. 37, comma 2, c.p.p. (nella medesima direzione: Cass., sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852; Cass., sez. II, 21 dicembre 2006, n. 7220; Cass., sez. IV, 20 ottobre 2002, n. 1019).

Il contrasto interpretativo era stato evidenziato a seguito del ricorso sollevato dalla difesa di un'imputata che aveva ricusato un magistrato facente parte del collegio del tribunale di sorveglianza - chiamato a decidere sulla sospensione della misura alternativa - in quanto si trattava del medesimo magistrato che aveva già disposto, in via cautelare, la sospensione dell'affidamento ai servizi sociali. La ricusazione dei giudici di sorveglianza (cfr. mag. sorv. Alessandria, 15 ottobre, 1996, *Cass. pen.*, 1997, 1173) nella prospettiva difensiva mirava a sottolineare come il convincimento del componente del collegio, previamente espresso in altro provvedimento, avrebbe viziato l'intera decisione, e la violazione del divieto espresso nell'art. 37, comma 2, c.p.p., da considerare tassativo, avrebbe integrato una nullità assoluta del provvedimento assunto (questa tesi minoritaria, sebbene con diversità di accenti, si ritrova in Cass., sez. I, 1° giugno 1998, n. 7082; analogamente Cass., sez. III, 4 aprile 2001, n. 40511).

I punti salienti del ragionamento delle Sezioni Unite conducono a un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata del divieto che la legge impone al giudice ricusato di pronunciare o concorrere a pronunciare sentenza, al fine di impedire il pregiudizio delle ragioni del soggetto proponente la ricusazione, prima che l'incidente sia concluso a suo favore.

Se l'invalidità dell'atto decisorio del giudice ricusato è infatti determinata dalla mancanza di terzietà e imparzialità del giudice deve essere «un giudice terzo» a pro-

nunciarsi *ab externo* su tale incapacità ed essa non può farsi derivare esclusivamente da una denuncia di parte. In questo modo la disciplina della ricusazione viene letta mediante una prospettiva orientata analogicamente dalle affermazioni usate dalle stesse Sezioni Unite a proposito dell'istituto della rimessione (Cass., sez. un., 12 maggio 1995, n. 6925) per individuare il «difetto temporaneo di potere giurisdizionale», la cui sanzione non dipende esclusivamente dalla violazione formale, bensì da ragioni collegate alla *ratio* di garanzia dell'istituto, condizionate dalla fondatezza della richiesta e dalla decisione in merito pronunciata dal giudice terzo. Fare derivare, in altri termini, il pregiudizio del provvedimento adottato dal giudice ricusato da una mera istanza di parte, pure laddove la medesima venga dichiarata inammissibile o infondata, determinerebbe, a parere delle Sezioni Unite, un «irragionevole sacrificio dell'ordinato svolgimento del processo e della sua ragionevole durata, con la conseguenza che una mera denuncia di parte inciderebbe sulla individuazione del giudice».

Da tali premesse discende un principio di diritto "bifronte" in virtù del quale: «la decisione che definisce il procedimento, assunta dal giudice nei cui confronti è stata proposta ricusazione in violazione del divieto istituito dall'articolo 37, comma 2, c.p.p. conserva validità se la ricusazione è dichiarata inammissibile o infondata dall'organo competente, ex articolo 40 c.p.p.»; «la decisione che definisce il procedimento, assunta dal giudice nei cui confronti è stata proposta ricusazione è viziata da nullità assoluta nel caso in cui la ricusazione sia accolta, e ciò indipendentemente dalla circostanza che essa sia intervenuta in pendenza della procedura incidentale di ricusazione o dopo il suo accoglimento».

Il tema dell'intervento delle parti con riguardo al provvedimento giudiziale di sospensione dei termini di custodia per i tempi di redazione della sentenza ha formato oggetto di un recente intervento delle Sezioni Unite.

Secondo il principio di diritto enunciato «il provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per il tempo di redazione della sentenza - ordinario o differito per le ragioni normativamente previste - può essere assunto di ufficio senza che le parti interloquiscano in proposito» (Cass., sez. un., 13 luglio 2011, n. 27361).

È stato in tal modo composto il contrasto fra l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario tendente a negare l'intervento delle parti e l'orientamento minoritario secondo cui è necessaria la garanzia del contraddittorio sul provvedimento sospensivo.

Gli argomenti posti tradizionalmente a sostegno della prima tesi, qui accolta dalle Sezioni Unite, inquadrano il provvedimento di sospensione dei termini della durata massima della custodia cautelare - previsto dall'art. 304, comma 1, lett. c), c.p.p. - in pendenza dei termini per la redazione della motivazione della sentenza, fra le decisioni che possono essere assunte *de plano* e in assenza di contraddittorio, trattandosi di un caso di sospensione obbligatoria il cui pronunciato ha natura dichiarativa e, in quanto tale, non esige altra motivazione che il richiamo al combinato disposto degli artt. 304, comma 1, lett. c), e 544, comma 3, c. p. p.

Secondo questa prospettiva, la determinazione dei tempi necessari per la redazione della sentenza è rimessa all'esclusiva valutazione del giudice e le parti non possono in alcun modo interloquire, sicché il provvedimento non è sindacabile né modificabile, con la conseguenza di dover ritenere sostanzialmente inutile anche il contraddittorio differito, vista l'impugnabilità dell'ordinanza di sospensione mediante appello ex art. 310 c.p.p.

Si evidenzia all'uopo la mancanza di analogia con il provvedimento previsto dall'art. 304, commi 2 e 3, c.p.p. concernente la complessità del dibattimento e avente natura discrezionale (adottabile cioè solo su richiesta del pubblico ministero e previa audizione delle parti), e si evidenzia del pari il difetto di disposizioni normative che prevedano espressamente le forme e le modalità del procedimento in camera di consiglio per l'adozione dell'ordinanza in questione (fra le molte Cass., sez. V, 8 maggio 2009, n. 40051; Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 42703; Cass., sez. II, 30 gennaio 2007, n. 8358; Cass., sez. VI, 29 aprile 2004, n. 29873).

Il secondo indirizzo giurisprudenziale nega invece che il provvedimento di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare in pendenza dei termini di deposito della sentenza fissati dal giudice a norma dell'art. 544, comma 3, c.p.p. quantunque imposto dalla legge, possa essere adottato *ex officio*, dovendo comunque «essere disposto (a pena di nullità a regime intermedio dell'ordinanza di sospensione) nel contraddittorio delle parti, al fine di consentire la verifica della particolare complessità della motivazione, presupposto di natura discrezionale della sospensione stessa» (Cass., sez. III, 26 aprile 2006, n. 33876).

Secondo quest'impostazione il principio del contraddittorio, già affermato dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 31 ottobre 2001, n. 40701) per l'ipotesi di particolare complessità del dibattimento ai sensi dell'art. 304, comma 2, c.p.p. deve essere applicato anche nell'ipotesi di sospensione per particolare complessità della motivazione (art. 304, comma 1, lett. c), c.p.p. posto che «in entrambi i casi la sospensione presuppone una valutazione di complessità della istruttoria e discussione dibattimentale o di complessità della motivazione, che non può che essere discrezionale, e come tale impone il contri-

buto dialettico delle parti, o almeno la possibilità del loro contributo» (in questi termini, Cass., sez. III, 26 aprile 2006, cit.; analogamente Cass., sez. I, 18 dicembre 2009, n. 625; Cass., sez. V, 30 gennaio 2004, n. 25877).

Le Sezioni Unite, come anticipato, sposano il primo orientamento prospettando un'interpretazione sistematica e letterale del disposto codicistico. Si richiamano anzitutto i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ai termini di deposito della motivazione e ai correlati termini di impugnazione delle sentenze. Seguendo questa premessa, la causa di sospensione prevista dall'art. 304, comma 1, lett. c), c.p.p. costruita *per relationem* mediante un rinvio alla disposizione che stabilisce i termini per la redazione della sentenza (Cass., sez. un., 30 aprile 1997, n. 5878; conforme Cass., sez. VI, 8 aprile 2010, n. 16825) assegna alla discrezionalità assoluta e insindacabile del giudice, chiamato a valutare i tempi di stesura e la complessità della medesima, la possibilità di differire il termine per la redazione della sentenza. Questa decisione, inserita in dispositivo, assume efficacia senza che il giudice debba indicare le circostanze poste a fondamento della complessità all'origine del differimento e, in virtù di tale provvedimento, si producono effetti automatici con riguardo ai termini per proporre impugnazione. Pertanto, consentire alle parti un controllo *ex ante* su questa valutazione circa il differimento *ex art. 544, comma 3, c.p.p.* varrebbe a significare un'inammissibile invasione di campo nello stesso *ius dicere*.

La prospettiva prescelta trova poi conforto nel tenore letterale dell'art. 304, comma 1, lett. c), c.p.p. («i termini previsti dall'articolo 303 sono sospesi [...] nella fase del giudizio, durante la pendenza dei termini previsti dall'art. 544, commi 2 e 3 [...]»), significativamente difforme dal tenore del comma 2 del medesimo articolo (laddove si dispone che «i ter-

mini previsti dall'art. 303 possono essere altresì sospesi [...], nel caso di dibattimenti o di giudizi abbreviati particolarmente complessi, durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera la sentenza nel giudizio di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni»).

Nel ragionamento della Corte di legittimità, la locuzione "sono sospesi" si contrappone alla locuzione "possono altresì essere sospesi", in modo non certo casuale, ove si consideri che il legislatore ha utilizzato le due espressioni nel medesimo articolo e per disciplinare casi particolari, fra loro difforni, per cui il provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per il tempo di redazione della sentenza può essere assunto di ufficio, senza un intervento dialettico delle parti.

Riproponendo a questi fini l'interpretazione che ravvisa nelle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 304 c.p.p. casi di "sospensione obbligatoria", sia pure operanti dopo apposita ordinanza sospensiva appellabile ai sensi dell'art. 310 c.p.p. e nelle ipotesi previste dal comma 2 del medesimo articolo casi di "sospensione facoltativa", subordinati alla richiesta del p.m. e alla valutazione discrezionale del giudice previa interlocuzione delle parti, si ribadisce come la statuizione di sospensione, pronunciata ai sensi del comma 1 dell'art. 304 c.p.p., abbia una natura sostanzialmente ricognitiva e dichiarativa in quanto subordinata al verificarsi di una delle condizioni ivi previste, cosicché la valutazione richiesta per l'adottabilità del provvedimento rimane limitata all'accertamento di questi presupposti, senza alcun margine di discrezionalità, trattandosi di situazioni del tutto oggettive che, una volta verificatesi in concreto, comportano la sospensione dei termini.

Di contro, nei casi di cui al comma 2 dell'art. 304 c.p.p., si prospetta una maggiore ampiezza valutativa, avente ad oggetto la condivisibilità o meno delle ragioni prospet-

tate dal pubblico ministero circa la complessità del dibattimento. Questa basilare fase processuale, nella quale giocano un ruolo fondamentale la parte pubblica e le parti private, non è assegnabile in via esclusiva al solo giudice e giustifica il preventivo contraddittorio in ordine alla questione sospensiva.

Del resto ulteriore conferma dell'odierno percorso argomentativo le Sezioni Unite traggono proprio dal precedente con il quale era stata affermata la necessità del confronto dialettico per le ipotesi di sospensione dell'art. 304, comma 2, c.p.p. In un *obiter dictum* di quella pronuncia si era precisato come alla medesima *ratio* non fossero riconducibili le ipotesi di sospensione previste nell'art. 304, comma 1, c.p.p., «obiettivamente rilevabili dal giudice senza margini di discrezionalità», per le quali «egli procede di sua iniziativa ed è tenuto, una volta accertati i dati che la legittimano, a pronunciare la sospensione» (Cass., sez. un., 31 ottobre 2001, n. 40701).

La previsione di un contraddittorio differito attraverso l'appello *de libertate*, ex art. 310 c.p.p., soddisfa altresì - a detta delle Sezioni Unite - l'esigenza di un controllo sulla scelta del termine, ai fini della sospensione della custodia cautelare, tutte le volte in cui la motivazione consenta di individuare un uso distorto della facoltà di differimento del termine di deposito della sentenza, perché correlata a ragioni estranee alla complessità del momento motivazionale.

L'interpretazione prescelta appare infine alla Cassazione perfettamente in linea con il principio di inviolabilità del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e con i precetti contemplati nell'art. 111 Cost., sia perché è garantito, mediante l'appello cautelare, l'esercizio pieno della garanzia, sia perché nella specie appare totalmente rispettata la "parità tra le parti".

Il problema affrontato dalla Corte di legittimità riguarda la sorte della misura cautelare in corso di esecuzione, applicata prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere. In particolare il quesito ha ad oggetto la possibilità di modifiche *in peius* della misura, per effetto del nuovo e più sfavorevole trattamento normativo. La vicenda della successione di leggi processuali si innesta dunque nel settore della libertà personale, dell'individuo, lasciando riemergere la classica difficoltà di applicare "meccanicamente" in questo contesto il principio *tempus regit actum*.

La Cassazione a sezioni unite opta per una soluzione compromissoria affermando che, «in assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova, più sfavorevole normativa» (Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 27919).

Si tratta di un arresto giurisprudenziale per molti versi atteso relativo alla modifica subita dall'art. 275, ad opera del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con mod. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, che ha "improvvidamente" ampliato il catalogo dei reati per i quali è fissata legislativamente una presunzione assoluta di inadeguatezza di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, attirando, com'è noto, gli strali critici della Consulta. La Corte costituzionale con tre sentenze successive ha censurato l'allargamento del c.d. doppio binario cautelare a fattispecie di reato non rigorosamente riconducibili nel novero di "stretta specialità" ed eccezionalità che aveva per lungo periodo consentito di giustificare la deroga suddetta con riguardo al catalogo di reati di "criminalità organizzata"

(C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265; C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164; Corte cost., sent. 19 luglio 2011, n. 231).

Le Sezioni Unite sono state chiamate invece a comporre il contrasto fra l'indirizzo secondo cui si applica la previsione riformata anche in riferimento alle misure cautelari emesse in applicazione della previgente, più favorevole disciplina ed ancora in esecuzione, alla luce del principio *tempus regit actum*, (questa l'impostazione prevalente: Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 8; Cass., sez. VI, 4 novembre 2001, n. 41717; Cass., sez. VI, 5 maggio 1992, n. 1505), e l'opzione minoritaria, in base alla quale le misure cautelari legittimamente adottate anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa e ancora in esecuzione non possono essere modificate per effetto dello *ius superveniens* (Cass., sez. VI, 6 ottobre 2009, n. 45012; Cass., sez. VI, 8 luglio 2009, n. 31778).

Tale ultima soluzione si era registrata proprio con riguardo al reato di cui all'art. 74 d.p.r. n. 309 del 1990, oggetto del contrasto deferito alle Sezioni Unite, laddove si era ritenuto che la modifica normativa con cui si è estesa la presunzione legale di inadeguatezza di misure diverse da quella custodiale costituisca una previsione di carattere processuale che, in quanto tale, si applica a coloro che abbiano commesso uno dei delitti indicati dalla novella anche in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, ma soltanto con riguardo alle misure cautelari che devono ancora essere adottate e non anche a quelle già applicate prima della stessa data, le quali, pertanto, non devono subire alcuna trasformazione in ragione della riforma di legge.

In realtà, come notato dalle stesse Sezioni Unite, l'operatività del principio *tempus regit actum* con riguardo a fattispecie complesse quali quella cautelare in cui il «compimento dell'atto, lo *spatium deliberandi* o gli effetti si protraggono e si estendono nel tempo», ren-

de assai peculiare la vicenda successoria. Inoltre, la prospettiva assiologica imposta dal bene essenziale della libertà dell'individuo non consente una recezione supina della regola intertemporale generale, ma impone un bilanciamento attento dei valori in gioco.

Le Sezioni Unite superano dunque l'*impasse* interpretativo delineando una contrapposizione fra il momento genetico dispositivo della misura e il momento dinamico funzionale della medesima con la quale si assegna all'istituto della revoca un ruolo innovativo e potenziato. In tale dimensione, l'applicazione della nuova, più severa disciplina alla custodia già in corso, con la conseguente introduzione della custodia in carcere, rischia di travolgere l'apprezzamento discrezionale compiuto dal giudice nel momento genetico, sulla base della normativa del tempo, che quell'apprezzamento discrezionale richiedeva. Secondo la Cassazione, pertanto, la nuova disciplina applicata a quelle fattispecie potrebbe «intaccare retroattivamente lo "statuto" normativo che aveva governato l'atto genetico e ne aveva definitivamente determinato le condizioni di legittimità». In altri termini, riferendo *ope legis* la disciplina più severa, e la presunzione da essa contemplata, alle misure cautelari in atto si verrebbe nei fatti ad applicare retroattivamente il *novum* ad un contesto già definito nelle sue coordinate fattuali e normative. Per le Sezioni Unite questa operazione non è consentita, in mancanza di una disposizione transitoria, proprio perché verrebbe a violarsi il *tempus regit actum*. L'apparato argomentativo della sentenza sfiora anche – senza tuttavia coglierne appieno le molteplici implicazioni – il tema dei rapporti fra misura cautelare e pena, e nell'evocare la mancanza di una disposizione transitoria, lascia forse un po' in ombra la valenza generale del *favor libertatis*. Non si accoglie invero la tesi della natura sostanziale del diritto alla carcerazione preven-

tiva, pur evocandosi le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che, valorizzando la centralità dell'art. 7 Corte e.d.u., sanciscono il principio di legalità dei reati e delle pene. I giudici di Strasburgo (Corte e.d.u., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*) si sono infatti pronunciati sulla controversa costituzionalizzazione del principio di retroattività della *lex mitior* enunciato nell'art. 2 c.p., affermando che il richiamato art. 7 «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge meno severa. Questo principio si traduce nelle norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». Non esistono tuttavia – aggiungono le Sezioni Unite – principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale, tanto meno nell'ambito delle misure cautelari.

Nel percorso delineato, il mutamento di scelta dei giudici di legittimità rispetto al proprio precedente (Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 8, cit.) che faceva leva esclusivamente sul *novum* normativo e al suo servizio poneva un artificioso, virtuale momento di revoca della precedente ordinanza cautelare, muove, piuttosto, da una lettura complessiva della disciplina della restrizione personale e del momento modificativo disciplinato dall'art. 299, commi 2 e 4, c.p.p. da cui deriva l'impossibilità di fare discendere in maniera automatica conseguenze deteriori sullo *status libertatis* a seguito del mero ingresso di una nuova disciplina peggiorativa che nulla abbia precisato in ordine al regime transitorio.

Le Sezioni Unite hanno affrontato i delicati profili della natura e del regime applicativo della recidiva pervenendo alla enunciazione di due principi di diritto strettamente correlati. In base al primo, è stata ribadita la caratteristica di circostanza aggravante a effetto speciale per la recidiva che può determinare un aumento di pena superiore a un terzo; pertanto, essa è soggetta, nel caso di concorso con altre circostanze dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento. Con il secondo principio di diritto, si è chiarito che la circostanza più grave deve individuarsi in quella con la previsione sanzionatoria più elevata nel massimo edittale; se la circostanza concorrente presenta, tuttavia, una pena più alta nel minimo edittale la pena irrogata in concreto non potrà essere inferiore a quest'ultima. Identica regola opera nei casi di recidiva c.d. obbligatoria, *ex art 99, comma 5, c.p.*, applicabile nei confronti dei soggetti già recidivi per un qualunque reato che commettano uno dei delitti annoverati nel catalogo contemplato nell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. (Cass., sez. un., 24 maggio 2011, n. 20798).

La scelta ha visto dunque prevalere l'orientamento maggioritario (*ex plurimis*, Cass., sez. I, 17 marzo 2010, n. 18513; Cass., sez. V, 24 marzo 2009, n. 22619; Cass., sez. II, 21 ottobre 2008, n. 40978; Cass., sez. II, 9 marzo 2008, n. 19565) che inquadrava la suddetta recidiva tra le aggravanti a effetto speciale, rispetto alla tesi minoritaria che invece, valorizzando l'art. 70 c.p., la inseriva tra quelle inerenti la persona del colpevole, ovvero soggettive, (Cass., sez. II, 4 marzo 2009, n. 11105; Cass., sez. VI, 22 novembre 1994, n. 1485), con la conseguenza che qualora concorresse con un'altra aggravante a effetto speciale non si sarebbe potuto applicare l'art. 63, comma 4, c.p. e, quindi, si sarebbe dovuto realizzare un duplice aumento di pena.

Nella prospettiva sposata dalle Sezioni Unite si assegna soprattutto rilievo all'argomento secondo cui la recidiva, circostanza pertinente al reato, richiede una «relazione qualificata tra *status* e fatto di reato», in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza, sia sul piano della pericolosità sociale. Lungo questa scia, nei casi di concorso omogeneo di circostanze, il giudice chiamato ad applicare due aggravanti, entrambe a effetto speciale, irrognerà la pena stabilita per la circostanza più grave, tenuto conto del minimo edittale previsto per la circostanza concorrente.

La mancata comparizione del querelato in udienza, ritualmente citato, e posto a conoscenza o in grado di conoscere l'intervenuta rimessione della querela, determina la mancanza di ricusa e, dunque, fa maturare l'estinzione del reato. Questo è il tenore del principio di diritto affermato dalla sentenza delle Sezioni Unite al fine di comporre il contrasto interpretativo registratosi sul punto (Cass., sez. un., 13 luglio 2011, n. 27610).

Si sono sostanzialmente profilati tre indirizzi giurisprudenziali. Una prima impostazione ha esaltato il tratto volontario e consapevole della remissione, per cui nell'ipotesi in cui non vi sia prova che l'imputato è venuto a conoscenza della remissione di querela, «la mancata comparizione all'udienza non può essere interpretata di per sé sola come volontà di accettare la remissione della querela» (Cass., sez. V, 3 febbraio 2010, Ballerini, n. 16598; Cass., sez., V, 26 febbraio 2009, n. 15613; Cass., sez. V, 7 marzo 2006, n. 15855).

L'indirizzo contrapposto ha desunto dalla mancata comparizione dell'imputato - previamente avvisato, con atto notificatogli regolarmente, che la sua assenza all'udienza

sarebbe stata considerata come tacita accettazione dell'avvenuta remissione – l'inequivoca valenza di manifestazione della volontà di accettazione della remissione. Infatti, laddove alla remissione di querela effettuata dalla persona offesa segua l'assenza dell'imputato nella successiva udienza, appositamente fissata, come da avviso notificato regolarmente, in concreto l'imputato pone in essere un comportamento di mancata ricusa della remissione (Cass., sez. V, 24 giugno 2010, n. 35900; Cass., sez. V, 31 marzo 2010, n. 19568; Cass., sez. V, 4 gennaio 2010, n. 118951; Cass., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 4229; Cass., sez. V, 3 marzo 2007, n. 34421).

Una tesi mediana, prescindendo dall'accertamento in concreto della consapevolezza da parte dell'imputato dell'intervenuta remissione, ha visto nella mancata partecipazione dell'imputato al dibattimento un comportamento di indifferenza alle sorti processuali, espressione di assenza di rifiuto della remissione (Cass., sez. V, 12 gennaio 2011, n. 7072; Cass., sez. V, 11 novembre 2010, n. 3359; Cass., sez. V, 27 maggio 2010, n. 35620; Cass., sez. V, 26 giugno 2008, n. 30614).

Le Sezioni Unite aderiscono al secondo indirizzo ma si soffermano precipuamente sulla peculiare situazione dell'imputato che, posto nelle condizioni di conoscere della remissione della querela, se ne disinteressa, nulla opponendo o facendo rilevare, con la conseguenza del maturare pieno della causa estintiva a vantaggio del querelato. Assume dunque rilievo soprattutto l'accertamento della conoscenza (o, almeno, della conoscibilità) della avvenuta remissione nei casi in cui l'imputato-querelato non sia comparso in udienza. In quest'ottica, l'imputato, posto nella condizione di conoscere l'intervenuta remissione della querela e che omette di presentarsi in dibattimento non pone in essere un comportamento neutro, mera espressione del suo diritto di non partecipare al processo

rimanendo contumace, ma, piuttosto, disinteressandosi della prosecuzione e dell'esito del procedimento, manifesta anche la propria volontà di non ricusare la remissione.

Precisi indici normativi confortano la scelta profilata: l'accettazione della rimessione della querela può essere espressa, con formalità analoghe a quelle dell'atto di remissione, ai sensi dell'art. 340, comma 1, c.p.p., o tacita, quando il querelato non ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di accettare la remissione (art. 155 c.p.). Le Sezioni Unite interpretano queste norme in una prospettiva "sostanzialistica" che lascia intravedere nel comportamento negativo di rifiuto e nella tacita volontà di impedire la rimessione la reale esistenza della ricusa. Ne discende che l'accettazione si presume sin tanto che non si registrino atti o comportamenti negativi, espressivi di una volontà contraria del querelato posto nella condizione di accettare o rifiutare. Ciò spiega la qualificazione della remissione di querela quale atto giuridico unilaterale che si perfeziona con la manifestazione di volontà e non necessita di accettazioni o adesioni del querelato, il quale può solo rifiutare e quindi rendere inefficace la remissione, impedendo la declaratoria di improcedibilità.

Dalla ricusa della remissione e, corrispondentemente, dalla mancata ricusa derivano infatti conseguenze rilevanti quali la prosecuzione del giudizio nella prima ipotesi e la condanna del querelato al pagamento delle spese processuali nel secondo caso, come disposto dall'art. 340, comma 4, c.p.p., modificato dall'art. 13 della l. 25 giugno 1999, n. 205. La previsione della condanna al pagamento delle spese processuali esige razionalmente che colui che la subisce sia posto nelle condizioni di ricusare la remissione della querela. Tale situazione impone di accertare che il querelato sia a conoscenza o sia stato messo in grado di essere a conoscenza

della intervenuta remissione; soltanto in detta eventualità egli può infatti consapevolmente decidere se rifiutare (espressamente o tacitamente) la remissione e quindi proseguire il giudizio, al fine di pervenire a una decisione sul merito ed evitare il rischio di subire l'onere delle spese processuali.

In quest'ottica, mirata all'accertamento della conoscenza (o, almeno, della conoscibilità) della avvenuta remissione, la mancata presentazione dell'imputato-querelato in udienza non integra un comportamento neutro, ma esprime un disinteresse specifico verso la prosecuzione e l'esito del procedimento, manifestazione implicita di una volontà di non ricusare la remissione.

Nel pervenire a tale conclusione, le Sezioni Unite rovesciano il ragionamento recentemente formulato con riguardo alla disciplina sostanziale che regola la remissione di querela (Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 46088); in quel caso la remissione tacita era stata infatti esclusa «nel caso di mancata comparizione del querelante, pur previamente avvi-

sato», in quanto l'assenza del soggetto proponente la querela non poteva di per sé essere ritenuta come un comportamento concludente. Con riguardo al quesito odierno si osserva, *ex adverso*, come la disciplina sostanziale che regola diversamente la ricusa tacita della remissione non consenta di sovrapporre le due fattispecie e di negare conseguenze estintive del reato per la mancata comparizione del querelato.

La questione affrontata dalle Sezioni Unite si pone peraltro nel solco di un recente disegno di legge attualmente pendente in Parlamento (S. 2625 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, nonché al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, in materia di remissione tacita della querela*», di iniziativa dei deputati Contento e Carlucci, presentato il 16 marzo 2011) ove è contemplata pure una modifica dell'art. 429 c.p.p. con espresso avvertimento al querelante che, non comparendo senza addurre giustificato motivo, il reato sarà dichiarato estinto per remissione tacita della querela.

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW



L'inefficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato non esclude un successivo sindacato in chiave di recupero probatorio

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 5 aprile 2011, n. 13626 - Pres. Lupo; Rel. Marasca

In assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbono considerarsi inefficaci. La dichiarazione di inefficacia degli atti può essere sindacata, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione, con conseguente eventuale utilizzazione degli atti medesimi.

RITENUTO IN FATTO

[omissis]

A seguito dell'accoglimento da parte del Presidente del tribunale della dichiarazione di astensione operata dai componenti del collegio che aveva fino ad allora condotto il dibattimento, alla udienza del 21 febbraio 2003, il Tribunale di Locri, in diversa composizione, disponeva la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale mediante lettura, ex art. 511 cod. proc. pen., degli atti di prova orale già espletati, in assenza della dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen.

Successivamente si verificava un altro mutamento del collegio ed il Tribunale, nella diversa composizione, disponeva rinnovazione della istruttoria dibattimentale mediante lettura degli atti di prova orale in precedenza espletati.

1.2. Con sentenza emessa il 21 gennaio 2001, il Tribunale di Locri dichiarava gli imputati colpevoli del reato associativo - ad eccezione dello ... assolto per non aver commesso il fatto - e degli altri reati rispettivamente ascritti per detenzione, acquisto e cessione di sostanze stupefacenti.

1.3. In parziale riforma della sentenza di primo grado, in data 14 marzo 2007, la Corte di appello di Reggio Calabria, dopo avere rigettato alcune eccezioni processuali concernenti la nullità della sentenza di primo grado per inutilizzabilità degli atti assunti dallo *iudex suspectus*, non essendovi stata la declaratoria di efficacia di cui all'articolo 42, comma 2, cod. proc. pen., e di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, effettuate in altro procedimento, per mancanza dei decreti autorizzativi, rigettava l'appello del ...

2. I motivi dei ricorsi.

2.1. ... deduceva:

a) la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. *c*) ed *e*), cod. proc. pen., in relazione agli artt. 42, comma 2, 525, comma 2, e 190-*bis* cod. proc. pen. e, con riferimento agli artt. 178 e 179 cod. proc. pen., perché il Presidente del tribunale, nell'accogliere la dichiarazione di astensione, aveva omesso di dichiarare, ai sensi del comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen., quali atti già compiuti dal giudice astenutosi conservassero efficacia; cosicché il collegio del Tribunale di Locri che conduceva il dibattimento non avrebbe potuto ritenere, sia pure con il consenso delle parti, utilizzabili atti per i quali era stata omessa la declaratoria di efficacia da parte del presidente del tribunale.

[*omissis*]

3. L'ordinanza di rimessione.

3.1. La Sesta sezione penale, alla quale era stato assegnato il procedimento in discussione, con ordinanza del 24 settembre 2010, rimetteva i ricorsi alle Sezioni unite penali.

L'ordinanza di rimessione, con riferimento al primo motivo di ricorso concernente, come già messo in evidenza, la nullità della sentenza di primo grado perché fondata sugli atti dichiarati utilizzabili ai sensi degli artt. 525, comma 2, e 511 cod. proc. pen., senza previa dichiarazione del Presidente del tribunale, che aveva accolto la richiesta di astensione, della efficacia degli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi, ritenuto di "carattere preliminare ed estensibile a tutti i ricorrenti", segnalava la esistenza di un contrasto di giurisprudenza.

Secondo un primo indirizzo (Sez. 1, n. 2799 del 1997, Rv. 207741, Z., investita per la soluzione di un conflitto di competenza e Sez. 1, n. 32800 del 2005, Rv. 231889, D.M.) «spetta al presidente di un tribunale che abbia autorizzato l'astensione di un giudice del medesimo tribunale e non al nuovo collegio giudicante indicare, ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenuto conservino efficacia, cioè possano essere mantenuti nel fascicolo per il dibattimento, ferma restando, poi, la competenza esclusiva del collegio giudicante a statuire in merito alla loro utilizzabilità effettiva, ai fini del decidere, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 511 cod. proc. pen. in relazione all'art. 525 dello stesso codice».

In motivazione la predetta sentenza distingueva il piano della efficacia degli atti precedentemente compiuti dal giudice ricusato o astenutosi di competenza del giudice della ricsuzione o della astensione da quello della utilizzabilità degli stessi mediante il meccanismo di acquisizione e recupero delineato dall'art. 511 cod. proc. pen. riguardante le letture consentite di competenza del collegio giudicante e concludeva affermando che «il riconoscimento della efficacia degli atti compiuti nel primo dibattimento costituisce la premessa logica e giuridica alla quale è subordinata l'applicazione dell'art. 511 cod. proc. pen.».

Secondo altro indirizzo (Sez. 1, n. 4227 del 1997, Rv. 208409, B., in fattispecie relativa a provvedimento di sospensione dei termini di custodia cautelare adottato dal collegio del quale faceva parte il giudice astenutosi), che sembra avere recuperato un precedente giurisprudenziale maturato in vigenza del precedente codice di procedura penale e con riferimen-

to all'art. 70, comma secondo, cod. proc. pen. del 1930, che affrontava il problema in termini di *validità* e non di *efficacia* degli atti (Sez. 2, n. 12233 del 1978, Rv. 140129, G.), invece, «sono validi gli atti compiuti dal giudice astenutosi, della cui sorte (validità o invalidità) non è fatta menzione nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione» (così anche Sez. 1, n. 27604 del 2001, Rv. 219145, S.).

I giudici rimettenti, dopo avere rilevato che, in mancanza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti compiuti dal giudice della ricusazione e/o dell'astensione, sembrerebbe esclusa la possibilità delle parti di consentire alla lettura dei verbali degli atti assunti, esclusione definita *singolare* in materia probatoria, preso atto del contrasto e della delicatezza della questione, rimettevano la soluzione del problema alle Sezioni Unite Penali.

3.2. Il Primo presidente, con decreto in data 21 ottobre 2010, assegnava il ricorso alle Sezioni unite, fissandone la trattazione all'odierna udienza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione controversa.

Le Sezioni unite debbono, pertanto, stabilire «se, in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato possano essere utilizzati».

1.1. In punto di fatto, come si è già rilevato, è accaduto che il Presidente del Tribunale di Locrì, ai sensi dell'art. 42, comma 1, cod. proc. pen., ha accolto la dichiarazione di astensione di alcuni componenti del collegio, a cui era stato assegnato il processo, ma ha ommesso di dichiarare, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 42, quali atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi conservassero efficacia.

Il nuovo collegio, su accordo delle parti, dichiarava utilizzabili gli atti probatori assunti in precedenza da altro collegio e ne dava lettura ai sensi dell'art. 511 cod. proc. pen.

Mutato ancora il collegio, si dava di nuovo lettura degli atti, assunti in precedenza, dichiarati utilizzabili sempre previo accordo delle parti.

Il ricorrente ... con il primo motivo di ricorso, ha dedotto la nullità della sentenza di primo grado perché fondata su atti probatori inutilizzabili, non essendo stata previamente dichiarata la efficacia degli atti dal Presidente del tribunale che aveva accolto la dichiarazione di astensione, provvedimento che costituisce il presupposto logico per la successiva dichiarazione di utilizzabilità, da parte del collegio giudicante, degli atti assunti dallo *iudex suspectus*.

La tesi del ricorrente non è condivisibile, e ciò anche a voler prescindere dalla considerazione che il motivo presenta un tasso di genericità non avendo il ricorrente indicato in modo specifico gli estremi del provvedimento, né quali sarebbero gli atti affetti da inefficacia né quali effetti concreti essi avrebbero prodotto sulla decisione impugnata.

1.2. Va premesso che gli istituti della incompatibilità, della astensione e della ricusazione tutelano specificamente il principio fondamentale della imparzialità del giudice.

Principio che implica, come chiarito da autorevole dottrina, non soltanto l'assenza di vincolo di subordinazione rispetto agli interessi delle parti in causa, ma, in una prospettiva più

ampia, la non soggezione a condizionamenti di ogni genere che possano prevalere sulla necessità di accertamenti e valutazioni serene ed esclusivamente ispirate dallo scopo di decidere secondo diritto e giustizia.

È indubbio che tale principio trovi un preciso fondamento costituzionale a seguito della revisione con la legge costituzionale n. 2 del 1999 dell'articolo 111 Cost., che ha fatto riferimento al concetto di *terzietà del giudice*, che costituisce un corollario di quello di imparzialità, implicando che il giudice si trovi in una posizione di estraneità alle funzioni sia dell'accusa che della difesa.

Sulla astensione di un giudice di tribunale decide, come è noto, il presidente dello stesso tribunale, al quale la dichiarazione sia presentata, con decreto e senza formalità di procedura (art. 36, comma 3, cod. proc. pen.), mentre sulla ricusazione decide la corte di appello (art. 40, comma 1, cod. proc. pen.) a norma dell'art. 127 dello stesso codice, dopo aver assunto, se necessario, le opportune informazioni.

Quando la dichiarazione di astensione o di ricusazione venga accolta, «il giudice non può compiere alcun atto del procedimento» (art. 42, comma 2, cod. proc. pen.).

Prescindendo dalla sanzione - nullità assoluta o inutilizzabilità - che colpisce gli atti eventualmente compiuti dal giudice dopo l'accoglimento della dichiarazione di astensione o ricusazione, perché non interessa ai fini della decisione sul motivo di ricorso in discussione, deve essere esaminato il comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen., secondo il quale «il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia».

Come già detto il provvedimento presidenziale in discussione ha omesso la declaratoria di efficacia degli atti assunti prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione anche con il concorso dello *iudex suspectus*.

La Corte di appello di Reggio Calabria, nel respingere l'eccezione di nullità analoga al motivo di ricorso, aveva ritenuto che «la fondatezza dell'eccezione è inficiata dalla circostanza [...] che la successiva acquisizione da parte del nuovo collegio di tutti i verbali delle prove precedentemente acquisite è avvenuta con il consenso delle difese». Ha concluso sul punto la corte territoriale che «il consenso in questione, lungi dal cadere su atti inefficaci (e perciò irrecuperabili), e quindi inefficace esso stesso, abbia l'effetto di sanare ogni possibile nullità (non assoluta, che qui non ricorre) ai sensi dell'articolo 183, comma 1, lett. a), cod. proc. pen.».

1.3. Sul punto, come correttamente rilevato dai giudici rimettenti, esiste un contrasto di giurisprudenza.

Secondo un primo indirizzo, che appare prevalente (Sez. 1, n. 2799, 16 aprile - 27 maggio 1997, Z., Rv. 207741, che ha risolto un conflitto di competenza insorto tra il presidente del tribunale che aveva accolto la dichiarazione di astensione ed il collegio giudicante), «qualora il presidente di un tribunale abbia accolto la dichiarazione di astensione formulata dal presidente del collegio giudicante costituito nell'ambito del medesimo tribunale, spetta allo stesso presidente del tribunale, e non al nuovo collegio giudicante, indicare, ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente conservino efficacia, cioè possano essere mantenuti nel fascicolo per il dibattimento, ferma restando, poi, la competenza esclusiva del collegio giudicante a statuire in merito alla loro utilizzabilità effettiva, ai fini del decidere, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 511 cod. proc. pen., in re-

lazione all'art. 525 dello stesso codice».

Nella motivazione la Corte distingueva il piano della efficacia degli atti precedentemente compiuti, al quale fa riferimento il comma 2 dell'art. 42, con quello della utilizzabilità degli stessi, mediante il meccanismo di acquisizione e di recupero delineato dall'art. 511 cod. proc. pen., riguardante le letture consentite.

Insomma il nuovo collegio potrebbe dichiarare utilizzabili soltanto gli atti previamente ritenuti efficaci dal presidente del tribunale, «costituendo il riconoscimento dell'efficacia degli atti compiuti nel primo dibattimento la necessaria premessa logica e giuridica alla quale è subordinata l'applicazione dell'art. 511».

L'indirizzo risulta confermato da Sez. 1, n. 32800, 7 luglio - 30 agosto 2005, D.M., Rv. 225756, Z. che ha stabilito che spetta al giudice della ricusazione e non al nuovo collegio giudicante, indicare, se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente conservino efficacia, e da altre decisioni (Sez. 6, n. 23657, 16 maggio - 11 giugno 2001, C., Rv. 219004; Sez. 2, n. 21831, 28 gennaio - 5 giugno 2002, T., Rv. 221986; Sez. 1, n. 4824, 18 aprile - 22 maggio 1997, G., Rv. 207588; Sez. 1, n. 25096, 26 febbraio - 3 giugno 2004, A.; e, in via incidentale, dal momento che il tema essenziale della decisione era costituito dalla ritenuta non impugnabilità del provvedimento di cui al comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen., Sez. 6, n. 1391, 26 ottobre 2006 - 19 gennaio 2007, C.).

1.4. Altro orientamento, inizialmente formatosi sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito, il cui art. 70, comma secondo, disponeva che «l'ordinanza (che accoglie l'astensione o la ricusazione) determina se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal magistrato astenutosi o ricusato o con il concorso di lui, conservano validità», ha, invece, affermato che gli atti precedentemente compiuti sono validi se non sia diversamente disposto nel provvedimento presidenziale che accoglie l'istanza di astensione (Sez. 2, n. 12233, 4 aprile - 12 ottobre 1978, Rv. 140129, G., che, però, affrontava la questione in termini di *validità e non di efficacia degli atti*).

Tale orientamento, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, è stato espresso da Sez. 1, n. 4227, 19 giugno - 16 luglio 1997, B., Rv. 208409, che ha fondato la decisione sui principi di conservazione degli atti e dell'economia processuale, «particolarmente sentiti in processi di notevole complessità, in cui sarebbe troppo macchinoso elencare le attività processuali ritenute ancora valide».

L'indirizzo è stato poi ribadito da altra decisione (Sez. 1, n. 27604, 4 giugno - 9 luglio 2001, S., Rv. 219145).

In tali ultime decisioni, entrambe pronunciate in fattispecie relative a provvedimento di sospensione dei termini di custodia cautelare adottato dal collegio del quale faceva parte un giudice poi astenutosi, si faceva, tra l'altro, notare che l'atto in discussione non aveva carattere contenutistico, ma procedurale, legato ad una valutazione di carattere esclusivamente formale.

1.5. È fondato il prevalente indirizzo giurisprudenziale.

In primo luogo la interpretazione letterale del comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen. non dà adito a dubbi.

La disposizione, infatti, nello stabilire che «il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia» determina in primo luogo con precisione il giudice che deve adottare il provvedimento.

Si tratta, invero, del giudice dell'astensione o della ricusazione, come affermato dalla richiamata sentenza, e come si desume dalla lettera della disposizione.

Del resto è proprio il giudice che decide sulla astensione che conosce i profili di incompatibilità del giudice astenutosi e che può quindi valutare con precisione gli effetti di tale rilevata incompatibilità sugli atti di natura probatoria assunti in precedenza.

Inoltre, proprio perché si tratta di un profilo molto delicato perché attiene alla imparzialità e terzietà del giudice, il provvedimento che decide la sorte degli atti posti in essere dal giudice astenuto deve essere adottato con la maggiore celerità possibile al fine di evitare dubbi sulla parzialità del giudizio.

In effetti hanno affermato la esclusiva competenza del giudice della ricusazione e della astensione ad adottare il provvedimento sulla conservazione di efficacia degli atti in precedenza assunti dal giudice astenuto anche le numerose sentenze che, pur riconoscendo la necessaria tempestività del provvedimento stesso, hanno giustificato, per la complessità delle valutazioni da compiere, la non contestualità del provvedimento *ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen.* all'accoglimento della dichiarazione di astensione, da adottarsi, comunque, in sequenza ravvicinata a quest'ultima (tra le tante, Sez. 6, n. 23261, 18 marzo - 27 maggio 2003, M., Rv. 225756, che aveva ritenuto legittimo il provvedimento di efficacia degli atti depositato il giorno successivo a quello dell'accoglimento della dichiarazione di astensione).

1.6. Ma se su tale questione non sembra esservi contrasto, e d'altra parte nemmeno il ricorrente pone problemi sul punto, vi è, come già rilevato, contrasto in ordine alla necessità o meno della declaratoria di efficacia degli atti precedentemente assunti dal giudice astenuto.

Ancora una volta la interpretazione letterale della disposizione non lascia adito a dubbi perché il comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen. precisa che «il provvedimento [...] dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia».

È vero che la disposizione in discussione, che sostanzialmente riproduce quella dell'articolo 70 del codice previgente, viene tradizionalmente considerata espressione del principio di conservazione degli atti (vedi *Relazione al Progetto preliminare del cod. proc. pen.*, 29), ma, come è stato attentamente osservato da autorevole dottrina, ove si fosse voluto attagliare la disposizione al principio di conservazione degli atti la si sarebbe dovuta formulare secondo uno schema antitetico del tipo "se e in quale parte gli atti compiuti perdano efficacia".

Del resto la prevalente dottrina, anche se qualche Autore ha avuto dei ripensamenti, si è pronunciata per la necessità di una espressa declaratoria di conservazione di efficacia degli atti, in difetto della quale gli atti compiuti dal giudice astenutosi e/o ricusato sono da ritenere improduttivi di effetti.

Vi è quindi una sorta di presunzione di inefficacia degli atti posti in essere dallo *iudex suspectus* prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o della ricusazione, che può essere rimossa con la declaratoria di efficacia di tutti o di alcuni atti dal giudice della ricusazione, che abbia verificato se malgrado la riconosciuta carenza di imparzialità del giudice, vi siano atti che non abbiano subito alterazione, così da poter essere conservati.

La necessità di una tale pronuncia, peraltro già affermata dall'art. 70 del codice di procedura penale del 1930, deriva anche da una interpretazione logico-sistematica dell'istituto in discussione.

Come si è già accennato, la disciplina delle incompatibilità, della astensione e della ricusazione è preordinata alla tutela del principio di imparzialità del giudice, coesistente alla funzione dello *ius dicere* ed alla attuazione del giusto processo richiesto dalla Costituzione, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155), che ha precisato che «tra i principi del “giusto processo”, posto centrale occupa l'imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato e che l'imparzialità è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione».

Ed anche la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la legge 4 agosto 1955, n. 848, all'art. 6, comma 1, dispone che «ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente [...] da parte di un tribunale indipendente e imparziale».

È allora perfettamente comprensibile che in presenza di situazioni nelle quali l'imparzialità è violata o, semplicemente, appare compromessa, la legge processuale disponga il controllo dell'efficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato quale ineliminabile garanzia che il loro contenuto non è stato pregiudicato dalla situazione di sospetto che ha motivato l'accoglimento della richiesta di astensione o di ricusazione (tali argomenti sono contenuti nella motivazione della sentenza Z. ed altri già richiamata).

L'obbligatorietà della declaratoria di efficacia degli atti *ex art. 42*, comma 2, cod. proc. pen. trova significativa conferma nella disposizione di cui all'art. 1 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 553, convertito nella legge 23 dicembre 1996, n. 652, come correttamente rilevato nella ordinanza di rimessione.

Tale decreto-legge intervenne subito dopo la sentenza della Corte cost. n. 371 del 1996, con cui fu dichiarata l'illegittimità dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia stata compiutamente valutata».

L'art. 1, comma 2, del citato decreto-legge dispose che conservano efficacia gli atti compiuti anteriormente al provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione del giudice per una delle cause di incompatibilità stabilite dall'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. quando sia già stata dichiarata l'apertura del dibattimento.

Si tratta di una norma transitoria e perciò eccezionale che deroga all'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., cosicché risulta confermato che la regola non è quella della conservazione di efficacia degli atti, bensì quella contraria della inefficacia degli atti, salva la diversa espressa dichiarazione di cui all'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.

La soluzione raggiunta comporta, però, alcuni rilevanti problemi.

1.7. La mancanza di una declaratoria di efficacia degli atti determina, come si è detto, la inefficacia di tutti gli atti compiuti dal giudice prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o dell'accoglimento della istanza di ricusazione; le parti potrebbero non essere d'accordo con tale decisione.

Anche sull'apprezzamento negativo, o parzialmente negativo, del giudice che ha accolto la ricusazione o ha autorizzato l'astensione le parti potrebbero dissentire sia subito dopo l'adozione del provvedimento, sia, a maggior ragione, dopo l'espletamento della istruttoria dibat-

timentale e, quindi, *causa cognita*.

Le norme procedurali prevedono la impugnabilità della ricusazione e la inoppugnabilità del provvedimento sulla dichiarazione di astensione.

In ogni caso, però, non è prevista la impugnabilità del provvedimento emesso *ex art. 42*, comma 2, cod. proc. pen. (Sez. 2, n. 25724 del 2004, Rv. 229029, C.; Sez. 6, n. 1391 del 2007, Rv. 235728, C.).

In effetti, come emerge dalla relazione al codice di rito, i rilievi della Commissione parlamentare, secondo i quali la previsione del comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen. avrebbe assegnato una discrezionalità troppo ampia al giudice della astensione o della ricusazione, non furono condivisi dal Governo, in quanto si osservò che, nella applicazione dell'abrogato art. 70, comma secondo, la giurisprudenza aveva evidenziato che scopo dell'ampio potere discrezionale conferito al giudice nel vagliare l'attività precedentemente compiuta dal giudice astenutosi o ricusato, è quella di consentirgli di verificare "con apprezzamento insindacabile", se nonostante la astensione o la riconosciuta carenza di imparzialità del giudice ricusato, vi fossero in concreto atti che, non risultando in alcun modo influenzati dalle situazioni descritte negli artt. 36 e 37 cod. proc. pen., non perdessero il loro valore processuale.

La inoppugnabilità del provvedimento in discussione, però, se non temperata da un sistema di rivedibilità o di sindacabilità della decisione del giudice dell'astensione e della ricusazione, finirebbe con il sottrarre definitivamente gli atti a contenuto probatorio dichiarati erroneamente inefficaci, o ritenuti tali per mancata pronuncia da parte del giudice dell'astensione e/o della ricusazione, all'apprezzamento del giudice del dibattimento che, fondandosi sul contraddittorio tra le parti, è il vero *dominus* nel sistema processuale vigente degli atti a contenuto probatorio.

Del resto, se la decisione del giudice dell'astensione e della ricusazione non fosse sindacabile dal giudice del processo, le norme processuali, che prevedono la inoppugnabilità del provvedimento *ex art. 42*, comma 2, cod. proc. pen., non si sottrarrebbero ad una censura di illegittimità costituzionale.

Tale problema si è, infatti, posto in sede civile, ove è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 cod. proc. civ. nella parte in cui non prevede l'impugnabilità con il rimedio del ricorso straordinario per cassazione dell'ordinanza che decide sulla ricusazione del giudice, in quanto il principio di imparzialità è sufficientemente garantito dalla possibilità per la parte, che abbia visto rigettata la propria istanza di ricusazione, di chiedere al giudice di appello un riesame di tale pronuncia impugnando la sentenza conclusiva resa dal giudice invano ricusato (Sez. un. civ., n. 17636 del 20 novembre 2003).

La Suprema Corte ha, altresì, precisato che in materia civile la ordinanza di inammissibilità dell'istanza di ricusazione non è impugnabile perché manca del necessario carattere della definitività, in quanto la non impugnabilità *ex se* dell'ordinanza non esclude che il suo contenuto sia suscettibile di essere riesaminato nel corso dello stesso processo attraverso il controllo sulla pronuncia resa con il concorso dello *iudex suspectus* (Sez. I civ., 23 aprile 2005, n. 8569).

Da quanto detto si desume che la illegittimità costituzionale derivante dalla inoppugnabilità dei provvedimenti in materia di astensione e ricusazione è stata esclusa soltanto perché il contenuto del provvedimento è suscettibile di essere riesaminato nel corso del processo; un siffatto principio di portata generale non può non essere valido anche in materia penale; da

ciò discende la necessità di una sindacabilità della declaratoria di efficacia, o della mancata declaratoria, ad opera del giudice del processo proprio per evitare, con una interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto, una illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.

1.8. Esaminando con maggiore precisione il provvedimento *ex art. 42*, comma 2, cod. proc. pen., deve dirsi che, come è stato correttamente osservato, si tratta di un provvedimento di natura non decisoria, ma dichiarativa perché fondato su una ricognizione degli atti a contenuto probatorio compiuta, *inaudita altera parte*, dal giudice della ricusazione, che ha in materia una competenza per così dire interinale (Sez. 6, n. 1391 del 2006, cit.), che non può frustrare la competenza esclusiva del collegio giudicante a statuire in merito alla loro utilizzabilità effettiva, ai fini del decidere.

Posto che non bisogna confondere il piano della *efficacia* degli atti precedentemente compiuti, al quale fa riferimento il secondo comma dell'art. 42 cod. proc. pen., con quello della *utilizzabilità* degli stessi mediante il meccanismo di acquisizione e di recupero delineato dall'art. 511 dello stesso codice riguardante le letture consentite, è necessario chiarire il significato della espressione "efficacia degli atti" contenuta nel comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen.

Il legislatore mentre definisce con precisione i concetti di inutilizzabilità e nullità degli atti a contenuto probatorio, non chiarisce cosa debba intendersi per inefficacia degli atti.

Orbene l'atto a contenuto probatorio ritenuto *efficace* è quello in grado di produrre effetti giuridici, e, quindi, in materia processuale penale è l'atto che può essere legittimamente mantenuto nel fascicolo per il dibattimento, fatto che costituisce il presupposto logico per una successiva, ed eventuale, utilizzazione dello stesso per la decisione.

Nel senso indicato si è espressa esplicitamente la Suprema Corte (Sez. 2, n. 21831, 28 gennaio - 5 giugno 2002, Rv. 221987), che ha affermato che la indicazione degli atti che conservano efficacia *ex art. 42* cod. proc. pen. ha il significato di precisare quali atti possano essere mantenuti nel fascicolo del dibattimento, ferma la competenza esclusiva del collegio giudicante a stabilire la loro utilizzabilità o meno ai fini della decisione sulla scorta di quanto previsto dagli artt. 525 e 511 cod. proc. pen.

E anche la Corte costituzionale (ord. n. 25 del 2010) ha stabilito che il provvedimento *ex art. 42*, comma 2, «vale [...] a delimitare l'area del possibile "recupero" dell'attività istruttoria già espletata», recupero che può avvenire soltanto se gli atti a contenuto probatorio siano stati inseriti nel fascicolo del dibattimento.

Quindi sono *efficaci* gli atti che legittimamente possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento; tali atti possono in una fase successiva essere dichiarati utilizzabili ai fini della decisione.

Tuttavia la discussione sull'inserimento o meno degli atti dichiarati efficaci ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen. non soffre la preclusione di cui all'art. 491, comma 1, cod. proc. pen., che riguarda la selezione degli atti e dei documenti che possono essere conosciuti preventivamente dal giudice del dibattimento, ma non le valutazioni del giudice circa l'ammissibilità della prova desumibile sia da atti inseriti nel fascicolo del dibattimento sia da atti che erroneamente non vi siano stati inseriti (Sez. 5, 18 aprile - 22 maggio 2000, n. 5944, B. e Sez. 6, 6 febbraio - 27 maggio 2003, n. 23246).

Ciò perché il giudice del dibattimento ha una competenza generale in ordine alla valuta-

zione di ammissibilità delle prove ed alla assunzione delle stesse e sarà, pertanto, tale giudice a verificare in ultima analisi anche la *efficacia* o meno degli atti a contenuto probatorio compiuti dallo *iudex suspectus* prima della autorizzazione alla astensione ed a determinare la definitiva inclusione o esclusione di tali atti dal fascicolo per il dibattimento, attività che deve necessariamente precedere la valutazione di utilizzabilità o meno delle prove.

1.9. In effetti, approfondendo l'analisi della situazione processuale in esame, non vi è dubbio che quando venga autorizzata l'astensione o accolta la istanza di ricusazione si assiste necessariamente ad un mutamento dell'organo giudicante, monocratico o collegiale che sia.

Ebbene in siffatta ipotesi, in ossequio al principio della immutabilità del giudice di cui all'art. 525, comma 2, cod. proc. pen., il dibattimento deve essere rinnovato e deve essere riproposta tutta la sequenza procedimentale prevista, a meno che le parti non consentano, o meglio non si oppongano (Sez. 5, 16 maggio - 19 settembre 2008, n. 35975, Rv. 241583) alla lettura dei verbali relativi alle prove in precedenza acquisite.

Ed è esattamente questo il momento in cui il provvedimento *ex art. 42*, comma 2, cod. proc. pen. può essere sindacato, perché le parti, prima di prestare il consenso alla lettura dei verbali delle prove già acquisite, ed il giudice, prima di dichiarare utilizzabili le prove stesse secondo il combinato disposto degli artt. 525 e 511 cod. proc. pen., valuteranno le prove acquisite anche per i profili che potrebbero determinarne la inefficacia ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.

1.10. Per concludere sul punto la soluzione prospettata di sindacabilità del provvedimento di declaratoria di efficacia degli atti a contenuto probatorio assunti dal giudice poi astenutosi o ricusato elimina i dubbi di costituzionalità dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen. e restituisce alle parti ed al giudice del dibattimento la piena disponibilità del materiale probatorio conformemente alla previsione del sistema processuale vigente.

Da tutto quanto precede risulta la infondatezza del primo motivo di impugnazione ... perché sia a seguito del primo mutamento del Collegio che del secondo i difensori consentirono alla lettura dei verbali degli atti probatori assunti; nella seconda occasione, infatti, risulta dal verbale di udienza che il consenso venne prestato dal difensore di ufficio, ritualmente presente, e già nominato come sostituto processuale dai difensori di altri due coimputati.

[omissis]

7. Conclusioni

In conclusione le Sezioni unite penali della Corte di cassazione, nel rigettare tutti i ricorsi e nel condannare i ricorrenti al pagamento delle spese del procedimento, hanno stabilito il seguente principio di diritto: *"in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbono considerarsi inefficaci"*.

Le Sezioni unite hanno, altresì, stabilito che *"la dichiarazione di inefficacia degli atti può essere sindacata, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione, con conseguente eventuale utilizzazione degli atti medesimi"*.

LAURA CAPRARO

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

Astensione e ricusazione: sempre sindacabile la scelta "interinale" sull'efficacia degli atti compiuti dallo *iudex suspectus*

"Disqualification" and "recusation": the "temporary" decision on the proceedings of the *iudex suspectus* can always be questionable

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

L'omesso provvedimento in materia di efficacia degli atti, all'esito della procedura di astensione o ricusazione – nonostante equivalga ad un globale non impiego processuale – potrà essere sindacato dal "nuovo" giudice in contraddittorio, fino a restituirne l'utilizzabilità. Principio in sé valido se la Corte, malgrado le diverse dichiarazioni di principio, non sovrapponesse la volontà manifestata dalle parti in materia con il consenso alla conservazione delle prove acquisite in dibattimento dinanzi al giudice rimosso (artt. 511 e 525 c.p.p.)

*It will be possible for the parties and the judge succeeded in consequence to the procedure os "disqualification" or "recusation" to control the neglected decision on the effectiveness of the proceedings. But the question is if the parties' consent to the "lettura" ex art. 511 c.p.p. means to agree to the use of the proceedings of the *iudex suspectus**

Le conseguenze dell'omesso provvedimento sulla sorte degli atti compiuti dallo *iudex suspectus*

L'intervento delle Sezioni Unite nasce dall'esigenza di determinare il valore da riconoscere agli atti compiuti dal magistrato sostituito in seguito all'accoglimento di una di-

chiarazione di astensione o della richiesta di ricusazione, quando il giudice che statuisce in materia ometta di provvedere¹.

La soluzione postula la esatta esegesi dell'art. 42, comma 2, c.p.p., a norma del quale «il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara

¹ Problematica analoga, come è evidente, a quella della ricusazione del giudice.

se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia».

Secondo la Corte l'interpretazione letterale della norma non può indurre in errore, dovendosi ritenere, come sostiene l'orientamento prevalente², che gli atti compiuti dal giudice sospetto sono inefficaci, salvo che non intervenga, contestualmente o meno³ alla dichiarazione di accoglimento un *dictum* del giudice della procedura incidentale che dichiara il contrario, "salvando" in tutto o in parte gli atti. Così letta la norma, è evidente che la risposta al quesito sulla sorte degli atti assunti dal giudice sospetto nella ipotesi in cui non vi sia alcun provvedimento da parte di chi decide sull'astensione o sulla ricusazione non può che avere una sola soluzione: tali atti sono inefficaci. Sul piano strettamente letterale, un'opposta interpretazione avrebbe dovuto poggiare su un dato normativo dalla diversa formulazione, come ad esempio la seguente: «il provvedimento (...) dichiara se e in quale parte gli atti compiuti perdono efficacia», che avrebbe lasciato chia-

ramente intendere che in assenza del provvedimento medesimo gli atti in oggetto conserverebbero efficacia.

L'esegesi accolta è inoltre confermata, secondo i giudici di legittimità, dall'argomento sistematico, alla luce del quale appare assolutamente ragionevole la necessità di una specifica verifica effettuata da un apposito organo⁴: poiché l'imparzialità, alla cui tutela sono preordinati tra gli altri gli istituti della astensione e della ricusazione, costituisce carattere indefettibile della giurisdizione⁵, del tutto giustificata appare la previsione circa il controllo sugli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato in presenza di situazioni in cui la neutralità appare violata ovvero anche solo compromessa. Attraverso tale controllo è infatti possibile accertare se vi siano ragioni che inducano a ritenere che tali atti sono stati intaccati da valutazioni affette da parzialità⁶, o a verificare «se, malgrado la riconosciuta carenza di imparzialità del giudice, vi siano atti che non abbiano subito alterazione, così da poter essere conservati»⁷.

Altro argomento a sostegno dell'interpre-

² Cass., sez. I, 16 aprile 1997, n. 2799, *CED Cass.*, 207741; Cass., sez. I, 7 luglio 2005, n. 32800, *CED Cass.*, 225756; Cass., sez. VI, 16 maggio 2001, n. 23657, *CED Cass.*, 219004; Cass., sez. II, 28 gennaio 2002, n. 21831, *CED Cass.*, 221986; Cass., sez. I, 18 aprile 1997, n. 4824, *CED Cass.*, 207588; Cass., sez. I, 26 febbraio 2004, n. 25096, *Riv. pen.*, 2005, 617. L'opposto orientamento, formatosi sotto la vigenza del vecchio codice (il cui art. 70 disponeva, al comma 2, che «l'ordinanza che accoglie l'astensione o la ricusazione determina se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal magistrato astenutosi o ricusato o con il concorso di lui, conservano validità»), facendo leva sul diverso concetto di "validità", afferma invece che gli atti precedentemente compiuti sono validi quando non sia diversamente disposto. Tale indirizzo, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, è stato espresso da Cass., sez. I, 16 luglio 1997, n. 4227, *CED Cass.*, 208409 e da Cass., sez. I, 9 luglio 2001, n. 27604, *CED Cass.*, 219145.

³ Secondo la giurisprudenza il provvedimento sulla conservazione di efficacia degli atti, pur dovendo essere tempestivo, può anche non essere contestuale alla dichiarazione di accoglimento della dichiarazione di astensione. Tra le tante, Cass., sez. VI, 27 maggio 2003, n. 23261, *Giur. it.*, 2004, 1706.

⁴ Nessun contrasto sembra esservi sull'organo competente ad emettere la dichiarazione di efficacia di cui al comma 2 dell'art. 42 c.p.p.: si tratta del «giudice che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione». Così, tra le altre, Cass., sez. I, 16 aprile 1997, cit.

⁵ C. cost., sent. 20 maggio 1996, n. 155.

⁶ Così, ad esempio, Cass., sez. I, 16 aprile 1997, n. 2799, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1369, con commento di Pierro, *Efficacia ed utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice astenuto*.

⁷ Così, la sentenza annotata.

tazione accolta è offerto – sempre a detta della Corte – dal rilievo che quando si è voluto dare ingresso alla opposta regola della efficacia degli atti precedentemente compiuti dal giudice astenutosi o ricusato, lo si è fatto con una norma derogatoria, e dunque eccezionale, rispetto a quella fissata dall'art. 42, comma 2, c.p.p., la quale evidentemente rappresenta la regola⁸.

Scelta sull'efficacia degli atti e statuizione sull'utilizzabilità delle prove come aree (formalmente) distinte

Nell'affermare che gli atti assunti dallo *iudex suspectus*, in assenza di un apposito provvedimento, restano privi di efficacia, la Corte di cassazione, tuttavia, aderisce alla tesi⁹ secondo la quale in relazione alla problematica in oggetto esistono due distinti piani, che non devono essere confusi: la declaratoria sull'efficacia degli atti precedentemente compiuti dal giudice poi sostituito e la possibilità che essi possano essere oggetto di utilizzazione dibattimentale a fini decisorii.

La decisione relativa alla efficacia degli atti è devoluta al giudizio dell'organo competente per la procedura incidentale¹⁰, ed attiene esclusivamente alla delimitazione dell'area del «possibile “recupero” dell'attività istruttoria già espletata»¹¹. Al peculiare piano di tale efficacia fa riferimento il provvedimento *ex art. 42, comma 2*, che ha natura puramente dichiarativa, perché è fondato su

una ricognizione degli atti compiuta *inaudita altera parte* dal giudice della procedura incidentale, il quale ha una competenza del tutto interinale¹².

La declaratoria di efficacia costituisce il *presupposto* affinché il giudice dibattimentale – oramai in diversa composizione – possa poi utilizzarlo come piattaforma per la decisione relativa all'impiego degli atti acquisiti prima del mutamento del giudice (artt. 525, comma 2, e 511 c.p.p.). Si comprende in questo modo come la “utilizzabilità” sia questione che esula dall'area applicativa dell'art. 42 c.p.p., per essere interamente rimessa alle valutazioni dell'organo chiamato a decidere, l'unico legittimato a determinarsi in ordine all'impiego del materiale formato nel corso del dibattimento.

Il *novum* della pronuncia: la sindacabilità del provvedimento *ex art. 42, comma 2, c.p.p.*

Così chiariti il significato dell'art. 42, comma 2, c.p.p., da una parte e dell'utilizzabilità degli atti probatori al dibattimento, dall'altra, la conclusione da trarre avrebbe dovuto supportare una pronuncia di accoglimento, almeno quanto al motivo di ricorso imperniato sulla asserita nullità della sentenza per avere il tribunale, nella diversa composizione determinata dall'accoglimento della dichiarazione di astensione, ritenuto utilizzabi-

⁸ Come è avvenuto con l'art. 1 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 553, convertito nella l. 23 dicembre 1996, n. 652, adottato proprio affinché potessero essere considerati efficaci gli atti compiuti anteriormente al provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione in seguito a C. cost., sent. 17 ottobre 1996 n. 371.

⁹ Già accolta da Cass., sez. II, 5 giugno 2002, n. 21831, *CED Cass.*, 221987.

¹⁰ In base alla interpretazione letterale dell'art. 42, comma 2, c.p.p. assolutamente pacifica è la competenza del giudice che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione ad emettere il provvedimento cui la norma medesima si riferisce.

¹¹ C. cost., ord. 25 gennaio 2010 n. 25.

¹² Cass., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 1391, *CED Cass.*, 235728.

li atti per i quali non era stato emesso alcun provvedimento di conservazione di efficacia.

Ed invece, mutuando il modello interpretativo elaborato dalla giurisprudenza civile, la Corte perviene a conclusioni opposte.

Partendo dalla premessa che soltanto il giudice che deve emettere la decisione «ha una competenza generale in ordine alla valutazione di ammissibilità delle prove ed alla assunzione delle stesse» e che alla luce di ciò soltanto tale giudice è legittimato a verificare «anche la efficacia o meno degli atti a contenuto probatorio compiuti dallo *iudex suspectus* prima della autorizzazione alla astensione ed a determinare la definitiva inclusione o esclusione di tali atti dal fascicolo per il dibattimento», la Corte di cassazione adotta la soluzione utilizzata in sede civile per dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 c.p.c. nella parte in cui non prevede l'impugnabilità mediante ricorso straordinario per cassazione dell'ordinanza che decide sulla ricusazione. Secondo la pronuncia cui è fatto rinvio¹³ la illegittimità costituzionale della inoppugnabilità dei provvedimenti in materia di astensione e ricusazione può, ed anzi, deve essere esclusa perché «il contenuto del provvedimento è suscettibile di essere riesaminato nel corso del processo»: tale principio avrebbe portata generale, di modo che esso deve essere considerato idoneo ad attagliarsi anche al settore penale.

In forza di siffatto ragionamento si perviene così a stabilire che, al fine di eliminare i rischi di illegittimità costituzionale per vio-

lazione degli artt. 3, 24, 25 e 111 Cost. – scaturenti dalla mancata previsione di impugnabilità del provvedimento emesso *ex art.* 42, comma 2, c.p.p.¹⁴ – è da ritenere valida la interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata, in base alla quale tale provvedimento è passibile di sindacato nel successivo corso del procedimento.

Quando viene disposta, in osservanza del disposto dell'art. 525, comma 2, c.p.p., la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, il giudice – prima che le parti si esprimano circa l'impiego delle prove acquisite dinanzi al diverso giudice – dovrà sindacare la decisione emessa *ex art.* 42, comma 2, c.p.p.: affinché ci si opponga o si consenta l'utilizzazione delle prove, occorre previamente capire quali atti compiuti dal giudice ricusato o astenuto conservino efficacia. Questa soluzione, stando al ragionamento seguito dalla Corte, consente di non menomare il primato del giudice dibattimentale, che è «il vero *dominus* nel sistema processuale vigente degli atti a contenuto probatorio»¹⁵.

Ora, prescindendo dal fatto che quest'ultima affermazione può essere condivisa soltanto nei limiti in cui la si àncori alla previsione dell'art. 526, comma 1, c.p.p., dalla cui indicazione certamente emerge come sia il giudice, in definitiva, a decidere di quale, tra il materiale formato *legittimamente*, intenda servirsi per emettere la decisione, occorre sottolineare come, a ben vedere, ad essere intaccato, prima ancora del “primato” del giudice, è il diritto delle parti alla prova¹⁶.

¹³ Cass., sez. un. civ., 20 novembre 2003, n. 17636.

¹⁴ Pacifica l'intenzione, risultante inequivocabilmente dalla Relazione al Codice, di connotare il provvedimento emesso a norma del 42, comma 2, alla stregua di un “apprezzamento insindacabile”.

¹⁵ È chiaro che tale impegnativa affermazione può essere condivisa solo nei limiti in cui la si àncori alla previsione dell'art. 526, comma 1, c.p.p., alla luce della quale certamente emerge come sia il giudice in definitiva, e non potrebbe essere diversamente, a decidere di quale, tra il materiale che si sia formato *legittimamente* e che quindi egli abbia a disposizione, intenda servirsi per emettere la decisione.

¹⁶ Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1968, 4 ss.

Quando svolge la verifica ai fini della dichiaratoria di efficacia degli atti precedentemente assunti ai sensi dell'art. 42, comma 2, c.p.p., il giudice dell'astensione o della ricusazione diviene infatti, in qualche misura, arbitro della prova, in merito alla quale decide senza alcun contraddittorio. Viene così scalfito il principio accolto nell'art. 190 c.p.p., che non solo riconduce l'iniziativa in materia probatoria in capo alle parti, ma soprattutto ne riconosce il "diritto" ad ottenere dal giudice l'ammissione di quelle richieste. Per tale motivo sarebbe forse auspicabile un intervento legislativo sul punto, che potrebbe eventualmente modificare la disciplina, innestando nel quadro della procedura incidentale volta a definire le questioni relative ad astensione o ricusazione, l'apporto fondamentale del contraddittorio¹⁷.

È difficile invece mettere in dubbio che la sindacabilità delle scelte compiute (o non compiute) in materia all'esito del procedimento di astensione o ricusazione è lo strumento attraverso il quale recuperare: a) la parte probatoria esplicitamente esclusa; b) quella che cadrebbe integralmente sotto la scure dell'inefficacia per omesso provvedimento in tema.

Al contempo, niente esclude che il sindacato dibattimentale moduli anche *in minus* la portata del deliberato sull'efficacia degli atti emesso nella procedura incidentale.

Profili critici nelle pieghe della motivazione

Si comprendono le ragioni inesprese che hanno indotto la Corte di cassazione a determinarsi per la soluzione proposta, con la quale si tendono a scongiurare i problemi derivanti dalla dilatazione dei tempi dei processi derivante dall'integrale rinnovazione istruttoria che consegue alla inefficacia degli atti per omesso provvedimento indicato dall'art. 42, comma 2, c.p.p.¹⁸.

Emergono, tuttavia, talune perplessità legate all'opzione ricostruttiva volta a consentire al giudice in diversa composizione la utilizzazione di atti precedentemente compiuti per i quali non è intervenuta alcuna dichiaratoria di efficacia.

In primo luogo, è difficile tralasciare l'accennato salto logico con il quale, *prima*, si afferma che la scelta all'esito della procedura incidentale è condizione necessaria a rimuovere la «presunzione di inefficacia» degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato (per consentire conseguentemente la utilizzabilità degli stessi¹⁹) e *poi* si nega il corollario della premessa accolta, che imporrebbe di considerare non impieghiabili gli atti precedentemente compiuti *in assenza* del provvedimento *ex art. 42, comma 2, c.p.p.* (la stessa Corte, ha evocato adesivamente la posizione della dottrina che «si è pronunciata per la necessità di una espressa dichiaratoria di conservazione di efficacia degli atti, in difetto

¹⁷ Ritiene auspicabile un intervento riformatore altresì Macchia, *Il vero punto dolente dell'automatismo è la decadenza delle misure cautelari*, Guida dir., 2011, 18, 64 ss., il quale ritiene che anche decisioni diverse dagli atti aventi natura probatoria poste in essere dal giudice astenutosi o ricusato dovrebbero meritare uguale, se non maggiore attenzione.

¹⁸ Motivazioni comuni, peraltro, all'indirizzo giurisprudenziale citato alla nota 2 volto ad avvalorare un'interpretazione ispirata al principio di conservazione degli atti particolarmente "utile" in processi di grande complessità.

¹⁹ Rispetto alla quale, come si è visto, essa costituisce presupposto logico imprescindibile.

della quale gli atti compiuti dal giudice astenutosi e/o ricusato sono da ritenere improduttivi di effetti»²⁰), stabilendo che l'omesso provvedimento può persino essere superato dal consenso alla lettura *ex art.* 511 c.p.p. e esplicitamente o implicitamente prestato dalle parti.

Ma ulteriori rilievi di ordine sistematico inducono a non ritenere soddisfacente la soluzione prospettata - sia pure in via parallela alla quaestio dedotta - quanto alla portata del principio di immutabilità del giudice imposto dal dettato dell'art. 525, comma 2, c.p.p.

Come è stato opportunamente sottolineato, per comprendere appieno tale regola, bisogna intendersi sul significato della espressione "partecipazione (dei giudici) al dibattimento" di cui alla norma citata e, conseguentemente, sulla individuazione delle attività integranti la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale postulata dalla norma medesima²¹. Come è noto, infatti, e come ha avuto modo di confermare la Corte costituzionale, la corretta esegesi dell'art. 525, comma 2, c.p.p., è quella in base alla quale «il rispetto del principio (della immutabilità del giudice) impone che, in caso di mutamento del giudice, si proceda alla integrale rinnova-

zione del dibattimento»²². Tale ricostruzione non è frutto di una particolare opzione ermeneutica, ma è imposta dalla considerazione dell'oralità - immediatezza alla stregua di principio naturale del giudizio²³: l'identità tra il giudice dinanzi al quale le prove si formano e quello che deve emettere la decisione è uno dei caratteri che devono connotare l'accertamento dei fatti.

Secondo le Sezioni Unite, nel caso in cui vi sia mutamento dell'organo giudicante, come accade quando sia accolta una dichiarazione di astensione o di ricusazione, il "nuovo" giudice deve provvedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale «a meno che le parti non consentano, o meglio non si oppongano (...) alla lettura dei verbali relativi alle prove in precedenza acquisite».

Ebbene, in relazione a tale lettura-acquisizione²⁴ di verbali di dichiarazioni²⁵ già rese è stato giustamente puntualizzato che essa «non può sostituire la normale e corretta procedura di formazione dibattimentale della prova, che postula invece il necessario ed attivo intervento dell'organo giudicante»²⁶; il principio di immutabilità del giudice postulato dall'art. 525, comma 2, c.p.p., infatti, non è soddisfatto dal ricorso alla lettura *ex art.* 511 c.p.p.²⁷: «una cosa è "leggere" e quindi

²⁰ Così, la sentenza che si annota.

²¹ Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 216 ss.

²² Si tratta di C. cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 17, *Cass. pen.*, 1994, 1172, con nota di Marandola, *Mutamento del giudice dibattimentale e sopravvenuta irripetibilità della prova* e *Foro it.*, 1994, I, c. 1630 con nota di Di Chiara; sulla medesima pronuncia Potetti, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte costituzionale*, *Cass. pen.*, 1995. Dello stesso tenore, C. cost., ord. 24 gennaio 1996 n. 99, *Dir. pen. proc.*, 1996, 550; *Cass.*, sez. IV, 9 maggio 1996, *CED Cass.*, n. 205297.

²³ Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976, 276.

²⁴ Nobili, *Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 267.

²⁵ È evidente che il problema delle modalità che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale deve assumere affinché sia rispettato il principio enunciato dall'art. 525, comma 2, c.p.p. attiene esclusivamente alle prove orali.

²⁶ De Luca, *Se cambia il collegio è sufficiente leggere i verbali o è necessario rinnovare l'istruttoria dibattimentale?*, *Dir. pen. proc.*, 1998, 1132.

²⁷ Merita dare conto che sia in dottrina che in giurisprudenza è ritenuta pacifica l'ammissibilità della lettura di dichiarazioni rese dinanzi al giudice poi sostituito in caso di oggettiva impossibilità di ripetere l'esame, cosicché il

rappresentare attività già compiute, altra e differente è “fornire nuovamente” le prove»²⁸. Né, d’altra parte, «il consenso della parte alla lettura (...) può costituire tacita acquiescenza ad un vizio²⁹ che, per essere at-

tinente alle modalità di svolgimento del processo e all’acquisizione delle prove, incide direttamente sull’esercizio dell’attività di difesa. Tali ambiti sono evidentemente sottratti alla disponibilità delle parti»³⁰.

problema della ammissibilità della lettura *ex art.* 511 c.p.p. e del consenso alla stessa prestato dalle parti si pone, come si comprende, solo in relazione alle ipotesi in cui l’esame possa essere ripetuto. Con riguardo a questa eventualità la posizione espressa dalla giurisprudenza prevalente (tra le altre, Cass., sez. I, 17 dicembre 1991, *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 435; Cass., sez. I, 18 marzo 1994, *Giust. pen.*, 1994, III, 298; Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, cit.), in senso contrario a quanto ritenuto dalla dottrina (per tutti, De Luca, *Se cambia il collegio*, cit.), è che la rinnovazione del dibattimento non sia necessaria – al pari delle situazioni di irripetibilità – anche quando le parti prestino esplicitamente o implicitamente il loro consenso affinché ciò avvenga. Per una analisi delle questioni accennate, si rinvia a Cipolla, *Mutamento del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura di prove dichiarative e rilevanza del consenso delle parti*, *Cass. pen.*, 2003, 3069 e Chinnici, *L’immediatezza*, cit., 245 ss.

²⁸ De Luca, cit., 1132.

²⁹ Ricordiamo che si tratta dell’unico caso previsto nel tessuto codicistico di nullità assoluta speciale. Secondo Gaito, *Quali limiti alla rinnovazione della prova dopo il mutamento del giudice dibattimentale*, *Dir. pen. proc.*, 1998, 1286, il fatto che la sanzione prevista per il caso in cui non vi sia stata rinnovazione del dibattimento dopo il mutamento del giudice sia qualificata assoluta, e dunque insanabile, esonera l’interprete da qualsiasi approfondimento contenutistico in merito alla funzione da assegnare all’eventuale consenso.

³⁰ Id., cit., loc. ult. cit.

Le Sezioni Unite e la litispendenza cautelare

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 1° marzo 2011, n. 7931 - Pres. Lupo; Rel. Cortese

Qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale de libertate, intenda usare nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio o porli alla base di una nuova richiesta di misura cautelare personale, ma la scelta così operata gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare.

[omissis]

1. La questione rimessa al Collegio, costituente oggetto dei primi due motivi di ricorso, riguarda specificamente «la sussistenza e i limiti del potere del pubblico ministero, nelle more del giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della decisione del tribunale del riesame di revoca della misura cautelare, di richiedere utilmente, sulla base di nuovi elementi, suscettibili di prospettazione anche in detto giudizio, l'emissione di una nuova misura cautelare nei confronti dello stesso soggetto e per i medesimi fatti». Essa si ricollega al più generale problema di quello che viene comunemente denominato "giudicando cautelare", e cioè dell'interferenza fra pendenza in atto di un procedimento cautelare e nuova iniziativa cautelare relativa allo stesso fatto.

[omissis]

Si osserva che la tesi della configurabilità di una preclusione all'adozione di un provvedimento applicativo di una misura cautelare nei confronti di un soggetto, nella pendenza del riesame dallo stesso proposto su analogo precedente provvedimento avente ad oggetto il medesimo fatto, viene sostenuta nel ricorso, e prospettata nell'ordinanza, tendenzialmente adesiva, della Sezione rimettente, sulla base dei principi affermati nelle sentenze Donelli e Donati delle Sezioni Unite. La prima ha stabilito che il pubblico ministero, nella pendenza di un appello cautelare da lui promosso contro il rigetto della richiesta di una misura restrittiva della libertà, è legittimato a proporre nuovi elementi di prova nello stesso giudizio impugnatorio e può valutare se scegliere tale strada o utilizzare quegli stessi elementi per una nuova richiesta al giudice cautelare, ma, tuttavia, nel caso di proposizione di nuova domanda, sussisterebbe per il giudice destinatario una preclusione a provvedere fino a quando non intervenga la decisione sull'appello. La seconda ha affermato sussistere preclusione all'esercizio dell'azione penale, anche prima della sentenza irrevocabile in un precedente giudizio per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona, avuto riguardo all'ufficio di procura che aveva già promosso la prima azione.

Secondo la Sezione rimettente, sebbene la situazione processuale oggetto della citata Sezione Unite Donelli (appello del p.m. ex art. 310 cod. proc. pen. avverso l'ordinanza di rigetto del g.i.p. della richiesta di applicazione di misura cautelare) fosse differente da quella venutasi a creare nel presente procedimento (giudizio di riesame a seguito di rinvio disposto in sede di legittimità a seguito dell'annullamento del provvedimento di caducazione dell'ordinanza applicativa da parte del Tribunale della libertà adito dall'indagato ex art. 309 cod. proc. pen.), i principi affermati nell'occasione dal Supremo Collegio parrebbero assumere una portata generale in grado di trascendere la fattispecie che ne aveva occasionato la pronunzia e di attrarre, quindi, nel proprio ambito applicativo anche l'odierna fattispecie. In particolare l'ordinanza di rimessione per un verso evidenzia che la sentenza Donelli, nell'affermare la preclusione alla rinnovazione dell'azione cautelare fondata su nuovi elementi di prova in pendenza dell'appello sul rigetto di precedente richiesta cautelare avanzata in riferimento allo stesso fatto, non ha condizionato la sussistenza di tale preclusione all'ipotesi dell'effettiva deduzione anche nel giudizio di impugnazione dei *nova* probatori (limitandosi in proposito a riconoscere all'organo d'accusa la facoltà di procedere a tale deduzione); per l'altro sottolinea come i limiti dell'orizzonte cognitivo del giudice del riesame sono suscettibili di estensione - su iniziativa tanto dell'accusa che della difesa - anche più di quelli del giudice dell'appello cautelare, senza che assuma rilevanza il fatto che il giudizio di riesame si celebri a seguito di rinvio, dovendo trovare applicazione anche nell'incidente cautelare, secondo l'interpretazione consolidatasi in proposito, il disposto dell'art. 627, comma 2, cod. proc. pen.

Né, ad avviso della Sezione rimettente, sembra rilevare in senso contrario che il nuovo esercizio dell'azione cautelare sia intervenuto tra la decisione di annullamento con rinvio ed il deposito della sentenza di annullamento, atteso che tale circostanza non incide sulla effettiva pendenza dell'impugnazione cautelare, che costituisce il presupposto dei principi affermati dalle Sezioni Unite. Ancora, al fine di contestare la rilevanza della particolare fase in cui si è nella specie esercitata la nuova iniziativa cautelare, l'ordinanza di rimessione sottolinea come il giudizio di rinvio può esitare tanto nella conferma del provvedimento impugnato, determinando la contestuale efficacia di due titoli cautelari ad identico oggetto, quanto nella conferma del suo annullamento, dando vita a un potenziale contrasto di giudicati cautelari, visto che il Tribunale del riesame ha già confermato la seconda misura cautelare adottata nei confronti del Testini.

Pertanto il principio affermato dalla sentenza Donelli - per cui la pendenza dell'appello cautelare introdotto dal pubblico ministero preclude al g.i.p. la decisione sull'eventuale nuova richiesta cautelare sul medesimo oggetto, ancorché fondata su nuove prove, fino alla conclusione del procedimento di impugnazione, potendo invece il titolare dell'azione cautelare riversare i *nova*, nel rispetto del contraddittorio con l'indagato, nel giudizio di appello - potrebbe trovare applicazione per i giudici rimettenti anche nel caso in cui la forma di manifestazione dell'impugnazione cautelare sia quella del riesame, a prescindere dalla circostanza che il relativo giudizio consegua o meno all'annullamento con rinvio disposto dal giudice di legittimità.

Tale conclusione parrebbe corroborata, secondo l'ordinanza di rimessione, dagli approdi interpretativi raggiunti, sempre dalle Sezioni Unite, con la successiva sentenza Donati.

L'ordinanza di rimessione sembra in particolare cogliere in questa sentenza l'affermazione

per cui la preclusione-consumazione riguardi ogni tipo d'azione, compresa dunque quella cautelare. Affermazione che costituirebbe la saldatura con la sentenza Donelli e, al contempo, proietterebbe quest'ultima oltre i limiti della fattispecie decisa, ancorando la preclusione ivi configurata allo stesso fatto della litispendenza tra impugnazione cautelare e il nuovo procedimento incidentale innescato dalla reiterazione della richiesta del pubblico ministero, e ciò a prescindere da ulteriori considerazioni in merito al momento di acquisizione degli eventuali *nova* (e in effetti la ricostruzione effettuata nella sentenza Donati prescinde da eventuali considerazioni circa il fatto che la reiterazione dell'azione penale si fondi su una diversa piattaforma probatoria).

Dopo tale prospettazione delle implicazioni generali desumibili dalle citate pronunzie delle Sezioni Unite, l'ordinanza di rimessione prende atto che la successiva giurisprudenza di legittimità a sezioni semplici non ha interpretato in modo univoco il fenomeno della contemporanea pendenza di iniziative cautelari aventi lo stesso oggetto. In proposito l'ordinanza passa in rassegna una serie di pronunzie, le quali, in alcuni casi, sembrano leggere la regola indicata dalla sentenza Donelli come una sorta di principio di alternatività degli strumenti cautelari messi a disposizione del pubblico ministero, con la conseguenza della caducazione di quello comunque attivato posteriormente (fosse pure - a fronte di una nuova richiesta cautelare - l'impugnazione del provvedimento adottato per primo), mentre in altri casi tendono a conferire uno statuto speciale alle ipotesi contraddistinte da sopravvenienze cautelari o probatorie.

Così, ad avviso di Sez. 1, n. 47212 del 13/12/2005, dep. 23/12/2005, P.M. in proc. Romito, Rv. 233272, se nel corso del giudizio sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, il p.m. adduce elementi probatori nuovi, già posti a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al g.i.p., l'appello deve essere dichiarato inammissibile sulla base del principio di alternatività tra le iniziative esperibili dalla parte pubblica in merito alla domanda cautelare in presenza degli elementi probatori nuovi (osserva la Corte che «se è vero che nel discorso giustificativo della decisione il massimo consenso ha espressamente configurato l'esistenza di una "preclusione a decidere" nei confronti del g.i.p., ove il p.m., in pendenza di appello *ex art.* 310 cod. proc. pen., abbia nuovamente esercitato l'azione cautelare nelle forme di cui all'*art.* 291 cod. proc. pen., non esiste alcuna ragione per escludere che lo stesso effetto preclusivo si verifichi nei confronti del giudice dell'appello nel caso opposto, ove cioè il p.m. abbia insistito in questa sede nell'azione cautelare [...] adducendo nuovi elementi già posti tuttavia a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al g.i.p.: anche in tal caso, infatti, si verifica il rischio di quelle interferenze che il principio affermato dalla sentenza Donelli tende ad evitare»).

In senso conforme Sez. 2, n. 18110 del 13.4.2005, dep. 13/05/2005, imp. Russo, non massimata (relativa a situazione in cui prima dell'appello cautelare, dichiarato per tale ragione inammissibile, il p.m. aveva avanzato al g.i.p. nuova richiesta di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere fondandola anche su elementi nuovi; il g.i.p. aveva accolto la domanda ma il tribunale del riesame aveva annullato il provvedimento; tale decisione era stata impugnata dal p.m. con il ricorso per cassazione), precisa che la sentenza Donelli non si prestava ad essere interpretata nel senso di limitare principio dell'alternatività al solo caso in cui fosse già intervenuto un provvedimento cautelare che aveva acquistato stabilità.

Ad avviso di Sez. 3, n. 40838 del 11/10/2005, dep. 10/11/2005, imp. Ighodaro, Rv. 232476,

in caso di appello del p.m. avverso ordinanza del g.i.p., la richiesta di nuova misura, pendente il primo, è ammissibile se si basa su una effettiva modifica situazione processuale quale potrebbe anche essere un serio pericolo di fuga.

Con riferimento all'ipotesi in cui, pendendo ricorso per cassazione del p.m. avverso la revoca della misura cautelare, lo stesso p.m. richiama nuova misura cautelare, Sez. 2, n. 6798 del 16/12/2004, dep. 22/02/2005, imp. Rizzo, afferma invece che le *rationes decidendi* della sentenza Donelli non ricorrono in caso di rinnovazione dell'azione cautelare in pendenza di ricorso per cassazione, «non ponendosi in sede di legittimità un problema di acquisibilità del *novum*».

Conformemente si esprimono, relativamente ad analoghe situazioni: Sez. 5, n. 19855 del 22/03/2006, dep. 12/06/2006, imp. Blandino, e Sez. 6, n. 24129 del 08/05/2008, dep. 13/06/2008, imp. Del Nogal Marquez, Rv. 240530 (che sottolinea altresì come, d'altronde, «nessuna preclusione sarebbe ipotizzabile con riferimento ad una nuova richiesta di revoca proveniente dall'indagato e basata su elementi sopravvenuti o non dedotti in precedenza »): entrambe nel senso che in caso di ricorso per cassazione del p.m. avverso revoca della misura cautelare, la pendenza del ricorso non preclude la nuova misura se basata su elementi nuovi.

3. Per quanto concerne la dottrina, non si rilevano particolari apporti sull'argomento in discussione.

In sede di ricognizione, prevalentemente adesiva, della giurisprudenza formatasi sul c.d. giudicato cautelare, si tende in genere ad estenderne i criteri operativi anche al giudicato cautelare.

In ordine in particolare alla sentenza Donelli si rinvencono critiche alla scelta interpretativa di fondo di riconoscere alle parti il potere di dilatare la piattaforma cognitiva del giudice dell'appello cautelare, individuandosi in tale opzione la causa della potenziale interferenza tra iniziative cautelari, la cui concorrenza in concreto troverebbe comunque una legittimazione e una regolazione nell'ordinamento nella disciplina prevista dall'art. 297 cod. proc. pen.

Sotto altro profilo si è rilevato che la decisione delle Sezioni Unite non pregiudica comunque l'esigenza del pubblico ministero di conseguire una tempestiva risposta cautelare a fronte dell'urgenza generata dall'acquisizione dei *nova*, atteso che in tal caso, al fine di evitare la preclusione alla nuova iniziativa cautelare, egli ben potrebbe rinunciare all'appello precedentemente attivato.

4. Un corretto approccio alla soluzione della questione oggetto di rimessione impone anzitutto il doveroso approfondimento degli snodi argomentativi che scandiscono la motivazione delle due menzionate pronunzie delle Sezioni Unite. Partendo dalla prima di esse (Sez. U, n. 18339 del 31/03/2004, dep. 20/04/2004, imp. Donelli, Rv 227357-227358-227359), può essere rilevato che nell'occasione il Supremo Collegio era stato chiamato a risolvere il contrasto sull'acquisibilità ed utilizzabilità nell'appello cautelare degli elementi probatori sopravvenuti all'adozione del provvedimento impugnato e presentati dalle parti, confrontandosi nel caso concreto con una fattispecie relativa al deposito da parte del pubblico ministero, in sede di appello dallo stesso proposto avverso il rigetto di una richiesta cautelare, degli esiti delle indagini svolte successivamente alla reiezione della domanda, produzione ammessa dal Tribunale che poi l'aveva utilizzata ai fini del ribaltamento della decisione del giudice di prime cure.

Questione risolta positivamente dalle Sezioni Unite, sulla base della rilevata simmetria (imposta dai codificatori come emerge dalla Relazione al codice di rito del 1988) tra appello cautelare e appello nel processo di merito, in forza della quale, dovendosi riconoscere al giudice dell'appello cognitivo introdotto dal pubblico ministero, pur nella restrizione del perimetro della cognizione del giudice investito della revisione critica del provvedimento ai punti della decisione effettivamente devoluti attraverso l'impugnazione, la legittimazione a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della motivazione del provvedimento impugnato che non abbiano formato oggetto di specifica critica, anche la cognizione del giudice dell'appello cautelare non può intendersi limitata ai singoli punti oggetto di specifica censura, ma deve ritenersi estesa all'integrale verifica delle condizioni e dei presupposti edittali che legittimano l'adozione della misura cautelare. In tal senso i motivi dell'impugnazione «segnano le ragioni del disaccordo rispetto al provvedimento recettivo e delimitano i confini dell'originaria domanda cautelare» in riferimento ai fatti ed alle circostanze oggetto di contestazione, ma al di là di questo limite la cognizione e la decisione del giudice dell'appello si estende «all'intero *thema decidendum*» e cioè all'esistenza di tutti i presupposti per l'adozione dell'invocato intervento cautelare.

A un simile allargamento dell'ambito decisionale non può non corrispondere, per le Sezioni Unite, una «pari ampiezza del materiale cognitivo». Ed in proposito, posto che il tradizionale modello di rito camerale (quale è quello previsto per l'appello *de libertate*) prevede che il dibattito si svolga sugli elementi precostituiti dalle parti – escludendosi la mutuabilità del modulo di rinnovazione dell'istruzione disciplinato dall'art. 603 cod. proc. pen. per l'appello cognitivo (ritenuto non esportabile per motivi che attengono alla struttura delle due diverse impugnazioni) –, la sentenza Donelli afferma che all'indagato deve essere consentita la produzione di nuovo materiale probatorio «sia preesistente che sopravvenuto» idoneo a contrastare i motivi di gravame dell'accusa o comunque a dimostrare l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare.

Da tale affermazione consegue per il Supremo Collegio, in ragione dell'esigenza di garantire in maniera effettiva il contraddittorio camerale in posizione di parità tra le parti, il riconoscimento anche al pubblico ministero della facoltà di introdurre eventuali nuovi elementi di prova nei limiti del *devolutum*. Ed in proposito la sentenza Donelli afferma che tali devono essere qualificati non solo quelli effettivamente sopravvenuti alla decisione reietta impugnata, ma altresì quelli ad essa preesistenti e non allegati all'originaria domanda cautelare ovvero quelli che, seppure allegati, non siano stati presi in considerazione dal primo giudice, i quali ultimi devono per l'appunto essere ritenuti “nuovi” rispetto a quelli su cui è fondata l'ordinanza impugnata e menzionati dal comma 2 dell'art. 310 cod. proc. pen. Ed in tal senso le Sezioni Unite si fanno carico anche dell'eccezione avanzata nell'occasione dal ricorrente, secondo cui ammettere il potere dell'accusa di riversare i *nova* nell'appello invece di attivare un nuovo incidente cautelare priverebbe l'indagato della doppia garanzia dell'interrogatorio *ex art. 294* cod. proc. pen. e del giudizio di riesame. In proposito la sentenza Donelli osserva come tali presunti deficit di garanzia siano abbondantemente compensati dalla necessità che si instauri un preventivo contraddittorio sulle produzioni accusatorie, oggetto di *discovery* già prima della decisione del giudice (contrariamente a quanto avviene nel caso di adozione del provvedimento cautelare “a sorpresa”), nonché dal divieto di immutazione peggiorativa dell'originaria richiesta e dal mantenimento da parte del cautelando dello *status libertatis* fino

alla definitività della decisione assunta dal giudice d'appello in senso eventualmente favorevole alle ragioni del pubblico ministero impugnante.

È a questo punto, e solo a questo punto, che la sentenza Donelli introduce il principio invocato dal ricorrente e richiamato dalla Sezione rimettente. Dovendosi infatti confrontare con l'ulteriore obiezione per cui la produzione da parte dell'accusa di materiale probatorio inedito potrebbe interferire con la possibilità che lo stesso pubblico ministero possa contemporaneamente decidere di ricominciare l'azione cautelare richiedendo al g.i.p. l'emissione di una nuova misura cautelare fondata sugli stessi elementi riversati nel giudizio d'appello, col duplice rischio di un potenziale contrasto di decisioni e della potenziale concorrenza di due titoli cautelari dall'identico contenuto, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio: «qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, rinnovi la domanda nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, allegando elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, è precluso al giudice, in pendenza del procedimento di appello, decidere in merito alla medesima domanda cautelare».

Nella relativa argomentazione si osserva come sia sbagliato ritenere che i due provvedimenti possano entrare in rapporto di concorrenza, dovendosi più correttamente configurare il rapporto tra le diverse opzioni assegnate alla pubblica accusa in termini di «alternatività». E ciò in quanto «non può invero consentirsi all'organo dell'accusa, nell'investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno "a sorpresa" e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva».

Nel fare tali affermazioni il Supremo Collegio non ha mancato di ribadire espressamente che gli elementi probatori "nuovi" sono tanto quelli preesistenti quanto quelli sopravvenuti, chiarendo che la soluzione interpretativa adottata non muta nell'ipotesi in cui la loro acquisizione sia successiva al provvedimento del giudice di prime cure ovvero alla stessa proposizione dell'impugnazione. Ciò che conta è che l'appello cautelare sia pendente nel momento in cui viene nuovamente esercitata l'azione cautelare e che dunque sia concretamente accessibile al pubblico ministero l'opzione del riversamento in tale giudizio dei *nova*.

Successivamente alla sentenza Donelli è intervenuta, come accennato, Sez. U, n. 24655 del 28/06/2005, dep. 28/09/2005, P.G. in proc. Donati, Rv 231800, la quale ha affermato il seguente principio: «Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal p.m., ma riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente» (principio questo consolidatosi nella giurisprudenza successiva: v. *ex multis* Sez. 4, n. 25640 del 21/05/2008 dep. 24/06/2008, P.M. in proc. Marel-la, Rv. 240783).

La sentenza Donati ha in sostanza consolidato – con opportune precisazioni – un orientamento sviluppatosi in tempi recenti nella giurisprudenza della Corte (ed emerso per la prima volta in Sez. 5, n. 1919 del 10/07/1995, dep. 02/10/1995, imp. Pandolfo, Rv. 202653), teso a far emergere la forza espansiva del principio del divieto di *bis in idem* contenuto nell'art. 649 cod. proc. pen. Sulla scorta della *ratio* sottesa alla disciplina dei conflitti positivi di competenza e dei contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero, tale orientamento, trascendendo il dato testuale della norma citata, ha esteso la portata della preclusione alla duplicazione di processi aventi ad oggetto il medesimo fatto anche all'ipotesi in cui il primo esercizio dell'azione penale non sia ancora esitato in una pronuncia irrevocabile. Orientamento che ha poi trovato l'indiretto avallo del giudice delle leggi, il quale in diverse occasioni – pur non affrontando *ex professo* la questione – ha dimostrato di accogliere un'accezione del principio del *ne bis in idem* più ampia di quella apparentemente contenuta nella norma processuale menzionata e tale da impedire l'eventualità di processi simultanei (in questo senso Corte cost., sent. n. 27 del 1995; ord. n. 318 del 2001; ord. n. 39 del 2002).

Nell'aderire a questa opzione interpretava la sentenza Donati (chiamata a decidere il ricorso avverso una sentenza predibattimentale di proscioglimento per l'improcedibilità dell'azione esercitata negli esatti termini soggettivi ed oggettivi che caratterizzavano altra regiudicanda pendente in grado di appello) sottolinea innanzi tutto la doppia anima del citato art. 649: presidio del principio di ordine pubblico processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile ed altresì – e soprattutto – regola costitutiva di un diritto civile e politico dell'individuo a tutela dell'interesse della persona, già giudicata, a non essere nuovamente perseguita per lo stesso fatto.

In secondo luogo il Supremo Collegio osserva come il ricorso alle regole dettate in materia di conflitto, tese fino a ricomprendere nella fattispecie di litispendenza anche le situazioni di continenza tra procedimenti, può essere condiviso nel caso di cognizione dell'identica regiudicanda in differenti sedi giudiziarie, ma non nell'ipotesi in cui la duplicazione dei processi si consumi all'interno della medesima sede (ancorché non nello stesso ufficio giudiziario, talché rileva in tal senso anche la doppia pendenza in fasi o gradi diversi), non interferendo con tale fattispecie le questioni di competenza che la disciplina dei conflitti intende per l'appunto regolamentare. Peraltro nemmeno la disciplina dei conflitti impropri è rilevante nel secondo caso per la Corte, prospettandosi come ipotesi di litispendenza non idonea a determinare quella situazione di stallo dell'attività processuale alla cui soluzione è finalizzata la norma di cui al comma 2 dell'art. 28 cod. proc. pen. secondo l'oramai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità.

In definitiva la sentenza Donati afferma l'esistenza di una lacuna nella disciplina positiva del processo, tanto più evidente se l'ordinamento processuale penale viene posto a confronto con quello civile, dove l'art. 39 cod. proc. civ. provvede invece espressamente a regolamentare l'ipotesi della litispendenza a prescindere dai profili di competenza, ricorrendo ad una regola che le Sezioni Unite ritengono peraltro non importabile nella disciplina del rito penale dove proprio all'accertamento della competenza viene assegnato un carattere assolutamente pregiudiziale in attuazione del principio costituzionale del giudice naturale.

Una volta scartata la praticabilità dell'espedito della sospensione del processo sopravvenuto (attesa la tassatività del disposto dall'art. 3 cod. proc. pen.), la soluzione alla menzionata lacuna deve essere ricercata per il Supremo Collegio proprio attraverso l'art. 649 cod. proc.

pen. Non tanto estendendo l'operatività di tale articolo anche al caso in cui non si sia già formato un giudicato (operazione impedita dagli inequivocabili limiti esegetici della norma), individuandolo come la "fonte" del principio del *ne bis in idem*, quanto, piuttosto, realizzando che lo stesso contiene una mera manifestazione dello stesso principio, al quale deve essere riconosciuto un carattere più generale, permeando esso l'intero ordinamento quale antidoto a comportamenti anomali di "abuso del processo", come del resto proprio il già menzionato art. 28 del codice di rito ben proverebbe. E pertanto se il divieto di *bis in idem* costituisce un principio generale dell'ordinamento, allo stesso deve guardarsi, ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, per colmare l'individuata lacuna normativa.

La Corte ricorda poi come «la matrice del divieto del *bis in idem* deve essere identificata nella categoria della preclusione processuale», istituto attinente all'ordine pubblico processuale e coesistente alla stessa nozione di processo come sequenza ordinata di atti coordinati fra loro, ciascuno dei quali condizionato da quelli che lo hanno preceduto e condizionante quelli successivi secondo precise interrelazioni funzionali.

La preclusione, sottolinea inoltre la sentenza, si risolve nell'impedimento dell'esercizio di un potere altrimenti attribuito ai soggetti del processo, risultato che può essere determinato da diverse cause, una delle quali è per l'appunto il pregresso esercizio dello stesso potere, nel qual caso essa deve intendersi come naturale conseguenza della consumazione di quest'ultimo. Ed in tal senso, dunque, deve ritenersi precluso l'esercizio dell'azione penale già esercitata per il medesimo fatto da parte del medesimo ufficio, che ha già "consumato" il suo potere di azione, senza che possa ritenersi tale lettura in contrasto con il principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. (essendo la non reiterabilità dell'azione - salvo i casi espressamente disciplinati dalla legge - conseguenza della sua irretrattabilità) e nella consapevolezza che la stessa è anzi effettivamente attuativa dei principi del giusto processo sanciti dall'art. 111 della Carta fondamentale.

Né, secondo la Corte, lo sdoppiamento del processo si sottrae alla regola del *ne bis in idem* per il solo motivo che l'esercizio dell'azione penale sia stato rinnovato per porre riparo a nullità assolute ed insanabili verificatisi nel primo procedimento. E ciò in quanto «una simile situazione deve trovare soluzione con l'applicazione delle regole che governano l'ordinaria dinamica processuale e non già con l'attribuzione al pubblico ministero della libertà di replicare, a sua scelta insindacabile, l'esercizio dell'azione penale», eventualmente rinnovabile solo a seguito della dichiarazione della suddetta nullità.

Il Supremo Collegio puntualizza infine come la preclusione-consumazione paralizza non solo la promovibilità dell'azione, ma altresì il potere di *ius dicere* del giudice del medesimo ufficio investito precedentemente della cognizione sull'identica regiudicanda.

A conferma delle conclusioni assunte la sentenza Donati passa conclusivamente in rassegna gli arresti giurisprudenziali che hanno scandito l'utilizzazione dello schema della preclusione e tra questi, oltre alle pronunzie che hanno teorizzato il giudicato cautelare, menziona proprio la citata sentenza Donelli, riportando un ampio stralcio della sua motivazione.

5. Ad avviso del Collegio, per cogliere con esattezza i limiti di operatività del c.d. giudicato cautelare, in relazione anche alle implicazioni realmente derivanti dalle sentenze Donelli e Donati, è indispensabile partire dalla considerazione che la relativa problematica è inscindibile dal tema - di cui è in qualche modo una diramazione - del c.d. giudicato cautelare. È

dunque su quest'ultimo che va focalizzata ora l'attenzione.

Come noto, le condizioni e i limiti di operatività nell'incidente cautelare dei principi fissati dagli artt. 648 e 649 cod. proc. pen. sono stati via via affermati e precisati da una serie di pronunzie delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 11 del 01/07/1992, dep. 10/09/1992, imp. Grazioso, Rv. 191183; Sez. U, n. 14 del 18/06/1993, dep. 21/07/1993, imp. Dell'Omo, Rv. 194312; Sez. U, n. 20 del 12/10/1993, dep. 08/11/1993, imp. Durante, Rv. 195354; Sez. U, n. 26 del 12/11/1993, dep. 27/01/1994, imp. Galluccio, Rv. 195806; Sez. U, n. 11 del 08/07/1994, dep. 28/07/1994, imp. Buffa, Rv. 198211-213; Sez. U, n. 2 del 15/01/1999, dep. 31/03/1999, imp. Liddi, Rv. 212807; Sez. U, n. 14 del 31/05/2000, dep. 23/06/2000, imp. Piscopo, Rv. 216261; Sez. U, n. 18339 del 31/03/2004, dep. 20/04/2004, imp. Donelli, Rv. 227359; Sez. U, n. 29952 del 24/05/2004, dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Romagnoli, Rv. 228117; Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 10/04/2007, imp. Librato, Rv. 235908), alla luce della cui complessiva elaborazione il c.d. "giudicato cautelare" va inteso come una preclusione endoprocessuale operante esclusivamente allo stato degli atti e con riguardo soltanto alle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte.

In tal senso la giurisprudenza di legittimità riconosce che le decisioni assunte a seguito delle impugnazioni cautelari, «in quanto accertamenti interni al procedimento *de libertate*, assumano un'efficacia preclusiva, che vincola il giudice e le parti ad assumere per definite le questioni effettivamente esaminate» (così espressamente la sentenza Piscopo cit.), fermo restando che tale preclusione non può essere *tout court* assimilata a quella conseguente all'assunzione dell'autorità di cosa giudicata dei provvedimenti irrevocabili del giudizio principale di cognizione, e ciò in ragione della naturale instabilità di quelli adottati nell'incidente cautelare, riflesso dell'esigenza, espressamente sancita dalle disposizioni del codice di rito, del costante adeguamento dell'intervento cautelare all'eventuale evoluzione dei presupposti di fatto che legittimano la restrizione della libertà.

La preclusione del giudicato cautelare, dunque, opera esclusivamente *rebus sic stantibus*, e cioè solo in caso di sostanziale immutazione della situazione presupposta, e solo in riferimento alle questioni dedotte e non anche a quelle deducibili (ma non dedotte).

Coerentemente a tale impostazione, questa Corte ha anche chiarito che la preclusione del giudicato cautelare attiene propriamente alle singole questioni, potendo in particolare il procedimento cautelare essere sempre attivato dall'interessato (in questo senso oltre alle già citate sentenze Piscopo e Romagnoli delle Sezioni Unite, può richiamarsi *ex multis* soprattutto Sez. 5, n. 40281 del 19/10/2005, dep. 08/11/2005, imp. Notdurfter, Rv. 232798), attraverso l'istituto della revoca *ex art. 299* cod. proc. pen., inteso come strumento teso a consentire non solo la valutazione *ex ante* delle condizioni di applicabilità delle misure, ma altresì quella *ex post* della persistenza delle medesime condizioni, nell'ottica (già evidenziata) di garantire la costante corrispondenza dello *status libertatis* dell'imputato all'effettiva attualità dei presupposti edittali, probatori o cautelari che legittimano l'adozione delle misure. Conseguentemente il giudice adito con la richiesta di revoca, o con la successiva impugnazione di una decisione di diniego della revoca, può limitarsi, per la giurisprudenza dominante, a richiamare le decisioni conclusive di precedenti procedure *de libertate*, qualora rilevi la riproposizione di questioni già valutate in precedenza, ma è sempre tenuto ad accertare d'ufficio la sussistenza di ragioni, pur diverse da quelle prospettate dall'interessato, indicative dell'insussistenza dei presupposti della misura (v. soprattutto le sentenze Piscopo e Romagnoli citt.

e Sez. 5, n. 28437 del 10/06/2004, dep. 24/06/2004, imp. Artale, Rv. 228897, la quale ha sottolineato come in tal senso quella del giudicato cautelare non può intendersi come una preclusione in senso proprio con riguardo al procedimento di revoca, ancorché il giudice investito della relativa istanza non possa contraddire le decisioni già assunte in una precedente impugnazione *de libertate* in assenza di sopravvenienze o di prospettazioni non già dedotte in precedenza).

La riconduzione del problema degli effetti delle pronunce sui provvedimenti cautelari alla categoria, non del "giudicato" in senso proprio (evocante una situazione di immutabilità e definitività, ritenuta, come detto, incompatibile con la natura contingente dei provvedimenti cautelari), ma della (mera) preclusione processuale (mirante ad impedire ulteriori interventi giudiziari in assenza di un mutamento del quadro procedimentale di riferimento), ha comportato anche la conseguenza che tale «effetto preclusivo viene ad essere determinato solo dall'esistenza di un provvedimento decisorio non più impugnabile», in riferimento al quale siano stati cioè esauriti i previsti mezzi di impugnazione, «e non anche nell'ipotesi della mancata attivazione degli strumenti processuali di controllo» (così espressamente la sentenza Romagnoli cit., che sulla base di queste premesse ha cristallizzato il principio, già affermato dalla sentenza Buffa, per cui «la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, neanche in assenza di fatti sopravvenuti»). Sulla stessa linea la sentenza Buffa cit., escludendo la natura impugnatoria dell'istanza di revoca *ex art.* 299 cod. proc. pen., ha affermato che la sua presentazione non preclude la successiva proposizione dell'istanza di riesame.

La categoria della preclusione processuale è stata in alcune pronunzie espressamente elaborata con riferimento, più che al generale principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 cod. proc. pen. (cui più esplicitamente si richiamano le più risalenti pronunzie, anche delle Sezioni Unite), alla preclusione disciplinata dall'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., per il procedimento di esecuzione. In tal senso, ad esempio, Sez. 2, n. 4042 del 28/09/1999, dep. 05/11/1999, Cieri, Rv. 214578, anticipando i contenuti poi ribaditi dalla sentenza Romagnoli, ha affermato che, nel caso di istanza di revoca della misura avanzata dall'interessato, è imposto al giudice il dovere di esaminare qualsiasi elemento e questione attinente alla legittimità del mantenimento della misura, con l'unica preclusione derivante dalla circostanza che il controllo delle condizioni di applicabilità sia stato già in concreto effettuato. Per la sentenza Cieri, infatti, la precedente decisione, anche se priva dell'effetto del giudicato, non può che produrre nei confronti delle parti interessate un'efficacia analoga a quella prevista dall'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. (secondo cui è inammissibile la proposta di incidente di esecuzione consistente nella mera riproposizione di una richiesta già rigettata basata sui medesimi elementi), che pone un principio di carattere generale (applicabile anche al di fuori del procedimento di esecuzione per cui è dettato), preclusivo, allo stato degli atti, di una nuova pronuncia giurisdizionale in ordine alle questioni già trattate (negli stessi termini, soprattutto con riguardo al richiamo all'art. 666, da ultima si veda Sez. 3, n. 14236 del 21/02/2008, dep. 04/04/2008, imp. Vinciullo, Rv. 239661).

La disciplina del menzionato art. 666 si muove senza dubbio nell'ambito di esigenze comuni allo stesso principio del *ne bis in idem* (in questo senso *ex multis* e da ultima Sez. 1, n. 3736 del 15/01/2009, dep. 27/01/2009, P.M. in proc. Anello, Rv. 242533), ma il profilo spe-

cificamente valorizzato non è quello della garanzia della stabilità ed immutabilità della decisione divenuta definitiva, ma quello della tutela dell'economia processuale attraverso la prevenzione della formazione di contrasti tra decisioni e della strumentalizzazione delle forme processuali (in questo senso tra le altre la sentenza Romagnoli cit. e la sentenza Librato cit., che sottolinea come in assenza di preclusione risulterebbe vanificata la previsione legislativa dei termini per impugnare i provvedimenti cautelari).

Il parallelismo tra giudicato cautelare e giudicato esecutivo (fondato sull'inidoneità dei provvedimenti adottati nei relativi procedimenti a costituire un vero e proprio giudicato ai sensi dell'art. 648 cod. proc. pen.) è stato di recente evocato, sebbene ad altri fini, anche da Sez. Un. 18288 del 21/01/2010, dep. 13/05/2010, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651, la quale ha affermato che l'elemento di novità idoneo a superare la preclusione determinata dalla decisione non più impugnabile assunta nei suddetti procedimenti può essere costituito anche dal mutamento giurisprudenziale segnato da un intervento delle Sezioni Unite.

Circa in particolare gli effetti del giudicato cautelare sul potere d'iniziativa del pubblico ministero è oramai consolidato in giurisprudenza l'orientamento per cui l'ulteriore esercizio dell'azione cautelare per lo stesso fatto, ed immutato lo stato degli atti, è precluso dalla caducazione del precedente provvedimento cautelare per ragioni non formali e cioè da una decisione negativa sui presupposti applicativi della misura assunta all'esito dei giudizi incidentali di impugnazione (per tutte si vedano le sentenze Grazioso e Durante cit.).

Quanto all'immutazione dello stato degli atti, che legittima invece la reiterazione dell'iniziativa cautelare (con le limitazioni previste dall'art. 297 cod. proc. pen. in ordine alla durata della custodia cautelare), la Corte ha precisato che la stessa può essere determinata anche da sviluppi investigativi relativi a circostanze maturate prima della deliberazione del giudice del gravame (così Sez. 6, n. 4112 del 30/11/2006, dep. 01/02/2007, imp. Di Silvestro, Rv. 235610).

6. Tirando ora le fila dal lungo discorso che precede, può osservarsi che se, da un lato, appaiono senza dubbio stringenti e pienamente condivisibili le argomentazioni della sentenza Donati circa l'immanenza nell'ordinamento processualpenalistico di un generale principio di preclusione, di cui la regola dell'art. 649 cod. proc. pen. è solo una particolare pregnante espressione, e che opera quindi anche in altri ambiti procedurali, dall'altro è intuitivo che ai caratteri e meccanismi di tali ambiti esso si adegui nell'esplicazione dei propri effetti. Per quanto concerne in particolare il procedimento cautelare, lo stesso ha insita nella propria *ratio* - come si è già avuto modo di ricordare - la natura contingente dei provvedimenti e la necessità del loro tendenziale adeguamento al mutare delle situazioni. Ciò è evidente, e di forte significato garantistico, per le tutele poste a presidio dell'indagato, attivabili e reiterabili con grande facilità e adottabili in vari casi anche d'ufficio. Ma vale, seppure in termini non sovrapponibili, anche dalla parte dell'accusa.

Ne consegue che l'«*idem*» il cui «*bis*» è precluso non può concretarsi ed esaurirsi, in ambito cautelare, come avviene invece nel processo cognitivo, nella mera identità del fatto (per la cui precisa nozione v. in particolare la sentenza Donati cit.), ma ricomprende necessariamente anche l'identità degli elementi posti (e valutati) a sostegno o a confutazione di esso e della sua rilevanza cautelare. Tale conclusione, pacificamente accolta, come si è visto, per la determinazione dei limiti del giudicato cautelare, non può non valere simmetricamente, per

comunanza di *ratio*, anche in tema di giudicando cautelare. Sarebbe, invero, oltremodo illogico, e contrario alle esigenze di tempestività tipiche del settore in discorso, negare, a causa di una pendenza in atto, l'immediato utilizzo dei *nova* utili a sostenere una determinata posizione, rinviandolo *ex lege* alla cessazione di quella pendenza. È del resto prassi corrente, della cui legittimità non si dubita, la proposizione, da parte dell'indagato, di istanze di revoca o sostituzione della misura, purché basate su elementi nuovi, mentre è in corso, non importa in quale fase, un procedimento cautelare relativo alla stessa contestazione; con quanto poi ne può conseguire, in termini di interesse, sulla sorte di quest'ultimo.

La soluzione non può essere diversa quando i *nova* siano fatti valere dal pubblico ministero. Le esigenze di una pronta tutela della collettività, costituenti il *pendant* di quelle che presidiano il *favor libertatis*, sono parimenti incompatibili con improprie e inutili dilazioni, quali quelle che deriverebbero da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa.

Le situazioni che si possono presentare nella realtà sono evidentemente le più varie e possono condizionare le scelte concrete del p.m. e riflettersi sulle conseguenze delle medesime sulla sorte dei procedimenti. Il punto fermo è comunque che l'autonomo utilizzo dei *nova* non può essere paralizzato da una pendenza in atto sullo stesso fatto, mentre a sua volta ne determina la non riversibilità dei medesimi in essa, operando, nell'identità degli elementi adottati, il meccanismo preclusivo.

La conclusione appena illustrata si armonizza agevolmente con la sentenza Donati, che, muovendosi sul filo del processo cognitivo e dovendo risolvere un problema ad esso specificamente pertinente, è sì risalita a un principio generale che lo trascende ma ne ha lasciato impregiudicata la definizione di limiti e modalità operative in altri ambiti procedurali e, in particolare, in riferimento al settore cautelare.

La conclusione stessa è anche conforme, malgrado qualche ingannevole apparenza, all'effettivo tenore della sentenza Donelli.

Quest'ultima, come si è sopra ricordato, chiamata a esaminare una fattispecie in cui erano stati, in sede di appello cautelare del p.m., prodotti dal medesimo e concretamente utilizzati elementi probatori sopravvenuti all'adozione del provvedimento impugnato, reiettivo della richiesta di misura, ritenne legittima la situazione descritta, e si fece carico degli inconvenienti cui tale soluzione poteva dar luogo, superando in particolare l'obiezione - collegata alla possibilità che lo stesso pubblico ministero potesse contemporaneamente decidere di ricominciare l'azione cautelare richiedendo al g.i.p. l'emissione di una nuova misura cautelare fondata sugli stessi elementi riversati nel giudizio d'appello - del duplice rischio di un potenziale contrasto di decisioni e della potenziale concorrenza di due titoli cautelari dall'identico contenuto, con il rilievo che le diverse opzioni assegnate alla pubblica accusa si ponevano in rapporto non di concorrenza ma di «alternatività». Il riferimento a tale concetto, letto in correlazione alla fattispecie concreta esaminata e alla puntualizzazione che "nuovi", ai fini in discussione, erano tutti gli elementi comunque non dedotti, indipendentemente dal momento della loro emersione, fosse anche posteriore alla stessa proposizione dell'impugnazione, rende chiaro che per la decisione in esame - al di là della sintetica formulazione del relativo principio di diritto dalla stessa enucleato - il p.m. resta libero di scegliere il "veicolo" in cui utilizzare i *nova* ai fini del perseguimento del suo obiettivo, ma che, una volta operata la scelta, non può più, per lo stesso utilizzo, fare ricorso al veicolo alternativo (con quanto di con-

sequenza, in termini di preclusione, sul suo avvio o prosieguo), scongiurandosi così anche il rischio del conseguimento di un duplice titolo per lo stesso fatto e sulla base degli stessi elementi.

In tale chiarita ottica interpretativa la relazione di preclusione posta dalla sentenza Donelli rivela il suo genuino carattere biunivoco, riassumibile nel brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*, e può ritenersi coerentemente estensibile a qualsiasi ipotesi di impugnazione incidentale *de libertate*, ivi comprese quelle introdotte dall'indagato, tra cui in particolare il riesame (nell'ambito del quale è ormai pacifico che anche il pubblico ministero può introdurre gli elementi di prova a carico sopravvenuti all'applicazione della misura cautelare: v. *ex multis* Sez. 1, n. 6165 del 29/11/1995, dep. 27/12/1995, imp. Biasioli, Rv. 203164; Sez. 1, n. 4689 del 06/07/1999, dep. 13/09/1999, imp. Piroddi, Rv. 214095; Sez. 4, n. 15082 del 24/02/2010, dep. 19/04/2010, P.M. in proc. Testini, Rv. 247023).

[*omissis*]

PAOLA MAGGIO

Ricercatore di Procedura penale - Università di Palermo

Con la “litispendenza cautelare” le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero

With “precautionary litispendenza” the joined sections intervene in the index of exclusions at the initiative of the Public Prosecutor

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

Il “giudicando” cautelare rappresenta l’ultima tappa di un percorso giurisprudenziale mirato a garantire la stabilità dell’accertamento in materia *de libertate* e a evitare il sovrapporsi di iniziative e di rimedi. Per contenere la “duplicazione” di istanze ai danni dell’imputato, le Sezioni Unite affiancano all’oramai invalsa nozione di “giudicato cautelare” il concetto di litispendenza, i cui effetti dovrebbero frapporre un ostacolo alle richieste cautelari dell’accusa fondate su nuovi elementi, nella contestuale proposizione di ulteriori rimedi processuali. Il percorso seguito lascia scorgere nitidamente l’obiettivo di ricondurre entro binari prefissati gli sviluppi cautelari ed evitare forme di “abuso”, coinvolgendo i tradizionali assetti sistematici e l’ontologica fluidità delle vicende *de libertate*.

Precautionary “judging” represents the final phase of the judicial process and guarantees the strength of the assessment while preventing the possibility that initiatives and solutions could overlap. To contain the “duplication” of motions against the accused, the joined sections flank the now firmly established notion of “precautionary judgment”, the concept of “litispendenza”. The effects of which aspire to interpose an obstacle upon any precautionary requests made by the prosecution that are founded upon new elements, in the contextual statements of additional procedural solutions. These procedures will make plain the objective of keeping precautionary developments on a clearly established track within firm guidelines to avoid various forms of “abuse” while involving systematic structures and the ontological fluidity of events for proving liberty.

Il “giudicando cautelare”: antidoto alle reiterate richieste dell'accusa nella sovradimensionata fase cautelare?

Per ben comprendere i termini della questione affrontata e risolta dalla Corte è opportuno premettere che essa si inserisce in una dimensione, quella cautelare, che è oramai divenuta “epicentro” procedimentale, luogo privilegiato in cui accusa e difesa manifestano le principali *chance*, momento in cui si predeterminano le linee del giudizio di merito e cui si affida, infine, il compito di anticipare gli scopi propri del processo¹.

La frequente ineffettività dell'obiettivo sanzionatorio finale, lascia spesso scorgere, *a parte accusationis*, una tentazione al ricorso massivo alle misure cautelari, chieste e reclamate in diverse sedi, anche reiteratamente². Sul fronte difensivo, d'altronde, il sistema tripartito di “impugnazioni” cautelari disegnato dagli artt. 309, 310, 311 c.p.p., combinato ai meccanismi di verifica *in itinere* delle misure, si presta a registrare istanze e rimedi proposti successivamente e, qualche volta, anche meccanicamente.

Questo stato di cose ha indotto addirittura a ravvisare un rovesciamento sistematico dei rapporti fra la fase incidentale e la verifica processuale³; in tale contesto, le patologie correlate al “fattore tempo” fanno sì che l'“irragionevole durata” del momento cautelare proietti ombre lunghe sulla verifica di merito, e allo stesso modo che meccanismi

preclusivi, artatamente diretti a inibire eccessi, fungano da antidoti verso anomalie comportamentali degli attori processuali.

Il sempre maggiore rilievo attribuito ai concetti di giudicato – e ora anche di litispendenza – nel corso dell'incidente cautelare può dunque esser meglio compreso laddove ai medesimi si assegni tacitamente il valore di presidi regolatori delle iniziative delle parti, al di là e ben oltre quelli che sono i contenuti dogmaticamente ascrivibili ai concetti stessi.

La posizione delle Sezioni Unite

Una volta chiarito lo sfondo, meglio si coglie l'intenzione, palesata dalla Suprema Corte, di risolvere il contrasto interpretativo prospettato ancorandosi ai principi enunciati nei due precedenti che, da un lato, hanno affermato la portata e i limiti della litispendenza⁴ e, dall'altro lato, hanno meglio definito il carattere devolutivo dell'appello cautelare su iniziativa del pubblico ministero⁵.

La lettura combinata delle suddette enunciazioni offre infatti alla Cassazione, in una linea di continuità, sicuri ausili e al contempo soddisfa l'esigenza di stabilità e certezza all'accertamento cautelare, seppure con le peculiarità riferibili alla mutevolezza e alla fluidità proprie di questo tipo di verifica.

Il punto di partenza è una delle “patologie involutive”⁶ delle quali odiernamente soffre

¹ Un quadro della situazione è offerto da Scalfati, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 938 ss.

² Si pensi inoltre alle interferenze tra i temi del giudicato e delle contestazioni a catena: Cass., sez. un., 23 aprile 2009, n. 20780, *Cass. pen.*, 2010, con nota di Ludovici, *L'impatto del giudicato sul computo dei termini cautelari: si restringe ancora il campo applicativo dell'art. 297 comma 3 c.p.p.*, *Cass. pen.*, 2010, 493.

³ Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio della minima interferenza al principio di preclusione*, *Cass. pen.*, 2008, 2190 ss.

⁴ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, *Cass. pen.*, 2006, 239.

⁵ Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, *Cass. pen.*, 2004, 2746.

⁶ Secondo Spangher, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, Corso-Peroni (a cura di), *Studi in onore di M. Pisanì*, *Riv. dir. processuale pen.*, I, Piacenza, 2010, spec., 807: il pubblico ministero, dopo il rigetto di una misura cau-

il sistema cautelare racchiuso nel libro IV del codice di rito, ovvero il rafforzamento del potere di iniziativa del rappresentante dell'accusa, che, nei risvolti concreti della vicenda, avevano fatto registrare, in pendenza di un'impugnazione cautelare (il riesame a seguito di annullamento con rinvio), una seconda iniziativa del pubblico ministero, *de eadem re ac persona*, sulla base di elementi "nuovi", suscettibili di considerazione anche nel giudizio incidentale.

La scelta delle Cassazione sembra netta: il limite frapposto all'iniziativa cautelare del pubblico ministero nell'utilizzo dei cosiddetti *nova*, preesistenti o sopravvenuti, deve intendersi nel senso che il medesimo possa scegliere se farli valere nel procedimento impugnatorio instaurato, ovvero porli alla base di una nuova istanza cautelare; tuttavia, *electa una via*, gli verrebbe formalmente preclusa la possibilità di coltivare l'altra.

Si fa così richiamo a una preclusione, derivante dalla situazione di "litispendenza cautelare". Tale concetto, di matrice civilistica e di difficile esportazione nel processo penale⁷, è stato riferito alla situazione patologica in cui si reiterano procedimenti ai danni di un soggetto e pregiudicano i diritti del cittadino⁸. Usualmente esso viene associato alle ipotesi di contestuale attivazione di due giudici differenti con riguardo allo stesso fatto, composte secondo il modello dei conflitti di competenza *ex art. 28 c.p.p.*

Più di recente, tuttavia, tentativi di estensione analogica dell'efficacia preclusiva del

giudicato penale, *ex art. 649 c.p.p.*, hanno sfruttato la litispendenza per potenziare l'operare di meccanismi inibitori, idonei a produrre effetti negativi sin dall'atto di esercizio dell'azione penale⁹.

Proprio da questo precedente - unitamente a un'altra decisione relativa agli effetti del "giudicato" nel giudizio di appello cautelare¹⁰ - il percorso delle Sezioni Unite trae ampia linfa argomentativa, pur non riuscendo a plasmare del tutto il tenore dei richiamati principi per adattarli alla specifica questione affrontata in questa sede.

Si fa memoria anzitutto della possibilità per il pubblico ministero di coltivare l'iniziativa cautelare nei confronti dello stesso indagato e per il medesimo fatto, nelle more della decisione sul suo appello contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura personale, mediante l'allegazione di elementi probatori nuovi, ritenendo preclusa al giudice la possibilità di decidere in merito alla medesima domanda cautelare¹¹. Un'enunciazione, questa, che ha riferito specificamente gli effetti del "giudicato cautelare" alle iniziative del rappresentante dell'accusa che intenda portare avanti richieste molteplici e successive, delineando altresì gli ambiti cognitivi del giudizio di appello cautelare rispetto ai *nova*.

In tale *decisum* la regola dell'alternatività, imposta dal Supremo consesso all'ufficio dell'accusa, derivava dalla volontà di inibire una superfetazione di domande cautelari nei confronti della stessa persona per un identi-

telare e in pendenza dell'appello, sceglie strategicamente di formulare una nuova richiesta basata su *nova*, anziché prospettare gli elementi suddetti dinanzi al tribunale della libertà, ove opererebbe pienamente l'effetto sospensivo.

⁷ Si vedano le classiche riflessioni di Foschini, *La litispendenza nel processo penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1965, 19; il concetto è analizzato da Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 306.

⁸ Lozzi, *Preclusioni (Dir. proc. pen.)*, Enc. giur., XXIII, Roma, 1990, 4.

⁹ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit., 239.

¹⁰ Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit., 2746. La continuità prospettica è sottolineata da Conti, *Harmonized precedents: le sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, Dir. pen. proc., 2011, 698.

¹¹ Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit. 2746.

co fatto ed era direttamente correlata al potere di azione del pubblico ministero, cui si rimetteva in definitiva la scelta tra l'una e l'altra soluzione. La preclusione conseguiva dunque all'esercizio del potere ad opera dello stesso titolare, e l'alternatività della scelta cautelare inibiva al giudice destinatario della seconda richiesta di decidere sin tanto che non fosse intervenuta la decisione dell'appello *ex art. 310 c.p.p.*, instaurando un delicato meccanismo sospensivo della nuova azione, in attesa della definizione del precedente procedimento cautelare.

Nella questione odiernamente affrontata dalle Sezioni Unite, la consumazione del potere di domanda cautelare – e dunque il maturare della preclusione – costituisce invece l'effetto di un giudicando *in fieri*, la cui formazione consegue all'attivazione del gravame da parte dell'imputato o del suo difensore. A ben vedere, dunque, il limite al potere dell'organo d'accusa deriva nella specie da un'iniziativa – l'impugnazione cautelare – coltivata dalla controparte processuale (riesame e conseguente annullamento con rinvio), mentre a rigore il concetto tradizionale di preclusione, come ammesso dalla stessa sentenza, dovrebbe riferirsi al "consumo" del potere a seguito del corretto esercizio del medesimo potere da parte del titolare¹².

Per usare una metafora semplificatrice: secondo il precedente, nella contestuale proposizione dell'appello cautelare e di un'istanza di nuova misura il pubblico ministero gioca la stessa carta su due diversi tavoli e "brucia" una mossa; per la sentenza in commento, di contro, la seconda "giocata", per così dire di

rimessa, verrà sì "bruciata", ma a seguito dell'attivazione del giudizio di riesame da parte dell'indagato.

Nelle motivazioni della Cassazione ampio spazio, come detto, è altresì dedicato all'altro precedente che ha accolto la nozione estesa di litispendenza penale¹³, inibente la proposizione di una nuova azione penale per uno stesso fatto e contro la medesima persona per i quali sia già avviato un processo (anche se in fase e gradi diversi) nella stessa sede giudiziaria, e su iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero.

La litispendenza, così intesa, fa sorgere la necessità di archiviazione del procedimento duplicato, ovvero, ad azione penale iniziata, impone una declaratoria di improcedibilità conseguente alla "consumazione" del potere, previamente esercitato dal pubblico ministero. Con la precisazione che la designata preclusione si riferirebbe esclusivamente alle litispendenze relative a procedimenti in atto davanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate quindi dalle previsioni sui conflitti positivi di competenza¹⁴.

Situazione, questa, assai distante rispetto allo specifico quesito posto alla base della decisione in esame. Va infatti sottolineata l'ontologica differenza tra azione penale e azione cautelare, la prima soltanto suscettibile di produrre il fenomeno della litispendenza. Del pari, le finalità squisitamente endogene dei provvedimenti cautelari, destinati ad esplicare la loro efficacia strumentale nell'ambito del processo nel quale operano, rendono assai difficile ipotizzare una proiezione

¹² Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, Riv. it. scienze giur., 1933, 3 ss.

¹³ Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, Dir. pen. proc., 2006, 719.

¹⁴ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit., 239. L'orientamento volto ad attribuire all'art. 649 c.p.p. contenuti più ampi rispetto a quelli derivanti dalla sua formulazione letterale era già stato espresso da Cass., sez. VI, 18 novembre 2004, n. 1892, CED Cass., n. 230760; Cass., sez. I, 30 aprile 2003, n. 24017, *ivi*, n. 225004.

degli esiti dei relativi accertamenti, al di fuori del precipuo ambito in cui essi soggettivamente ed oggettivamente rilevano¹⁵.

Emerge anche il significato profondamente alieno del giudizio cautelare rispetto all'ordinaria cognizione: quest'ultima si compone della sola base indiziario/probatoria, in presenza della quale è l'ordinamento a pretendere l'esercizio dell'azione "obbligatoria"; il primo - il giudizio cautelare - è di contro "duale", annoverando una base dimostrativa (i gravi indizi) e un quadro di esigenze cautelari del tutto mutevoli, volatili ed estemporanee, dunque insuscettibili di irrigidirsi in un giudicando che tale non può mai essere, proprio per la connotazione effimera del "periculum".

Si comprende pertanto il fatto che, malgrado la sentenza manifesti espressamente la volontà di innestare il proprio esito nell'alveo delle due precedenti decisioni delle Sezioni Unite, in realtà essa sembra discostarsene nel risultato effettivo, lasciando intravedere margini opzionali ancora estesi per il pubblico ministero, che dinnanzi agli elementi "nuovi" potrà agire senza incappare nel meccanismo della sospensione, sebbene con la consapevolezza di fondo che il loro impiego in una *sedes* cautelare paralizzerebbe l'altra iniziativa *in itinere*¹⁶.

La regola di diritto elaborata, in effetti, non esplica alcun effetto preclusivo rispetto all'introduzione da parte del pubblico ministero di una medesima domanda cautelare - purché fondata su un *novum* comunque emerso - malgrado, in relazione allo stesso fatto e allo stesso imputato, penda una identica richiesta

cautelare in una fase di gravame. Con la condizione che quello stesso "materiale" non sia già stato utilizzato per l'impugnazione.

L'unico limite preclusivo, alla fine, pare dunque attenere non tanto alla domanda, com'è proprio dei concetti richiamati di litispendenza o giudicato, quanto piuttosto all'utilizzabilità processuale del nuovo materiale istruttorio: nel senso che questi elementi potranno essere utilizzati a supporto della richiesta successiva, soltanto se non siano già prodotti nel gravame, e viceversa. Da questo punto di vista potrebbe affermarsi che le Sezioni Unite vogliano addirittura scongiurare la possibilità del verificarsi di preclusioni, dovesse insorgere *ex abrupto* un'esigenza cautelare, cosicché con l'alternativa imposta al pubblico ministero si vuole semplicemente evitare che sulla medesima situazione - trattandosi di regiudicanda fondata sul medesimo "*novum*" - si corra il rischio di pervenire a soluzioni contrastanti, formando un duplice titolo cautelare ugualmente efficace.

I termini del peculiare contrasto

La soluzione si innesta nelle letture offerte dalla giurisprudenza di legittimità, che in realtà, più che di una vera e propria diatriba interpretativa esprimevano una difficoltà di adattamento dei principi enunciati dai richiamati precedenti delle stesse Sezioni Unite¹⁷ alle più svariate ipotesi di pendenze plurime e contestuali di iniziative cautelari.

Un primo indirizzo, infatti, sottolineando il valore del principio di alternatività - già e-

¹⁵ La stessa giurisprudenza ha escluso che l'effetto della preclusione processuale possa operare relativamente ai procedimenti diversi, atteso il dispiegarsi del libero convincimento per ciascun giudice: Cass., sez. I, 19 gennaio 1996, n. 6020, *CED Cass.*, 203298.

¹⁶ Sulle categorie della preclusione per consumazione e della preclusione per inattività: Lozzi, *Preclusioni*, cit., 5.

¹⁷ Cass., sez.un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit., 2746 ss.

videnziato dalla decisione che precludeva al giudice investito della nuova domanda cautelare il potere di decidere in pendenza dell'appello - ne innovava i contenuti: la scelta del p.m., nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, di addurre elementi probatori "nuovi", già posti a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al g.i.p. ex art. 291 c.p.p., inibiva al giudice di appello ogni decisione, con conseguente necessità di pervenire ad una declaratoria di inammissibilità¹⁸.

Altre prospettazioni tendevano invece a differenziare la soluzione sulla base della tipologia delle sopravvenienze cautelari o probatorie, così da ritenere ammissibile, in caso di appello del p.m. avverso l'ordinanza del g.i.p., la richiesta di misura nuova, se la stessa risultasse fondata su una effettiva modifica della situazione processuale, data ad esempio da un serio pericolo di fuga¹⁹.

Nella successiva specificazione giurisprudenziale si era ritenuto che nessuna preclusione fosse ipotizzabile, nella fase successiva alla decisione adottata dal giudice d'appello, rispetto alla proposizione di una nuova domanda cautelare basata dal p.m. su elementi nuovi o assunti come tali; parimenti, nessuna preclusione poteva ravvisarsi con riferimento ad una nuova richiesta di revoca proveniente dall'indagato e basata su elementi sopravvenuti o non dedotti in precedenza, non potendosi configurare in tal caso una "scelta" tra la via dell'impugnazione di una

decisione sfavorevole e quella della presentazione di una nuova richiesta²⁰.

Si comprende meglio, dunque, l'opzione compiuta dalla Cassazione nella sentenza in esame di tracciare la strada della «alternatività», muovendo proprio dalla «identità del fatto e della persona», che consente di superare la preclusione suddetta in presenza di elementi "nuovi".

L'identità del fatto cautelare deve cogliersi nella fluidità dell'addebito che, in questa fase, potrebbe essere profondamente diverso da quello che confluirà nell'imputazione, in quanto condizionato e condizionabile dalla motilità dei presupposti e delle condizioni di applicabilità, oltre che dall'evolversi della piattaforma indiziaria.

Allo stesso modo, merita precisazione il profilo della novità degli elementi. Nell'accezione dei *nova*, utili a superare la preclusione, la Corte fa rientrare gli «elementi comunque non dedotti, indipendentemente dal momento della loro emersione, precedente o successiva alla proposizione dell'impugnazione». Un concetto indistinto, che lascia presupporre amplissimi margini di manovra da parte del pubblico ministero, magari mediante il ricorso a nuove "questioni" o nuove "deduzioni", oltre che mediante nuove "allegazioni". E le innumerevoli sfaccettature del requisito refluiranno anche sui giudici investiti di richieste "concorrenti e parallele", ingenerando obblighi di reciproca conoscenza dei contenuti originari delle vicende cautelari, per meglio discernere i caratteri

¹⁸ Cass., sez. I, 18 gennaio 2005, n. 8697, *CED Cass.*, 233272. Sulla stessa linea Cass., sez. I, 13 maggio 2010, n. 20297, *CED Cass.*, 247659, ha ritenuto inammissibile, in assenza di nuovi elementi, per la preclusione derivante dalla situazione di litispendenza che prescinde dalla formazione del cosiddetto giudicato cautelare, la richiesta di revoca della misura, il cui provvedimento applicativo sia stato già confermato dall'ordinanza di riesame impugnata con ricorso per cassazione non ancora preso in esame.

¹⁹ Cass., sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40838, *CED Cass.*, 2324769; Cass., sez. II, 16 dicembre 2004, n. 6798, *CED Cass.*, 230909.

²⁰ Cass., sez. VI, 8 maggio 2008, n., 24129, *CED Cass.*, 240530.

della novità utili a “fissare” o “rimuovere” la descritta preclusione.

Del resto la nozione di “giudicando cautelare”, ovvero sia di un provvedimento avente efficacia preclusiva prima ancora della sua formazione, si era già affacciata in talune letture giurisprudenziali²¹ che avevano posto l'accento sul divieto di formulare istanze cautelari nuove prima che lo stesso giudicato si formi e, cioè prima che sia concluso l'itinerario di impugnazione del provvedimento applicativo, salvo che con esse si adducano elementi sopravvenuti, erano un'accezione ampia e in un'ottica di *favor*, elementi sopravvenuti, erano soprattutto le prove astrattamente significative per l'esclusione della ragionevole probabilità della responsabilità dell'indagato, a prescindere dalla valutazione in ordine alla loro concreta capacità dimostrativa²². Nella prospettiva seguita odiernamente dalle Sezioni Unite, invece, la sopravvenienza può rivelarsi anche dannosa per il soggetto sottoposto a cautela, valendo a giustificare la seconda iniziativa cautelare del pubblico ministero dinanzi ai *nova* nelle situazioni variegata che si verranno a profilare in concreto.

Preclusioni anomale: giudicato e “giudicando” cautelare

La categoria del giudicando *in fieri*, oramai definitivamente promossa e avvalorata dalla giurisprudenza di legittimità nei termini sopra chiariti, evoca suggestioni anche sul pia-

no semantico. All'ossimoro evidente, già riscontrabile nella struttura linguistica dell'espressione “giudicato cautelare”, per la difficoltà di riferire la fissità del giudicato ad un accertamento, per sua stessa caratteristica, mutevole e progressivo, si affianca, l'utilizzo del gerundio “giudicando”, che ancor di più presuppone relazioni temporali, causali e modali cangianti, cui si correlano tuttavia, concettualmente, nei termini sopra chiariti, effetti preclusivi.

In tale seconda ipotesi è proprio l'interferenza fra la pendenza in atto di un procedimento cautelare e una nuova iniziativa, relativa allo stesso fatto, in mancanza di *nova*, a ingenerare l'effetto negativo.

Intuibili ed evidenti gli aspetti “pedagogici”²³, ma la “litispendenza” appare troppo nettamente condizionata dalla provvisorietà della contestazione e dalla continua mutevolezza della vicenda *in itinere*²⁴, lasciando presupporre il frequente superamento delle barriere mobili del giudicando *in fieri*.

Le Sezioni Unite, per giungere a quest'affermazione, interpretano estensivamente il disposto di cui all'art. 649 c.p.p. e leggono il *ne bis in idem* come un principio riferibile all'intero sistema, a fronte di esigenza di stabilità dell'accertamento²⁵. Si conferisce così un carattere biunivoco all'identificata relazione di preclusione, riassumibile nel brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*, e si riferisce il “giudicando cautelare” a qualsiasi ipotesi di impugnazione incidentale *de libertate*, comprese quelle introdotte

²¹ Cass., sez. V, 2 aprile 1998, n. 2075, *CED Cass.*, 210848.

²² Cass., sez. I, 13 maggio 2010, n. 25991, *CED Cass.*, 247985.

²³ Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 395.

²⁴ Si vedano gli aspetti diffusamente analizzati da Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 46 ss.

²⁵ Secondo Gaeta, *Le esigenze di una tutela tempestiva della collettività giustificano il potere attribuito alla pubblica accusa*, *Guida dir.*, 2011, n. 15, 61, le Sezioni Unite si limitano sbrigativamente a utilizzare il precedente per ribadire la rilevanza della litispendenza e adattarla alle necessità del giudizio cautelare.

dall'indagato, tra cui in particolare il riesame²⁶.

Sorgono sul punto le medesime perplessità già manifestate nell'accostare il "giudicato cautelare" alla più classica categoria della *res iudicata*, soprattutto con riguardo alla funzione di pacificazione sociale e di stabilità nella composizione dei conflitti, com'è noto, ispirata dallo scopo di sottrarre il cittadino dalla duplicità di intervento punitivo dello Stato, evitando, al contempo, una indefinita possibilità di riapertura dei processi²⁷. Tale funzione stenta non poco a misurarsi con il sistema cautelare, ove le decisioni sono prese sempre allo stato degli atti²⁸ e ove dovrebbe dominare, incontrastato, il presidio costituzionale della presunzione di non colpevolezza²⁹. D'altro canto, la garanzia di controlli successivi e i costanti sviluppi delle vicende relative alla libertà³⁰ mal si prestano a soggiacere ad argini realmente preclusivi.

Ugualmente complessi i problemi derivanti dalla usuale distinzione tra cosa giudicata formale e cosa giudicata sostanziale, ovvero sia fra l'effetto processuale che scaturisce dall'immutabilità della sentenza, non più soggetta ad impugnazione, sancito dall'art. 648 c.p.p., e l'effetto extraprocessuale che si risolve nel *ne bis in idem* e cioè nella impossi-

bilità di realizzare un nuovo giudizio per lo stesso fatto, anche se «diversamente considerato per il titolo il grado e le circostanze», come previsto dall'art. 649, comma 1, c.p.p.

Ciò consente meglio di comprendere perché la formazione di un giudicato (ora anche giudicando) *rebus sic stantibus* sui provvedimenti restrittivi della libertà personale non impugnati, nei confronti dei quali si siano esauriti i mezzi d'impugnazione proposti, ed essi stessi siano divenuti irrevocabili³¹, realizzi in conformità al *ne bis in idem* un effetto preclusivo per così dire *naïf*, sempre superabile dinanzi ad elementi nuovi rispetto alla situazione di fatto o di diritto su cui si basa la precedente decisione³².

Com'è noto, il giudicato non consente un secondo esame per la revocabilità del provvedimento, in assenza di un fatto nuovo³³ e, specularmente, non consente la riadozione del provvedimento cautelare quando nell'immutazione dello stato di fatto sia stata esclusa la sussistenza delle condizioni generali e delle circostanze di parametro, dettate dagli artt. 273 e 274 c.p.p., che giustificano l'adozione della misura³⁴.

La preclusione copre le questioni dedotte, implicitamente od esplicitamente, ma non anche quelle deducibili, cioè copre le que-

²⁶ Sulla possibilità per il pubblico ministero di introdurre gli elementi di prova a carico, sopravvenuti all'applicazione della misura cautelare, Cass., sez. I, 29 novembre 1995, n. 6165, *CED Cass.*, 203164.

²⁷ La giurisprudenza (Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, n. 20, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 610; Cass., sez. un., 1° luglio 1992, n. 11, *ivi*, 1992, 2990) ha ravvisato nelle esigenze di economia processuale, protese ad impedire la reiterazione di provvedimenti o di richieste di revoca illimitate, la attribuzione di una pur limitata efficacia preclusiva di natura endoprocessuale.

²⁸ Cfr., per tutti, Lorusso, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, *Cass. pen.*, 1994, 650. Sul tema altresì Pierro, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000, 193.

²⁹ Cfr. Riccio-Spangher, *La procedura penale*, Napoli, 2002, 260.

³⁰ Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614, *Foro it.*, 2007, II, 137 ss.

³¹ In questi termini, Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, n. 20, cit., 610; e, analogamente, Cass., sez. un., 4 luglio 1994, n. 11, *Dir. pen. proc.*, 1995, 69.

³² Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 445.

³³ In ordine al decorso del tempo, Cass., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 5828, *Cass. pen.*, 2001, 217.

³⁴ Cass., sez. fer., 6 settembre 1990, n. 2668, *Cass. pen.*, 1991, II, 356 ss.

stioni che anche se non enunciate in modo specifico vengono a integrare il presupposto logico di quelle espressamente formulate³⁵, e il giudice è tenuto a conformarsi alle «questioni effettivamente esaminate»³⁶. Operando esclusivamente allo stato degli atti, essa consente poi al giudice *de libertate* di richiamare le decisioni conclusive di precedenti procedure incidentali, qualora rilevi la riproposizione di questioni già valutate in precedenza, ma impone comunque di accertare d'ufficio la sussistenza di ragioni, pur diverse da quelle prospettate dall'interessato, indicative dell'insussistenza dei presupposti della misura.

La tipicità della "categoria" involge infine la declaratoria di inammissibilità, in quanto la giurisprudenza ha ritenuto, in talune occasioni, che il giudicato cautelare autorizzi il giudice a respingere una domanda di revoca o modifica senza fare valere ulteriori argomenti, ma non renda di per sé inammissibile la domanda suddetta, che instaura dunque validamente il nuovo procedimento incidentale³⁷.

Pur nella consapevolezza dei descritti ostacoli teorici, le prassi ammettono, e oggi ulteriormente chiariscono, l'operatività di "preclusioni" interne al procedimento incidentale *de libertate* alla stregua di criteri generali³⁸, sottesi ad un dovere del giudice di declinare la decisione, in conformità a quanto dettato dall'art. 649 c.p.p.

Tuttora irrisolto rimane però il nodo della

prospettata interpretazione, in chiave analogica, dell'art. 649 c.p.p., avversata dalla prevalente dottrina processualistica³⁹, così come poco convincente è la parificazione – proposta dalla sentenza in commento – con il giudicato esecutivo, elaborata espressamente con riferimento, più che al generale principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p., con la preclusione disciplinata dall'art. 666, comma 2, c.p.p.⁴⁰. Le vicende *in executivis* hanno infatti, come ben si comprende, natura, finalità ed esiti del tutto dissimili da quelli cautelari.

Il giudicato "in fieri", fra risvolti utilitaristici e obiettivi di razionalità del sistema

Guardando in filigrana la prospettata nozione di litispendenza cautelare, si scorgono anche gli effetti sull'onere motivazionale che grava sui giudici della libertà, poiché è innegabile che le preclusioni finiscano per realizzare "facilitazioni" nel giudizio su elementi identici, già oggetto di una decisione compiuta, piuttosto che frapporre veri e propri limiti invalicabili al potere decisorio.

Com'è infatti noto, il ricorso al giudicato cautelare, per il giudice della revoca chiamato a pronunciarsi nuovamente su un punto oggetto di un'articolata valutazione da parte del tribunale del riesame, vale spesso a comportare una agevolazione dell'obbligo di giustificare – anche per *relationem* – quanto già valutato in maniera identica⁴¹. Parimen-

³⁵ Cass., sez. un., 8 luglio 1994, n. 11, cit., 2928.

³⁶ Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 14, *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 387.

³⁷ Cass., sez. V, 8 novembre 2005, n. 40281, *CED Cass.*, n. 232798; Cass., sez. III, 18 maggio 2006, n. 17053, *ivi*, 234313. Su questi aspetti Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 519.

³⁸ Secondo Bassi-Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, 853 ss., una giustificazione del principio deriverebbe dall'utilizzo del procedimento analogico che consente di riferire i presupposti della irrevocabilità, del *ne bis in idem* e dell'inammissibilità anche al fronte cautelare.

³⁹ Ruggeri, *Il giudicato*, cit., 295 ss.

⁴⁰ Ad esempio, Cass., sez. II, 28 settembre 1999, n. 4042, *CED Cass.*, 214578.

⁴¹ Cfr. Bargis, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 176, 190 ss.

ti, con specifico riguardo ai poteri coercitivi del giudice procedente a seguito di un'ordinanza che annulla, revoca o riforma l'ordinanza impugnata, la motivazione con cui è stata annullata, riformata o revocata l'ordinanza, eserciterà un forte condizionamento sulla decisione del tribunale⁴². Nel caso di un appello cautelare, le ragioni dell'originario diniego della misura consentono, in assenza di *nova*, un più limitato contenuto argomentativo della decisione di rigetto.

Sotto questo profilo, le preclusioni rappresentano strumenti idonei soprattutto a consentire "vantaggi" dimostrativi, destinati però a cedere il campo, laddove si riscontri un qualsivoglia elemento di novità nelle richieste.

Il proliferare di preclusioni, quali rimedi all'eccesso di azione cautelare *eadem re ac persona*, mostra pure un ulteriore intento di razionalizzazione del sistema, in quanto le si consideri strumenti capaci di correggere le disfunzioni ravvisabili nelle richieste reiterate e dai contenuti identici.

Del resto a esse talvolta (e con scarso successo) ha cercato di far ricorso lo stesso legislatore: si pensi, a esempio, alla scelta legislativa di "imbrigliare" i poteri del pubblico ministero a mezzo della modifica dell'art. 405-bis c.p.p., mediante l'introduzione di un'ipotesi di archiviazione coatta dipendente dal giudicato cautelare⁴³, cui è seguita la declaratoria di illegittimità della Consulta, giustamente severa nel censurare i limiti frapposti al potere di esercizio dell'azione penale del rappresentante dell'accusa⁴⁴.

Potrebbe pertanto affermarsi che – così co-

me l'utilizzo del concetto di giudicato cautelare è risultato utile alla prassi, per evitare pronunce contrastanti da parte dei differenti organi di controllo sugli stessi temi o la riproposizione di istanze di libertà dal medesimo contenuto – l'individuata "litispendenza", in una continuità prospettica, si proponga soprattutto di evitare duplicazioni o reiterazioni di processi o possibili interferenze di situazioni con riguardo allo stesso fatto.

Al contempo tuttavia, mediante il significato derogatorio assegnato ai *nova*, essa vuole far prevalere l'esigenza di pronta tutela della collettività, costituente il *pendant* di quelle che presidiano il *favor libertatis*, rispetto alle dilazioni inutili e pretestuose, derivanti da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa.

Ci si rende conto, sotto questo profilo, della difficoltà di una totale parificazione della prospettata *ratio*, con riguardo alle posizioni dell'imputato e del pubblico ministero, in un quadro segnato dalla regola dell'alternatività, ma in realtà caratterizzato da poteri non simmetrici. Basti al proposito pensare al *favor libertatis*, in contrapposizione alla tempestiva tutela della collettività, richiamata nella specie con riguardo al potere cautelare del pubblico ministero per consentire il superamento delle barriere preclusive.

Impasse, questa, superabile laddove si assegnino, invece, più semplicemente, all'ennesimo ricorso alla litispendenza e alle correlate preclusioni, il senso di espressioni di razionalità del processo⁴⁵, ricollegate alla

⁴² Così Marzaduri, *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, Dig. pen., VIII, Torino, 1994, 96.

⁴³ Foschini, *La litispendenza*, cit., 19.

⁴⁴ C. cost., sent. 24 aprile 2009 n. 121, *Dir. pen. proc.*, 2009, 1367.

⁴⁵ Iacoviello, *Procedimento penale principale*, cit., 2214.

durata ragionevole e miranti ad apporre freni al potere di richiesta incondizionata del p.m.⁴⁶ che si traduca in disfunzioni patologiche.

Così facendo, la soluzione tracciata dalle Sezioni Unite trarrebbe conforto anche in una lettura costituzionalmente orientata del-

le norme sul potere di domanda cautelare, che induce a escludere *ab imis* la possibilità per l'organo dell'accusa di reiterare discrezionalmente e, a proprio piacimento, richieste contro la stessa persona per il medesimo fatto⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. Bargi, sub art. 3, l. 20 febbraio 2006 n. 46, (Gaito a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, II, *Norme di attuazione e altre leggi sulla giustizia penale*, Torino, 2006, 1989.

⁴⁷ Andrioli, *Preclusione (Dir. proc. civ.)*, *Ns. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 568, sottolinea come nel principio di preclusione prevalga «l'aspirazione alla certezza, sull'ispirazione alla giustizia». Secondo Lozzi, *Preclusioni*, cit., 2, l'istituto soddisfa anche importanti esigenze di giustizia del processo.

La durata della custodia cautelare pari a due terzi della pena inflitta non autorizza l'automatica cessazione della misura

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 31 marzo 2011, n. 16085 - Pres. Lupo; Rel. Macchia

La revoca della custodia cautelare non può essere disposta sulla base di una valutazione concentrata esclusivamente sulla corrispondenza della durata dell'applicazione della misura ad una percentuale, rigidamente predeterminata in ragione di un criterio aritmetico, della pena già irrogata all'imputato nel corso del giudizio di merito o che si presume potrà essergli inflitta all'esito dello stesso giudizio, prescindendo in tal modo da ogni considerazione della persistenza delle esigenze cautelari.

Il principio di proporzionalità, di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p., al pari di quello di adeguatezza opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

1. K.M. veniva tratto in arresto il 23 settembre 2009 in flagranza del reato di cui all'art. 110 c.p. e D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-bis, e, all'esito della convalida, gli veniva applicata la misura della custodia cautelare in carcere. Nei suoi confronti si procedeva con rito direttissimo e lo stesso veniva condannato, in primo grado, alla pena di anni due di reclusione ed Euro 4.000 di multa, poi ridotta dalla Corte di appello di Bologna ad anni uno e mesi quattro di reclusione ed Euro 3.000 di multa, con sentenza del 18 giugno 2010.

Successivamente, il 31 agosto 2010, il difensore dell'imputato presentava istanza di revoca della misura cautelare, lamentando la violazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2, in ragione dell'entità della carcerazione cautelare fino a quel momento sofferta dal proprio assistito ed ormai corrispondente a circa i tre quarti della pena applicata all'esito del giudizio d'appello. In data 2 settembre 2010 la Corte di appello rigettava l'istanza, limitandosi a rilevare come, nonostante il protrarsi della custodia, non potevano ritenersi attenuate le esigenze cautelari evidenziate nel provvedimento genetico della misura.

Il 6 settembre 2010 il difensore del K. impugnava l'ordinanza di rigetto ai sensi dell'art. 310 c.p.p., e, con decisione assunta il 22 settembre 2010, il Tribunale di Bologna, accogliendo l'appello, disponeva la revoca della misura cautelare ed ordinava l'immediata liberazione dell'imputato.

L'ordinanza del Tribunale evidenziava come il provvedimento di rigetto non avesse affrontato la questione, sollevata dall'istante, circa la sopravvenuta mancanza di proporzione tra la protrazione dello stato custodiale e l'entità della pena inflitta all'esito del giudizio d'appello. Questione che, invece, i giudici della libertà ritenevano fondata, ribadendo in tal senso un orientamento consolidato presso il Tribunale bolognese.

In particolare, l'ordinanza sottolineava come avverso la condanna pendesse ricorso per cassazione, apparendo peraltro improbabile che il grado di legittimità potesse esaurirsi prima che l'imputato espiasse in custodia cautelare l'intera pena applicatigli, venendosi così a determinare una situazione che, secondo i giudici bolognesi, sarebbe stata in contrasto con "la ratio sottesa al canone di proporzione" posto dall'art. 275 c.p.p., comma 2.

Del resto, sempre secondo il provvedimento impugnato, la necessità di rapportare la valutazione sulla legittimità della protrazione della custodia cautelare anche all'entità della pena in concreto già inflitta, sarebbe stato imposto dalla stessa disposizione da ultima menzionata; né l'ambito di operatività di tale indicazione normativa avrebbe potuto essere circoscritto a quello dell'applicazione iniziale della misura, atteso che l'art. 299 c.p.p. a sua volta impone al giudice cautelare la costante verifica della proporzionalità della misura già in esecuzione rispetto alla pena irroganda. D'altra parte, la regola in esame rappresenterebbe l'attuazione della direttiva n. 59 della legge-delega del codice di rito, la quale, nell'affermare il principio di proporzionalità, espressamente fa riferimento alla sproporzione sopravvenuta tra misura e pena irroganda.

Sotto altro profilo, i giudici bolognesi hanno precisato anche che l'individuato canone di proporzionalità opera in maniera autonoma e prioritaria rispetto agli altri parametri che concorrono a definire la legittimità dell'intervento cautelare, ed in particolare rispetto ai termini fissati dall'art. 303 c.p.p. nonché al principio di adeguatezza.

Ciò premesso, il Tribunale ha ritenuto di poter ancorare la valutazione di proporzionalità ad un criterio aritmetico da ricavarsi "orientativamente" dal limite massimo posto alla custodia cautelare dall'art. 304 c.p.p., comma 6 e cioè quello dei due terzi della pena editale prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza. Peraltro, l'ordinanza si è premurata di precisare come il rinvio alla regola aritmetica posta dalla norma da ultima menzionata assuma un valore, per l'appunto, meramente "orientativo", dovendosi comunque prendere in considerazione ulteriori parametri, come ad esempio quello dei prevedibili tempi in cui la condanna possa assumere il carattere della definitività, ovvero quello della consistenza della frazione di pena residua da espia. In caso di revoca della custodia cautelare.

La tesi accolta, secondo l'ordinanza impugnata, non sarebbe poi contraddetta dalla regola posta dall'art. 300 c.p.p., comma 4 secondo cui la misura custodiale perde efficacia se al momento della pronuncia della sentenza di condanna anche non definitiva il presofferto cautelare non è inferiore alla pena inflitta. Infatti, tale disposizione assumerebbe la veste di norma di chiusura, in grado di rimediare a posteriori alla frustrazione del canone di proporzionalità, allorquando la pena irrogata si sia attestata su livelli inferiori a quelli previsti o prevedibili.

Infine, a sostegno della soluzione adottata, il Tribunale ha richiamato un orientamento di legittimità che ha valorizzato i principi affermati nell'ordinanza impugnata, pur ricordando come esso risulti contrastato da altro indirizzo della Corte.

2. Avverso l'ordinanza del Tribunale di Bologna ha presentato ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale medesimo, il quale prospetta, come unico motivo, l'erronea applicazione della legge processuale penale in riferimento al disposto degli artt. 275, comma 2, 299, comma 2, 303 e 304 c.p.p.

Il ricorrente non mette in dubbio l'operatività di un autonomo canone di proporzione tanto nella fase di adozione della misura cautelare quanto nel corso della sua esecuzione, ma contesta che dal sistema normativo di riferimento possa trarsi una regola in grado di generare in maniera automatica il presupposto per la revoca della stessa misura, a prescindere da ogni valutazione sulla persistenza delle esigenze cautelari ed in ragione esclusivamente della proporzione tra presofferto cautelare ed entità della pena irroganda.

In particolare, il ricorrente evidenzia come automatismi di questo tipo siano effettivamente contemplati dalla legge processuale, risultando però sempre modulati sulla durata del processo o, alternativamente, sulla pena edittale prevista per il reato contestato o ritenuto nella progressione dei gradi di giudizio e, dunque, mai sull'entità della pena irroganda. Ed ancor più specificamente nel ricorso si sottolinea come proprio l'art. 304 c.p.p., comma 6 - norma che in qualche modo il provvedimento impugnato ha utilizzato come paradigma di riferimento per mutuare la regola di diritto applicata nel caso concreto - nel configurare, per l'appunto, una rigida proporzione aritmetica tra durata massima della custodia cautelare e pena, faccia espresso riferimento a quella astratta e non a quella irrogata in concreto nello sviluppo dinamico del processo.

D'altra parte, ha sottolineato il ricorrente, la possibilità di commutare il rapporto tra pena edittale e presofferto cautelare in quello tra quest'ultimo e pena irroganda sarebbe stata esplorata e scartata dalla Corte costituzionale con la ordinanza n. 397 del 2000, evidenziandosi il carattere manipolativo di tale opzione, in grado di tradursi nell'indiscriminato abbattimento dei termini cautelari massimi e di fase posti dal legislatore.

A riprova di quanto sostenuto, il ricorso evidenzia, poi, come la legge processuale in un caso (quello disciplinato nell'art. 300 c.p.p., comma 4) effettivamente crei un collegamento tra presofferto cautelare e pena applicata in concreto, ma senza fare riferimento alcuno al canone di proporzione, limitandosi solamente "ad istituire un raccordo automatico tra la pronuncia di una sentenza di condanna e la sorte della misura ancora in essere" per l'eventualità che il presofferto cautelare già risulti pari o superiore all'entità della sanzione irrogata.

[omissis]

2. Nel merito, il quesito sul quale queste Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi è se il principio di proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2 imponga la revoca della misura della custodia cautelare, a prescindere dalla permanenza di esigenze cautelari, ove la durata della custodia già sofferta abbia raggiunto il limite di due terzi della pena inflitta con sentenza di condanna.

Sul punto, la giurisprudenza assolutamente prevalente si è espressa, in numerosissime occasioni, in senso contrario alla tesi fatta propria dal Tribunale di Bologna, facendo essenzialmente leva su una lettura coordinata e sistematica del quadro normativo coinvolto e rappresentato, essenzialmente, dal combinarsi dei principi enucleabili dagli artt. 275, 299, 303 e 304 c.p.p.

Si rileva, anzitutto, come al giudice che procede sia sempre imposta una valutazione globale e complessiva della vicenda cautelare, che si radica su una serie di parametri di apprezzamento, di natura tanto oggettiva che soggettiva. Nel novero di tali parametri si iscrive anche il principio di proporzionalità, il quale – secondo la quasi totalità delle pronunce che si collocano in tale filone interpretativo – è destinato a spiegare i suoi effetti tanto nella fase genetica della applicazione della misura, che nel suo aspetto funzionale della relativa protrazione. Procedere, dunque, ad una valutazione rigida del rapporto di proporzionalità della durata della misura con la entità della pena inflitta, evocando a criterio di ragguaglio il limite dei due terzi della pena inflitta, sulla falsariga del limite finale della durata della custodia cautelare, sancito dall'art. 304 c.p.p., comma 6, equivarrebbe a frustrare la disciplina dei termini scandita dagli artt. 303 e 304 c.p.p., introducendo arbitrariamente nel sistema un meccanismo di automatica estinzione della custodia cautelare che finirebbe per obliterare totalmente la esigenza, postulata dal codice di rito, di un apprezzamento non parcellizzato dell'intero iter cautelare, nel cui ambito non può non ricomprendersi, anche, l'apprezzamento in concreto del pericolo in libertà che dovessero in ipotesi residuare.

La dimensione temporale della misura in rapporto alla pena inflitta, non è, quindi, un parametro inconferente ai fini della decisione sul mantenimento della misura stessa, posto che il canone della proporzionalità, di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2, entra in causa proprio agli effetti di tale scrutinio. Ciò che, invece, tale orientamento decisamente respinge, è la possibilità di desumere dal sistema un principio in forza del quale, al raggiungimento di una rigida e predeterminata proporzione tra durata della custodia e quantum di pena inflitta, la restrizione della libertà personale debba comunque cessare, a prescindere da qualsiasi apprezzamento delle esigenze cautelari (tra le numerosissime pronunce in tal senso v. Sez. 1, n. 9233, del 3/2/2009, dep. 2/3/2009, Z.; Sez. 5, n. 21195, del 12/2/2009, dep. 20/5/2009, O.; Sez. 2, n. 531 del 12/12/2008, dep. 9/1/2009, Z.; Sez. 4, n. 35713 del 10/7/2007, dep. 28/9/2007, M.; Sez. 2, n. 35587 del 7/6/2007, dep. 26/9/2007, K.).

Il diverso orientamento trae invece origine dalla affermazione secondo la quale l'art. 275 c.p.p., comma 2, e art. 299 c.p.p., comma 2, attuativi della direttiva di cui all'art. 2, n. 59, della Legge-Delega sul codice di procedura penale, fissano un principio, per così dire, autosufficiente, nella parte in cui stabiliscono che il giudice è chiamato a valutare la ragionevolezza del permanere della limitazione della libertà personale derivante dall'applicazione della misura cautelare, in relazione al prevedibile risultato finale del processo. Al giudice, pertanto, sarebbe innanzi tutto richiesto di effettuare una prognosi, ovviamente provvisoria e circoscritta negli effetti, in ordine alla sanzione che potrà essere inflitta in caso di condanna, e, in secondo luogo, di valutare se, tenuto conto della presumibile decisione finale e della durata che la misura cautelare ha già avuto, sia proporzionato – e, dunque, ragionevole – il protrarsi della stessa. In tale prospettiva, si è affermato, il difetto di proporzione sarà tanto più certo, quanto più la specifica situazione risulterà prossima ai parametri indicati dall'art. 304 c.p.p., comma 4 (nel testo allora vigente: Sez. 6, n. 1227, del 29/3/1995, dep. 15.5.1995, R.).

All'interno di tale filone interpretativo si sono poi iscritte altre pronunce, nella sostanza non dissonanti dagli approdi ermeneutici cui è pervenuto il provvedimento impugnato, anche se, peraltro, in nessuna di esse risulta affermato il principio – enunciato dai giudici a quibus – secondo il quale la custodia cautelare deve cessare quando dal suo inizio sia decorso un periodo pari ad almeno due terzi della pena in concreto inflitta (v. Sez. 2, n. 35179 del

3/7/2008, dep. 11/9/2008, K.; Sez. 5, n. 36685 dell'11/7/2007, dep. 5/10/2007, M.; Sez. 5, n. 36670 del 26/6/2007, dep. 5/10/2007, G.).

3. Il perimetro dei valori costituzionali entro i quali può trovare soluzione il quesito sottoposto all'esame di queste Sezioni unite e che ovviamente illumina il percorso argomentativo da seguire, è stato nitidamente tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, da ultimo, si è espressa in termini di univoca chiarezza, ai fini che qui interessano, nella sentenza n. 265 del 2010. Il tema dell'an e del quomodo delle misure limitative della libertà personale ruota, infatti, tutto attorno a due parametri in apparente frizione logica fra loro: da un lato, il principio di inviolabilità della libertà personale, con i relativi corollari di tipicità, riserva di legge, giurisdizionalità e limitazione temporale che ne assistono le eccezionali deroghe, sancito dall'art. 13 Cost., e, dall'altro, il principio di presunzione di non colpevolezza, previsto dall'art. 27, comma 2, della medesima Carta.

L'apparente contraddizione tra una previsione espressa che legittima la privazione massima della libertà personale attraverso la "carcerazione preventiva", per sua natura destinata ad operare prima ed a prescindere dalla condanna definitiva, e la regola per la quale nessuna anticipazione di pena può ritenersi costituzionalmente compatibile con il principio che presume la persona "non colpevole" fino alla pronuncia della condanna irrevocabile, si risolve proprio - ha sottolineato la giurisprudenza costituzionale - assegnando a questo secondo principio il valore di limite che, in negativo, contrassegna la legittimità della limitazione della libertà personale ante iudicium.

Dunque, tanto l'applicazione quanto il mantenimento delle misure cautelari personali non può in nessun caso fondarsi esclusivamente su una prognosi di colpevolezza, né mirare a soddisfare le finalità tipiche della pena - pur nelle sue ben note connotazioni di polifunzionalità - né, infine, essere o risultare in itinere priva di un suo specifico e circoscritto "scopo", cronologicamente e funzionalmente correlato allo svolgimento del processo. Il necessario raccordo che deve sussistere tra la misura e la funzione cautelare che le è propria, comporta, poi - sul versante del quomodo attraverso il quale si realizza la compressione della libertà personale - che questa abbia luogo secondo un paradigma di rigorosa gradualità, così da riservare alla più intensa limitazione della libertà, attuata mediante le misure di tipo custodiale - "fisicamente" simmetriche rispetto alle pene detentive, e, dunque, da tenere nettamente distinte sul piano funzionale - il carattere residuale di *extrema ratio*. «Questo principio - ha d'altra parte sottolineato la stessa Corte costituzionale - è stato affermato in termini netti anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelievre contro Belgio)".

Da qui, la logica che sostiene i principi enunciati nella direttiva n. 59 della Legge-Delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale, ed il recepimento, all'interno del sistema delle cautele (art. 275 c.p.p., comma 2) del duplice e concorrente canone della adeguatezza, in forza del quale il giudice deve parametrare la specifica idoneità della misura a fronteggiare le esigenze cautelari che si ravvisano nel caso concreto, secondo il paradigma di gradualità di cui si è detto, ed il criterio di proporzionalità, per il quale ogni misura deve es-

sere proporzionata "all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata". L'aspetto qualificante che caratterizza il sistema appena delineato e che lo rende conforme a Costituzione, è dunque quello - ha sottolineato ancora la Corte costituzionale - di rifuggire da qualsiasi elemento che introduca al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità, attraverso automatismi o presunzioni.

«Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena individualizzazione della coercizione cautelare» (v. la già citata sentenza n. 265 del 2010). Ed è del tutto evidente che i postulati della flessibilità e della individualizzazione che caratterizzano l'intera dinamica delle misure restrittive della libertà, non possono che assumere connotazioni "bidirezionali", nel senso di precludere tendenzialmente qualsiasi automatismo - che inibisca la verifica del caso concreto - non soltanto in chiave, per così dire, repressiva, ma anche sul versante "liberatorio."

4. Dai rilievi dinanzi svolti è già dunque possibile trarre alcuni significativi corollari. La vicenda cautelare, anzitutto, presuppone una visione unitaria e diacronica dei presupposti che la legittimano, nel senso che le condizioni cui l'ordinamento subordina l'applicabilità di una determinata misura devono sussistere non soltanto all'atto della applicazione del provvedimento cautelare, ma anche per tutta la durata della relativa applicazione. Adeguatezza e proporzionalità devono quindi assistere la misura - "quella" specifica misura - non soltanto nella fase genetica, ma per l'intero arco della sua "vita" nel processo, giacché, ove così non fosse, si assisterebbe ad una compressione della libertà personale qualitativamente o quantitativamente inadeguata alla funzione che essa deve soddisfare: con evidente compromissione del quadro costituzionale di cui si è innanzi detto.

Ciò basta, dunque, a sgombrare subito il campo da quell'orientamento minoritario, secondo il quale la valutazione sulla proporzionalità della custodia cautelare alla pena irrogata o irrogabile andrebbe operata esclusivamente nel momento applicativo della misura e non anche successivamente, nel corso della sua esecuzione, escludendosi, dunque, che la misura stessa possa essere revocata quando sia trascorso un termine ritenuto congruo dal giudice (Sez. 6, n. 33859 del 10/7/2008, dep. 25/8/2008, H.; nonché, pur se in modo del tutto incidentale, Sez. 3, n. 38748 dell'11/7/2003, dep. 14/10/2003, N.).

È ben vero che a favore di tale soluzione, per così dire drastica, è stato evocato, quale argomento testuale indubbiamente suggestivo, il disposto dell'art. 299 c.p.p., comma 2, ove è stabilito che, nella ipotesi in cui venga meno il requisito della proporzionalità tra la misura cautelare e l'entità del fatto o della sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice è facoltizzato ad operare la sostituzione in mitius della misura, mentre non è testualmente prevista la possibilità della relativa revoca. Ma si tratta di argomento sistematicamente flebile, sia perché contrastato dal tenore della direttiva 59 della Legge-Delega (al cui espresso tenore deve, come è noto, conformarsi la lettura della disposizione delegata, altrimenti *contra constitutionem*) secondo la quale si sancisce la "previsione della sostituzione o della revoca della misura della custodia cautelare in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionata alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata"; sia perché in contrasto con la logica del "minor sacrificio possibile" per la libertà personale,

che informa, come si è accennato, non soltanto la “statica” del sistema cautelare, ma anche la relativa “dinamica”; sia, infine, perché in antitesi con la stessa tradizione del principio che viene qui in discorso. Sull’onda, infatti, di una importante Raccomandazione (R/80-11) adottata il 27 giugno 1980 dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa in tema di *detention-provisoire*, nella quale fu espressamente stabilito che la carcerazione preventiva non potesse essere disposta se la privazione della libertà fosse risultata sproporzionata in rapporto alla natura del reato contestato ed alla pena prevista per tale reato, il legislatore riformulò l’art. 277-bis del codice abrogato con la L. n. 398 del 1984, art. 9 attraverso una previsione che, nella prospettiva di mitigare i casi di cattura obbligatoria e di divieto di libertà provvisoria, introduceva il principio per il quale il giudice potesse astenersi dall’emettere il provvedimento coercitivo e concedere la libertà provvisoria allorché la ulteriore custodia in carcere fosse risultata «non proporzionata all’entità del fatto e all’entità della sanzione che si rit(eneva) po(tesse) essere irrogata con la sentenza di condanna, considerata la custodia già sofferta». La proporzionalità, dunque, come canone di commisurazione della “ragionevolezza” della compressione della libertà personale, non soltanto al momento della scelta “se” emettere una misura cautelare e “quale” misura concretamente prescegliere, ma anche nel corso della relativa applicazione, in rapporto alla durata della privazione della libertà già subita, ancora una volta da orientare non soltanto sul quomodo, ma anche sull’an della coercizione.

Risulterebbe, quindi, palesemente regressivo rispetto alla stessa storia dell’istituto della proporzionalità un sistema che, in presenza di una misura divenuta appunto “sproporzionata”, consentisse al giudice soltanto di affievolirne l’incidenza sulla libertà (sostituendola con altra meno grave o disponendone l’applicazione con modalità meno gravose), ma non di rimuoverla in toto. D’altra parte, se è indubitabile che, ove nel corso del procedimento muti in senso sfavorevole all’imputato il giudizio prognostico circa il quantum di pena irrogabile in caso di condanna, sia senz’altro consentita l’applicazione ex novo di una misura cautelare, non v’è ragione alcuna per ritenere preclusa l’ipotesi reciproca, ammettendo, dunque, la revocabilità di qualsiasi misura, ove lo scrutinio del caso conduca a ritenere funzionalmente superfluo il perdurare della cautela, in rapporto al “tipo” di condanna che si prevede verrà pronunciata.

5. Adeguatezza e proporzionalità, peraltro, non sono parametri autodefiniti ed indipendenti, giacché, entrambi, si riflettono – proprio perché iscritti nel panorama delle scelte circa l’an ed il quomodo della cautela – sulla esistenza e sulla qualità delle specifiche esigenze che possono ravvisarsi tanto all’esordio che nel divenire della vicenda cautelare. È ben vero che l’origine storica del principio di proporzionalità – di cui si è già fatto cenno – tradisce il suo intimo raccordo con l’istituto della “carcerazione preventiva” e con la finalità di impedire che la custodia ante iudicium possa comunque rivelarsi inutiliter data, alla luce della non eseguibilità della condanna, o quando risulti aver integralmente consumato la quantità di pena irrogabile o irrogata. Ed è altrettanto vero, come è stato osservato, che la funzione del principio risulti nel nuovo codice non poco sminuita, alla stregua della corposa gamma di presidi che mirano, appunto, ad impedire una “sproporzionata” applicazione o mantenimento della misura in rapporto alla condanna che si prevede possa essere inflitta, quali quelli delineati dall’art. 273 c.p.p., comma 2, art. 275 c.p.p., comma 2-bis, art. 280 c.p.p., comma 2, art. 299 c.p.p., comma 2, e art. 300 c.p.p. Ma tutto ciò non toglie che i criteri di commisurazione delle

misure cautelari tracciati dall'art. 275 c.p.p., comma 2, non possono far perdere di vista quella che è l'essenza cautelare delle misure e che ne giustifica l'applicabilità al lume dei già ricordati principi costituzionali: vale a dire l'inderogabile necessità che ogni misura – per non essere indebita anticipazione di pena – soddisfi funzionalmente una delle esigenze tassativamente previste dall'art. 274 c.p.p.

In tale cornice, quindi, adeguatezza e proporzionalità rappresentano paradigmi di apprezzamento che si chiariscono solo nel quadro delle specifiche esigenze cautelari ravvisabili nel caso concreto e nel momento in cui lo scrutinio di adeguatezza e proporzionalità viene ad essere compiuto. Ove si postulasse, infatti, come il Tribunale a quo mostra di ritenere, che l'ipotetico raggiungimento del limite della proporzionalità sconti ex se l'automatica (e perciò stesso inammissibile, per quel che si è detto) dissoluzione delle esigenze cautelari che potessero comunque residuare, ne deriverebbe che l'altrettanto automatico venir meno della cautela, risulterebbe del tutto privo di "causa normativa", posto che – nel quadro del sistema, come positivamente delineato – il permanere intonso delle condizioni di applicabilità della misura (ivi compresi, evidentemente, i relativi limiti di durata) non soltanto legittima, ma impone il relativo mantenimento.

D'altra parte, che il canone della proporzionalità non possa essere semplicisticamente risolto sulla base di una supposta, quanto arbitraria, verifica di tipo aritmetico tra la durata della misura e l'entità della pena che in via di prognosi potrà essere applicata all'esito del giudizio, è dimostrato dalla circostanza che il legislatore colloca – in termini perfettamente simmetrici ed equivalenti ai fini del relativo scrutinio – accanto alla "entità della sanzione", anche la "entità del fatto": a sottolineare, quindi, come sia imposta una verifica non soltanto quantitativa ma anche qualitativa del fatto e, dunque, delle esigenze che la relativa gravità può continuare a far emergere.

6. Per altro verso, a svelare l'erroneità dell'approdo ermeneutico cui perviene il Tribunale di Bologna, sta la scelta di "commisurazione" del principio di proporzionalità, la quale, anziché essere raccordata al giudizio "triadico" che faccia leva sul tipo della misura applicata, sulla relativa durata in rapporto alla pena irrogata ed alla gravità del fatto, e sulle esigenze che – alla luce del bilanciato apprezzamento dei diversi parametri coinvolti – appaiono concretamente residuare nel caso di specie, finisce per evocare, eccentricamente, il criterio dei due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza, di cui all'art. 304 c.p.p., comma 6. La proporzionalità, come parametro di apprezzamento, è, infatti, principio tendenziale, che non sopporta automatismi aritmetici, sia perché, ove così fosse, sarebbe chiamato ad operare soltanto in chiave di durata della misura (surrogando, contra ius, la disciplina dei termini di cui agli artt. 303 e 304 c.p.p.) e non anche in fase di prima applicazione, sia perché, concettualmente, il sindacato sulla "proporzione" non può non refluire sulle esigenze cautelari e viceversa. Se, per disposto costituzionale, al legislatore è fatto obbligo di prevedere dei termini di durata massima dei provvedimenti che limitano la libertà personale, è del tutto evidente che ove si ravvisino (in ipotesi anche al massimo grado) le condizioni e le esigenze che impongono il permanere della misura cautelare, risulterebbe addirittura contraddittorio rispetto alla garanzia costituzionale circa i limiti massimi di durata, un sistema che consentisse provvedimenti liberatori automatici anticipati (e senza "causa" cautelare) rispetto al relativo spirare.

Sotto altro profilo, non è neppure senza significato la circostanza che la Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 304 c.p.p., comma 6, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui tale norma non prevede che la durata massima della custodia cautelare non possa comunque superare i due terzi della pena concretamente irrogata, allorché questa risulti non modificabile in peius, ha osservato come, nella specie, la richiesta del giudice a quo fosse orientata ad ottenere una sentenza manipolativa che avrebbe mutato «completamente il significato del limite finale dei due terzi della pena, trasformandolo in un correttivo verso il basso dei termini di fase complessivi, svincolato da ogni evento anomalo di sfondamento, e tale da comportare, in concreto, un drastico abbattimento dei termini stessi» (v. la ordinanza n. 397 del 2000, citata anche dal ricorrente). Il che sta evidentemente a dimostrare come un analogo risultato non possa certamente essere raggiunto semplicemente attraverso una opzione di tipo interpretativo, come al contrario mostra di reputare il Tribunale di Bologna.

7. Tutto ciò non toglie, peraltro, che l'intero sviluppo della vicenda cautelare debba essere sottoposto a costante ed attenta verifica circa la effettiva rispondenza dei tempi e dei modi di limitazione della libertà personale al quadro delle specifiche esigenze, dinamicamente apprezzabili, proprio alla stregua dei criteri di adeguatezza e proporzionalità, posto che, se, da un lato, l'approssimarsi di un limite temporale di applicazione della misura custodiale a quello della pena espianda non può risolversi nella automatica perenzione della misura stessa, è peraltro elemento da apprezzare con ogni cautela, proprio sul versante della quantità e qualità delle esigenze che residuano nel caso di specie e sulla correlativa adeguatezza della misura in corso di applicazione.

Può, dunque, conclusivamente affermarsi che il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangono o residuano, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

8. Considerato, dunque, che, nel caso in esame, il Tribunale di Bologna ha completamente trascurato di valutare se nella specie ricorrano o meno esigenze cautelari, il provvedimento impugnato deve essere annullato con rinvio per nuovo esame sul punto.

ALESSANDRO DIDI

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

Il “fattore tempo” nella valutazione degli elementi necessari al mantenimento della misura cautelare

The “time element” in the appraisal of the factors essential to keep the preventive detention

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

La decisione delle Sezioni Unite, nel rispondere negativamente al quesito circa la sussistenza di un criterio aritmetico in forza del quale la misura cautelare dovrebbe cessare quando la sua durata è stata pari ad una determinata percentuale della pena inflitta, introduce alcuni rilievi sul principio di proporzionalità che, tuttavia, conducono a svalutare l'elemento temporale ai fini del giudizio di permanenza della misura.

The joint sections of the Supreme Court give a negative answer about the existence of an arithmetical criterion establishing that the preventive detention must cease when it has reached a given percentage of the penalty imposed. By this decision the Supreme Court provides clarification about the so called “proportionality principle”, which, however, lead to devaluate the time factor in the appraisal about the preventive detention

Il problema

La decisione delle Sezioni Unite, piuttosto che risolvere un reale contrasto presente nella giurisprudenza di legittimità, sembra voler porre un punto fermo rispetto all'orientamento seguito, con riferimento alla portata del principio di proporzionalità, dal tribunale del riesame di Bologna.

Nel caso da cui prende spunto la decisione annotata, infatti, come si deduce dalla moti-

vazione, il tribunale cittadino ha ritenuto di individuare nel sistema una sorta di “criterio orientativo” su base aritmetica, ad effetto automatico, in forza del quale, in corrispondenza della durata dell'applicazione della misura per un tempo pari ai due terzi della condanna inflitta all'imputato, la custodia cautelare dovrebbe venir meno.

Rispetto alla decisione che ha dato luogo all'intervento della Corte nella sua più auto-

revole composizione, in passato, lo stesso tribunale di Bologna, aveva ritenuto che il principio invocato fosse ancor più rigoroso in quanto, dal combinato disposto degli artt. 299, 275 c.p.p., da una parte, e dell'art. 304, comma 6, c.p.p., dall'altro, si sarebbe potuto addirittura evincere che il criterio *de quo* operasse senza margini di discrezionalità, nel senso che, una volta che la custodia avesse oltrepassato la misura dei due terzi della pena detentiva concretamente irrogata, la sua protrazione sarebbe stata preclusa.

Decidendo già sulla questione la Corte aveva avuto modo di affermare che la revoca della custodia cautelare non potesse essere disposta unicamente sulla base di un criterio aritmetico dato dalla corrispondenza della durata della misura ai due terzi della condanna inflitta con la sentenza impugnata¹. Le Sezioni Unite, nel ribadire tale principio, hanno ulteriormente chiarito che la revoca della custodia cautelare non può essere disposta sulla base di valutazioni concentrate esclusivamente sulla corrispondenza tra la durata della misura e una percentuale rigidamente predeterminata della pena già irrogata nel giudizio di merito (o che si presume potrà essergli inflitta all'esito dello stesso giudizio) prescindendo in tal modo da ogni ponderazione circa la persistenza delle esigenze cautelari.

Il rigore delle Sezioni Unite

Le conclusioni del provvedimento appaiono ineccepibili sul piano della corretta esegesi delle disposizioni in materia di termini di custodia cautelare, dovendosi escludere che si possa stabilire una regola ulteriore – rispetto a quella contenuta nell'art. 304, comma 6, c.p.p. – in forza della quale, superata una determinata percentuale della pena inflitta, la custodia cautelare debba essere revocata a prescindere dalla permanenza dei *pericula*.

Benché, come qualche anno fa affermò la Corte costituzionale, la materia dei termini di durata massima della custodia cautelare abbia ormai raggiunto piani di notevole complessità, è certo che gli unici termini su base aritmetica e ad effetti automatici presenti nel sistema sono quelli c.d. finali².

Si rammenta che, in attuazione dell'art. 13, comma 5, Cost., il codice di procedura penale ha stabilito diversi termini di durata massima delle misure cautelari operanti, a seconda della diversa tipologia delle misure (coercitive o interdittive e, nell'ambito delle prime, custodiali e non custodiali), su diversi livelli.

Ad un primo livello, infatti, agiscono i c.d. *termini intermedi o di fase*³, rigidamente ed autonomamente quantificati, operanti in via generale per ogni stato e grado del procedimento e parametrati alla gravità del reato ri-

¹ Così, da ultimo, Cass., sez. II, 12 dicembre 2008, n. 531, *Dir. pen. proc.*, 2009, 315, con nota di Peroni, *Custodia cautelare: se supera i due terzi della pena non è automaticamente sproporzionata*, ma nello stesso senso, anche Cass., sez. II, 3 luglio 2008, n. 35179, *CED Cass.*, 240661; Cass., sez. I, 19 settembre 2007, n. 36417, *CED Cass.*, 237896; Cass., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 35713, *CED Cass.*, 237460; Cass., sez. II, 7 giugno 2007, n. 35587, *CED Cass.*, 237797; Cass., sez. V, 11 luglio 2007, n. 36685; Cass., sez. V, 26 giugno 2007, n. 36670, tutte emesse su ordinanze pronunciate dal Tribunale del riesame di Bologna. In senso contrario, Cass., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 1227, Ragaglia, *CED Cass.*, 201200.

² Sul punto, si v. C. cost., sent. 22 luglio 2005 n. 299; che ha operato una puntuale ricostruzione del sistema dei tempi di durata della custodia cautelare. Sull'evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia, Ceresa-Castaldo, *I «limiti massimi della carcerazione preventiva»*, Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 465.

³ Dal punto di vista teorico, i modelli dei termini di custodia cautelare applicabili possono essere di tre tipi: quello rigido, adottato dall'ordinamento italiano, quello flessibile e quello misto, che mutua i caratteri del primo e

spetto alla pena astrattamente stabilita dalla legge o inflitta con la sentenza. Ad un secondo livello, sono poi previsti i c.d. *termini massimi complessivi*⁴, anche in questo caso variamente quantificati, a seconda della pena editale stabilita per il reato per il quale è applicato il titolo custodiale.

All'ultimo livello sono, infine, collocati i termini finali i quali, ai sensi dell'art. 304, comma 6, c.p.p. operano quali soglie davvero invalicabili in quanto, sia i termini di fase che quelli massimi, in forza delle previsioni contenute negli artt. 303, comma 4, e 305 c.p.p., possono essere incrementati dei periodi conseguenti alle eventuali sospensioni o alle proroghe⁵.

Per effetto dell'art. 304, comma 6, c.p.p., invece, pur in presenza di cause di sospensioni, i termini intermedi non possono in ogni caso superare il doppio di quelli previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3, c.p.p. ed il ter-

mine complessivo non può superare quello stabilito dall'art. 303, comma 4, c.p.p. aumentato della metà ovvero, qualora più favorevole, dei due terzi del massimo della pena prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza⁶.

È evidente, dunque, come l'unico termine destinato ad operare quale sbarramento – questo certamente aritmetico – non dilatabile né da proroghe, né da sospensioni sia quello finale che costituisce fondamentale garanzia dell'imputato e che, come è stato ricordato, «consacra un “principio di proporzionalità” tra custodia e pena, certamente più idoneo a porre l'imputato al riparo dai rischi di una dissimulata custodia senza termini e sostanzialmente più rispettoso della prescrizione di garanzia dettata dall'ultimo comma dell'art. 13 Cost.»⁷.

È incontestabile, pertanto, che la regola “dei due terzi” – individuata come “misura”

del secondo. In materia, cfr. Conti, *La sospensione dei termini di custodia cautelare. Sistemi rigidi e flessibili a confronto*, Padova, 2001, 11 ss.

⁴ Benché apparentemente non rientri nel concetto di sospensione – in quanto l'art. 297, comma 4, c.p.p. lo considera criterio di commisurazione dei termini intermedi – il c.d. congelamento dei termini, secondo Conti (*La sospensione dei termini*, cit., 227), opera quale causa automatica di sospensione dei termini di fase e si differenzia da quella di cui all'art. 304, comma 4, c.p.p., riguardante i dibattimenti ed i giudizi abbreviati, per il carattere facoltativo di tale seconda sospensione, per la sua estensione ai tempi morti del processo e, soprattutto, per la sua idoneità ad incidere, oltre che sui termini intermedi, anche sui termini complessivi.

⁵ L'art. 308, comma 1, nel prevedere che le misure coercitive diverse dalla custodia perdono efficacia quando sia trascorso un periodo di tempo pari al doppio dei termini previsti dall'art. 303, applica la disciplina dei termini alle misure coercitive. La disciplina *de qua*, infatti, mutua l'intero regime dei termini di cui all'art. 303 c.p.p. compresa quella delle sospensioni e delle proroghe. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 528.

⁶ Il quadro normativo attuale è la risultante di una serie di successivi mutamenti per la ricostruzione dei quali si v. Conti, *La sospensione dei termini*, cit., 102 ss.

In origine il termine finale era commisurato nei due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza e ciò comportava che il termine finale, per i reati più gravi, potesse anche arrivare fino a venti anni. Il criterio del doppio dei termini intermedi previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3, c.p.p. e del termine complessivo stabilito dall'art. 303, comma 4, c.p.p. aumentato della metà, è stato introdotto dalla l. 8 agosto 1995, n. 332.

Per effetto della nuova previsione, pertanto il termine finale non può mai essere superiore a 9 anni.

⁷ Così, C. cost., sent. 22 novembre 2000 n. 529 e C. cost., 18 luglio 1998 n. 292. In dottrina, Dinacci, *Durata delle misure*, Scalfati (a cura di), *Misure cautelari*, Spangher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Tomo II, Torino, 2008, 265 ss.; Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, 452-453; Tonini, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2003, 326-327.

e criterio di automatica caducazione della misura cautelare dal tribunale di Bologna - opera quale salvaguardia temporale finale per il caso in cui, sui termini di fase e su quelli massimi, possano esservi state dilatazioni per effetto di proroghe o sospensioni, e dev'essere calcolato sulla pena edittale prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza, non già sulla pena applicata.

Proporzionalità ed adeguatezza permanenti

Come evidenzia la decisione annotata, all'interno dei perimetri temporali fissati dagli artt. 303, 304 e 305 c.p.p., la valutazione delle condizioni per il mantenimento della custodia cautelare deve essere affrontata anche alla luce del principio di proporzionalità in quanto si tratta di criterio che svolge una funzione di garanzia di primaria importanza nel sistema. Esso, infatti, al pari del principio di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p., agisce non solo come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, ma anche come condizione necessaria, sia nel momento genetico della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, sia per tutta la durata di efficacia dello stesso. Sul punto, peraltro, deve osservarsi come la parte certamente più importante della decisione annotata sia proprio quella con la quale la stessa conferma che il principio di proporzionalità debba operare per tutto il corso della misura.

A prima vista, questa parrebbe una conclusione pacifica ove si consideri che l'art. 299 c.p.p., nel disciplinare le vicende estintive e modificative delle misure applicate, non

solo impone al giudice la verifica, per tutta la durata delle stesse, della sussistenza dei presupposti di legittimazione del potere cautelare, ma dispone che le misure restrittive della libertà personale devono essere immediatamente revocate o sostituite, oltre che quando risultino mancanti le condizioni generali previste dagli artt. 273 e 274 c.p.p. o risultino attenuate le esigenze cautelari, anche quando la misura applicata non appaia più proporzionata all'entità del fatto o alla pena che si ritiene possa essere irrogata.

Tuttavia, come rammenta la sentenza annotata, tale conclusione poteva apparire non del tutto scontata. In precedenza, infatti, si era sostenuto proprio il principio opposto e cioè che «in tema di misure coercitive, il criterio di valutazione della proporzionalità della misura rispetto in particolare alla sanzione irrogata o irroganda di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p., va esclusivamente riferito al momento applicativo della misura e non anche a ciascun momento della sua esecuzione, essendo la adeguatezza dell'entità della misura già sofferta rispetto alla sanzione riportata o da riportare presidiata dalla disciplina dei termini massimi di fase»⁸. Invero, una lettura rigorosamente testuale dell'art. 299, comma 2, c.p.p. potrebbe legittimamente portare a ritenere che, siccome esso stabilisce che al venire meno del requisito della proporzionalità sarebbe possibile solo la sostituzione *in melius* della misura e non anche la sua revoca, l'avvicinarsi del periodo sofferto in custodia cautelare alla soglia della sanzione irrogata non avrebbe rilievo ai fini del giudizio sulla revoca della misura.

Osserva, al riguardo, la Corte che dal sistema emerge chiaramente come il giudice debba continuare, nell'ambito della cornice com-

⁸ Cass., sez. VI, 10 luglio 2008, n. 33859, *CED Cass.*, 240800, e, sia pur con riferimento al regime delle misure diverse da quelle coercitive, Cass., sez. III, 11 luglio 2003, n. 38748, *Riv. pen.*, 2004, 902.

plessiva dei termini di cui all'art. 304, comma 4, c.p.p., a valutare la ragionevolezza del permanere della limitazione alla stregua di tutti i criteri applicabili all'atto della decisione sul provvedimento genetico della misura e, dunque, anche la disposizione dell'art. 275, comma 2, c.p.p.⁹.

Il tempo come fattore autonomo di proporzionalità

Ciò posto, occorre ancora chiedersi come, al di fuori della tematica dei termini di custodia, agisce il tempo subito in custodia sulle vicende modificative o estintive delle misure cautelari, in quanto è innegabile che, ponendo a confronto la custodia presofferta con la pena irrogata o irroganda, più la durata della custodia si avvicina a quella della pena irrogata, più la misura perde la funzione cautelare avvicinandosi ad un fenomeno anticipatorio della sanzione.

La giurisprudenza di legittimità, negli ultimi anni, non è sembrata incline ad individuare nel mero "tempo trascorso" nello stato di custodia un elemento che, da solo, possa determinare una rivalutazione delle condizioni iniziali¹⁰, ancorché non si neghi che quello di proporzionalità costituisca criterio che si commisura proprio in riferimento all'entità del fatto ed alla sanzione che sia stata o possa essere in concreto applicata¹¹.

Sul punto la sentenza annotata rileva come «il sindacato sulla "proporzione" non può non refluire sulle esigenze cautelari e viceversa» e che «se, per disposto costituzionale, al legi-

slatore è fatto obbligo di prevedere dei termini di durata massima dei provvedimenti che limitano la libertà personale, è del tutto evidente che ove si ravvisino (in ipotesi anche al massimo grado) le condizioni e le esigenze che impongono il permanere della misura cautelare, risulterebbe addirittura contraddittorio rispetto alla garanzia costituzionale circa i limiti massimi di durata, un sistema che consentisse provvedimenti liberatori automatici anticipati (e senza "causa" cautelare) rispetto al relativo spirare».

Al riguardo, si è osservato come proprio tale considerazione costituirebbe il vero «valore aggiunto della pronuncia» in esame in quanto, escluso un criterio automatico operante all'interno delle differenti griglie delinquee, cionondimeno «l'approssimarsi del limite temporale di applicazione della misura custodiale a quello della pena espianda esige l'apprezzamento "con ogni cautela" delle specifiche esigenze ancora ravvisabili nel caso concreto»¹².

Sebbene dalla decisione annotata emerga che il giudice non possa prescindere, sia all'atto della applicazione della misura che durante il periodo della sua permanenza, da un'attenta valutazione di tutte le circostanze del caso, con specifico riferimento alla persistenza o meno delle esigenze cautelari, sembra che da essa non si sprigioni tutta la carica garantistica racchiusa nel principio di proporzionalità.

Non v'è dubbio che appare riduttivo non tenere conto del fatto che, a livello di sistema, come peraltro precisato dalla Corte co-

⁹ Cass., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 1227, *CED Cass.*, 201200.

¹⁰ Cass., sez. IV, 3 novembre 2005, n. 121, *CED Cass.*, 232628.

¹¹ De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, Scalfati (a cura di), *Misure cautelari*, (Spangher diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. IV, Tomo, II, cit., 84 ss.; Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, cit., 418.

¹² Gaeta, *Solo un giudizio sull'attualità delle esigenze riesce a garantire veramente l'imputato*, *Guida dir.*, 2011, n. 21, 57.

stituzionale¹³, il piano della proporzionalità opera ad un grado differente rispetto a quello della sussistenza delle esigenze cautelari ed a quello di adeguatezza e come la sua autonoma collocazione imponga che lo stesso non debba subire condizionamenti. L'aver individuato, infatti, come criteri diversi proporzionalità ed adeguatezza, non solo obbliga l'interprete ad una lettura di ciascuno di essi sganciato dall'altro, ma, soprattutto, significa – contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza annotata – che il giudizio sulla esigenza cautelare non può mai ricadere sul principio di proporzionalità e viceversa.

La corretta impostazione dei termini del problema, pertanto, non deve farsi condizionare dalla facile suggestione per cui «all'innalzarsi della sproporzione tra presofferto e pena, una diminuzione rigida e corrispondente nelle (residue) esigenze cautelari (ad esempio pericolo di reiterazione o di fuga)»¹⁴. Soprattutto, riportata l'operatività dei due criteri al loro giusto livello ed in particolare rapportata la proporzionalità esclusivamente alla gravità del fatto, non solo si evita di confondere la diagnosi di tale requisito con quello concernente le esigenze cautelari, ma si rafforza la finalità garantistica che esso svolge nel sistema cautelare.

Il criterio di proporzionalità così considerato, infatti, non solo conferisce risalto alla funzione meramente processuale della misura – in linea peraltro con quanto ancora recentemente ribadito dalla Corte costituzionale¹⁵ –, perché se ne sancisce la tendenziale impossibilità a farla coincidere, anche sotto il profilo quantitativo, alla pena inflitta, ma

consente di esaltare il fattore tempo il cui trascorrere rappresenta un fatto sopravvenuto, anche idoneo a dissolvere il giudicato cautelare formatosi su istanze precedentemente decise.

È ovvio, infatti, che se, in applicazione di tale principio, quando la durata della misura corrisponda completamente a quella della pena irrogata la prima deve ritenersi esaurita, perfino nell'ipotesi in cui persistessero esigenze cautelari, è parimenti evidente come, man mano che ci si avvicina all'entità della sanzione inflitta, la misura risulti sempre meno proporzionata e richieda un intervento modificativo.

Sebbene non vi sia un rapporto aritmetico, nondimeno il tempo gioca un ruolo fondamentale che suggerisce «a prescindere dalla concomitanza di ulteriori elementi, una rivisitazione della tenuta della regola ogni qual volta la relazione tra entità della pena irrogata o prevedibilmente da irrogare si avvicina alla durata della restrizione in carcere o agli arresti domiciliari già sofferta»¹⁶.

Conclusioni

Sebbene la sentenza delle Sezioni Unite appaia ineccepibile nella sua conclusione, posto che non è ravvisabile un termine aritmetico attraverso il quale agisce il principio di proporzionalità, non è difficile comprendere le ragioni per le quali l'orientamento funto da *casus belli* vi abbia fatto riferimento.

È evidente, infatti, il tentativo di ancorare a parametri oggettivi, totalmente sganciati dagli altri criteri, l'operare del principio di

¹³ Sul punto, le considerazioni di C. Cost., 21 luglio 2010 n. 265.

¹⁴ Così, ancora, Gaeta, *Solo un giudizio sull'attualità*, cit., 57, sebbene condividendo il ragionamento svolto dalla sentenza annotata.

¹⁵ Cfr. C. Cost., 21 luglio 2010, n. 265.

¹⁶ Cass., sez. VI, 29 marzo 1995, n. 1227, cit.

proporzionalità tra misura cautelare e pena irrogata; in tal senso, per quanto si tratti di tentativo non riuscito, la decisione annotata sul punto non sembra aver affrontato il tema con la dovuta chiarezza¹⁷.

L'applicazione autonoma del principio di proporzionalità nel corso della custodia cautelare, infatti, per svolgere un ruolo davvero pregnante e senza subire intrecci con altri criteri di valutazione della permanenza delle esigenze cautelari, richiede di considerare il fattore tempo quale profilo sempre autonomamente valutabile e non già come un elemento da tenere a mente solo unitamente alle altre circostanze che incidono sulle esigenze cautelari.

Solo liberato da qualunque condizionamento il principio *de quo* – ancorché non riducibile a griglie rigidamente aritmetiche – può essere costantemente controllato; se, nell'ipotesi estrema in cui il periodo cautelare abbia consumato l'intera pena inflitta, esso determina l'automatica caducazione della

misura, negli altri casi, quando il periodo sofferto in custodia si avvicini alla pena inflitta, esso impone un bilanciamento del quadro cautelare, verificando se le residue esigenze giustificano la permanenza dello *status custodiae*. Occorre, insomma, rispettare l'indefettibile corollario dei principi enucleabili dagli artt. 13 e 27 Cost., in forza del quale la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato deve essere contenuta nei «limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto»¹⁸.

È ovvio, comunque, che, esclusi meccanismi ad effetti automatici, il requisito *de quo* agirà mediante la discrezionalità del giudice, riflessa nella motivazione; sotto tale profilo sarebbe opportuno un particolare impegno per spiegare se l'uso del ridotto segmento temporale ancora destinabile a custodia si giustifica con l'innalzamento della soglia di gravità delle esigenze cautelari capace di giustificare il mantenimento della misura.

¹⁷ *Contra*, invece, Gaeta, *Solo un giudizio sull'attualità*, cit., 55.

¹⁸ C. Cost., 21 luglio 2010 n. 265.

Valida la nomina del difensore a mezzo fax se è garantita la provenienza

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 10 febbraio 2011, n. 115 - Pres. De Maio; Rel. Ramacci

Posto che l'art. 96, comma 2, c.p.p. è norma tipicamente ordinatoria e regolamentare, suscettibile di interpretazione ampia in bonam partem, è assolutamente illogico escludere a priori la possibilità di fare pervenire all'autorità procedente l'atto di nomina del difensore mediante sistemi di comunicazione tecnicamente avanzati (quali il telefax) che ne rendano più rapida la trasmissione, a patto, però, che detti sistemi garantiscano la medesima affidabilità propria della consegna diretta o mezzo raccomandata. L'onere di curare che ciò avvenga grava su colui il quale presceglie modalità di spedizione alternative a quelle codificate.

Con sentenza del 19 gennaio 2010, la Corte d'Appello di Genova confermava la pronuncia in data 9 febbraio 2009, del Tribunale di Genova, con la quale gli imputati erano stati condannati per i reati di cui agli articoli 416, 600bis e 610 C.P.

Avverso tale decisione proponevano ricorso ... denunciando la violazione di legge e vizio di motivazione e deducevano:

la abnormità o irritualità della revoca, da parte dei giudici del gravame, della ordinanza del giudice di prime cure che aveva ritenuto valida una nomina di difensore di fiducia trasmessa direttamente dagli interessati a mezzo fax;

[omissis]

la violazione dell'articolo 96, comma secondo C.P.P. laddove il documento inviato via fax dall'estero non era stato considerato come valido atto di nomina e la conseguente nullità dell'udienza preliminare perché celebrata in assenza del difensore di fiducia

[omissis]

Occorre considerare, in primo luogo, la questione inerente la validità della nomina del difensore di fiducia a mezzo fax.

La stessa, ... riguarda la validità o meno della nomina dell'Avv. ... quale difensore di fiducia con procura per la definizione del processo mediante ricorso a riti alternativi.

Tale nomina, ritenuta efficace dal giudice di prime cure, con conseguente declaratoria di nullità del decreto che dispone il giudizio (che però le difese ritenevano riferibile all'intero processo) è stata invece valutata come invalida dai giudici del gravame che non hanno condiviso la decisione sul punto, ritenendo corrette le conclusioni cui era pervenuto il G.U.P. nel ritenere invalida la nomina effettuata.

Peraltro, la difesa di ... ha posto in dubbio che la Corte territoriale potesse disattendere la

menzionata ordinanza del Tribunale in ordine alla validità della nomina a difensore...

Sul punto la decisione dei giudici del gravame appare corretta laddove si osserva che il provvedimento non rientra tra quelli suscettibili di divenire irrevocabili indicati nell'articolo 648 C.P.P.

Ciò posto, deve ora considerarsi la questione circa la validità della nomina fiduciaria mediante fax.

L'articolo 96 C.P.P. stabilisce, al secondo comma, che la nomina deve avvenire con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata.

Una parte della giurisprudenza di legittimità considera la nomina del difensore di fiducia come atto formale che non ammette equipollenti, con la conseguente necessità di scrupolosa osservanza delle forme e modalità previste dalla menzionata disposizione (v., ad esempio, Sez. III n. 46034, 12 dicembre 2008; Sez. VI n. 15311, 17 aprile 2007; Sez. II n. 1876, 19 febbraio 2000; Sez. II n. 243, 10 gennaio 1998; Sez. I n. 4165, 2 novembre 1993).

La citata giurisprudenza, tuttavia, al di là della sintesi rinvenibile nelle massime, manifesta giustificato rigore con riferimento non tanto alla pedissequa osservanza della forma quanto, piuttosto, alla sussistenza effettiva di una dichiarazione al cui provenienza sia certa (persona interessata o prossimo congiunto nei casi indicati al comma terzo dell'articolo 96 C.P.P.).

I casi in precedenza citati, infatti, riguardavano ipotesi in cui, ad esempio, non era certa la riconducibilità della manifestazione di volontà al suo autore, soggetto estraneo al processo (Sez. III 46034/08), la nomina era stata disconosciuta dallo stesso imputato (Sez. VI 15311/07) oppure risultava esclusivamente da una copia dell'originale pervenuta all'ufficio per telefax (Sez. II 1876/00; Sez. II n. 243/98).

Si è ritenuto peraltro ammissibile, in altre decisioni, che il rapporto fiduciario possa risultare non solo da nomina espressa ma anche da fatti concludenti, come nel caso di una manifestazione tacita di volontà risultante in modo non equivoco (Sez. III n. 17056, 16 maggio 2006. V. anche Sez. III n. 3898, 23 dicembre 1995).

Si è testualmente affermato, infatti, che *«in omaggio al favor defensionis che ispira al disciplina del processo, il termine “dichiarazione” contenuto nell’art. 96 c.p.p. va interpretato estensivamente come “manifestazione di volontà”, che può essere espressa anche in modo tacito, purché non equivoco»*. (Sez. III 17056/06 cit.).

Ancora, si è ritenuto che il contenuto dell'articolo 96 C.P.P. non è *«una norma inderogabile ma tipicamente ordinatoria e regolamentare, suscettibile, quindi, di una interpretazione ampia ed elastica in “bonam partem”»* (Sez. III n. 22940, 26 maggio 2003, con numerosi richiami ai diversi orientamenti. V. anche Sez. IV n. 1378, 31 marzo 2006).

In altra occasione, l'invio della nomina via fax è stata ritenuta del tutto legittima (Sez. V n. 32444, 29 agosto 2001) quando l'imputato trasmette con tale mezzo, all'ufficio giudiziario,

un'espressa dichiarazione di volontà da lui sottoscritta, che soddisfa il requisito minimo richiesto dalla norma e consistente nella certa riconducibilità della manifestazione di volontà al suo autore.

Occorre pertanto distinguere, ad avviso del Collegio, l'atto in sé, che deve consistere in una inequivoca manifestazione di volontà, come tale dovendosi intendere il termine "dichiarazione" utilizzato dall'articolo 96 C.P.P. ed il mezzo attraverso il quale detta dichiarazione viene fatta pervenire all'autorità procedente che ne è il necessario destinatario.

Del resto sarebbe del tutto illogico escludere la possibilità di far pervenire l'atto di nomina attraverso sistemi di comunicazione tecnicamente avanzati che ne rendono più rapida la trasmissione come avviene, appunto, attraverso l'uso del fax.

Va tuttavia precisato che la dichiarazione direttamente resa all'autorità procedente o la consegna diretta della nomina da parte del difensore o mediante spedizione per raccomandata rendono più agevole la verifica della esistenza del rapporto fiduciario e della effettiva provenienza della dichiarazione, in un caso perché la stessa viene direttamente ricevuta dal destinatario e, negli altri, perché il difensore che la inoltra o la consegna si assume la responsabilità della originalità del documento e della sua origine.

Altrettanto agevole, in tali casi, è la individuazione del momento in cui la dichiarazione effettivamente perviene all'autorità destinataria, elemento che assume particolare rilevanza, specie nel caso in cui si rende necessario verificare la regolarità di notifiche o avvisi al difensore fiduciario.

La consegna della nomina con altri mezzi (come nel caso del fax), proprio per le particolarità modalità di trasmissione, richiede un controllo più rigoroso circa la provenienza, la effettiva e completa ricezione da parte del destinatario, la data di trasmissione e ricezione e di ogni altro dato essenziale che consenta di ritenere soddisfatte le condizioni indicate dalla norma.

In altre parole, deve affermarsi il principio secondo il quale *la scelta di mezzi alternativi di trasmissione della nomina del difensore di fiducia pur non dovendo sottostare ad uno specifico rigore formale, deve comunque garantire la medesima affidabilità della consegna diretta o mezzo raccomandata ed è onere di chi la effettua curare che ciò avvenga.*

Date tali premesse, si osserva che, nel caso di specie, correttamente la Corte d'Appello ha escluso la validità della nomina fatta pervenire a mezzo fax.

La sentenza impugnata, infatti, indica una serie di circostanze che rendono del tutto incerta non solo la provenienza, ma addirittura la stessa autenticità delle nomine (trattasi di due fogli manoscritti asseritamente trasmessi da Galati, Romania, ma recanti due orari e due numeri diversi della linea di trasmissione, dai quali non è desumibile chi materialmente abbia effettuato la trasmissione stessa e recanti, per di più, sottoscrizioni illeggibili che non ne consentono di individuarne gli autori).

Le condizioni richieste per una valida nomina, in definitiva, non risultavano in alcun modo soddisfatte.

[omissis]

GUIDO SOLA

Dottore di ricerca in scienze penalistiche - Università di Trieste

La nomina del difensore di fiducia tra libertà formali codificate e rigorismi giurisprudenziali

The appointment as hired counsel between formally codified liberties and jurisprudential rigorisms

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

In tema di nomina del difensore di fiducia *ex art. 96*, comma 2, c.p.p. occorre distinguere tra «l'atto in sé» - che deve consistere in una inequivoca manifestazione di volontà - e il mezzo attraverso il quale detta dichiarazione è recapitata all'autorità procedente, «che ne è il necessario destinatario». Posto che l'art. 96, comma 2, c.p.p. è norma «tipicamente ordinatoria e regolamentare», suscettibile di interpretazione ampia *in bonam partem*, sarebbe assolutamente illogico escludere *a priori* la possibilità di fare pervenire all'autorità procedente l'atto di nomina «attraverso sistemi di comunicazione tecnicamente avanzati che ne rend[a]no più rapida la trasmissione» - tra i quali, appunto, il telefax -, a patto, tuttavia, che detti sistemi certifichino comunque l'effettiva provenienza del documento dall'interessato. E mentre la dichiarazione resa direttamente all'autorità procedente, analogamente a quella consegnata dal patrono o trasmessa con raccomandata, rende agevole «la verifica della esistenza del rapporto fiduciario e della effettiva provenienza della [stessa]», non altrettanto può affermarsi con riguardo alle ipotesi contrassegnate dalla spedizione dell'atto con altri mezzi, quali, appunto, il telefax. In questi casi, infatti, sono proprio «le particolari modalità di trasmissione» che vengono in emergenza ad imporre più rigorosi controlli protesi ad accertare provenienza ed effettiva ricezione da parte dell'ufficio del documento in parola. Da quanto precede discende che modalità di trasmissione a distanza dell'atto dissimili da quelle codificate sono possibili unicamente laddove garantiscano la medesima affidabilità propria della «consegna diretta o mezzo raccomandata», essendo onere di chi le presceglie «curare che ciò avvenga».

As to the appointment as hired counsel ex art. 96, paragraph 2, c.p.p. it is necessary to distinguish between «the act itself» - which is to consist in an unequivocal manifestation of will - and the means through which such a statement is delivered to the authority in charge, «who is necessary receiver».

Since the art. 96 paragraph 2 c.p.p. is a «typically regulative regulation» open to different interpretations in bonam partem, it would be absolutely illogical to exclude a priori the possibility of delivering the appointment document to the authority in charge «through technically advanced system of communication which make its transmission faster» among which the telefax –, on condition that, however, such systems may attest the real origin of the document by the person concerned.

While the statement directly delivered to the authority in charge, similarly to that one delivered by the counsel or sent by recorder delivery, facilitates «the checking of the existence of fiduciary relations and of its true origin», cannot be stated as much with reference to the hypotheses marked by the transmission of the act through other means such as the telefax.

In those cases, precisely, «the particular transmission procedures» force more rigorous testing to verify the origin and the effective receipt of the document.

According to the above mentioned specification it is evicted that remote transmission procedures of the act different from those codified are possible only where they may be considered as reliable as those transmitted by «direct delivery or by recorder delivery» being the obligation of the person who chooses them «to be in charge of their reliability».

La questione affrontata dalla Corte di cassazione

Con la pronuncia in commento, feconda di spunti di riflessione, la Corte di cassazione, tra le altre, affronta nuovamente la questione avente ad oggetto la validità dell'atto di nomina del difensore di fiducia trasmesso all'autorità giudiziaria a mezzo telefax, mostrando di condividere l'esegesi di legittimità alla stregua della quale occorre discernere tra l'atto in sé – «che deve consistere in una inequivoca manifestazione di volontà» – e le modalità mediante cui la dichiarazione è recapitata all'autorità procedente.

Dopo avere affermato che non appare controverso il potere del giudice d'appello di revocare d'ufficio l'ordinanza resa *in limine* al dibattimento di primo grado – mercé la quale il tribunale, giudicata valida la nomina

fiduciaria pervenuta via telefax alla cancelleria, aveva rilevato la nullità da cui era affetto il decreto che dispone il giudizio – ed avere posto in luce come, in tema di spedizione dell'atto di nomina, la giurisprudenza stratificatasi negli anni non sia uniforme¹, i giudici di legittimità hanno chiarito, seppure incidentalmente, che il problema non sembra attenersi «alla pedissequa osservanza della forma», ma all'esigenza che l'effettiva provenienza del documento dall'interessato – indagato, imputato o prossimo congiunto di questi (arg. *ex art.* 96, comma 3, c.p.p.) – appaia certa.

E se, laddove la dichiarazione di nomina del difensore sia resa direttamente all'autorità procedente ovvero consegnata dal patrono o trasmessa con raccomandata, «la verifica della esistenza del rapporto fiduciario

¹ La Suprema Corte infatti, se, in alcune pronunce, ha statuito che la nomina del difensore di fiducia è atto formale che non ammette equipollenti, in altre, ha affermato che l'effettiva esistenza del rapporto fiduciario instauratosi tra avvocato e cliente possa risultare anche sulla base di fatti concludenti – quali una manifestazione di volontà che, pur tacita, non appaia equivoca –, in altre ancora, ha ammesso la trasmissione dell'atto a mezzo telefax, sul presupposto che detta trasmissione soddisfa comunque i requisiti minimi di cui all'art. 96, comma 2, c.p.p. ogni qual volta la manifestazione di volontà che ne è oggetto sia inequivocabilmente riconducibile al proprio autore.

e della effettiva provenienza della [stessa]» risulta agevole, non altrettanto può affermarsi con riguardo alle ipotesi contrassegnate dalla spedizione dell'atto con altri mezzi, quali, appunto, il telefax.

In questi casi, infatti, sono proprio «le particolari modalità di trasmissione» che vengono in emergenza ad imporre più rigorosi controlli protesi ad accertare provenienza ed effettiva ricezione da parte dell'ufficio del documento in parola.

Su queste basi, nell'avvallare la decisione assunta in merito dalla corte d'appello, la Corte di cassazione ha evidenziato altresì come, nel caso di specie, si trattasse di vagliare la validità di atti di nomina del difensore di fiducia sostanzianti in «due fogli manoscritti», recanti vuoi «due orari e due numeri diversi della linea di trasmissione», vuoi, soprattutto, «sottoscrizioni illeggibili» che non consentivano attribuzione alcuna di paternità.

Revoca officiosa in grado di appello dell'ordinanza predibattimentale pronunciata dal tribunale: una soluzione che non convince

In premessa, preme evidenziare come l'*obiter dictum* da cui la Corte di cassazione ha tratto le mosse - giudicando corretta la decisione

assunta dal giudice dell'impugnazione in merito alla revoca officiosa della menzionata ordinanza predibattimentale - si appalesi, invero, censurabile.

Come noto, l'art. 125, comma 1, c.p.p., se, per un verso, annovera l'ordinanza tra gli atti propri del giudice, per l'altro verso, non fornisce della stessa alcuna definizione funzionale, limitandosi a richiamare i casi in cui la legge stabilisce che il provvedimento giudiziale assuma detta forma.

In letteratura, non di meno, si concorda sul fatto che l'ordinanza consista nell'atto tipico mediante il quale il giudice risolve una controversia giuridica² ascrivibile ad un procedimento incidentale³, emanando una decisione che sopraggiunge all'esito del contraddittorio - necessario od eventuale⁴ - tra le parti⁵.

Deputata ad "ammantare" deliberazioni dissimili da quelle che formano oggetto di sentenza, l'ordinanza condivide con quest'ultima il carattere della decisorietà⁶ e con il decreto la tendenziale inidoneità a definire il processo⁷.

Vigente il codice Rocco, attenta dottrina evidenziava come fosse proprio la portata decisoria che contrassegna l'ordinanza a non legittimarne l'assimilazione a provvedimenti «di natura interlocutoria», (in quanto tali)

² Sul punto, cfr. De Marsico, *L'ordinanza nel processo penale*, Riv. dir. e proc. pen., 1916, VI, 14.

³ Oggetto dell'ordinanza è sempre un incidente quale «pura forma processuale, attraverso la quale si inserisce nel procedimento principale la questione». In questi termini, Gius. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 33, nonché Aricò, *Ordinanza (dir. proc. pen.)*, Enc. dir., XXX, Milano, 1980, 963.

⁴ Aricò, *Ordinanza*, cit., 963. Negli stessi termini, Vannucci, *Ordinanza*, Dig. pen., IX, Torino, 2002, 65.

⁵ «[M]a vi sono casi in cui ciò non accade», ricorda Dean, *Gli atti*, AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2010, 173, «come dimostra l'ordinanza applicativa di una misura cautelare». Anche secondo Cass., sez. I, 10 giugno 1999, Prandini, *inedita*, alla forma dell'ordinanza non fa da contraltare il divieto di procedere *inaudita altera parte*.

⁶ Che distingue entrambe dal decreto, provvedimento avente carattere ordinatorio e natura strumentale alla prosecuzione del processo. Lorusso, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, Milano, 1995, 72.

⁷ Tendenziale, posto che, come annota Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2006, 969, «[a]ppartengono a[lla] classe [delle ordinanze anche] le decisioni [...] con cui il giudice [...] governa gli itinerari [...] e, in potenza, li conclude dichiarando inammissibile l'impugnazione [...]».

revocabili. Si osservava, anzi, come il legislatore processuale non avesse ommesso di elencare espressamente le ipotesi di revocabilità della pronunciata ordinanza⁸. La qual cosa cospirava a tratteggiarne l'implicita caratteristica di «non revocabilità»⁹.

Se la tesi intermedia era propugnata da chi professava si dovesse distinguere, in concreto, tra ordinanza revocabile e ordinanza irrevocabile – non essendo il principio della revocabilità «fissato in alcuna norma di legge»¹⁰ –, di contrario avviso era chi stimava che, «a cagione [...] dell'effetto processuale [loro proprio]», le ordinanze «non acquista[ssero] mai [...] autorità di cosa regiudicata»¹¹.

Allo stato attuale, se pure si concorda sulla tendenziale revocabilità dell'ordinanza¹² – giustificata, in linea di principio, vuoi dalla invalidità che dovesse affiggere il provvedimento, vuoi dalla sostanziale ingiustizia che dovesse caratterizzare il medesimo –, ci si premura, non di meno, di mantenere rigorosamente distinti i concetti di «revoca» (in senso stretto intesa) e di «impugnazione»: mentre la revoca consiste «nella rimozione del provvedimento [...] da parte dello stesso giudice che lo ha emesso» – essendo mutate le condizioni giuridiche e/o fattuali che ne avevano giustificato l'emanazione¹³ –, l'impugnazione – immediata¹⁴ o differita¹⁵ – devolve la cognizione

della regiudicanda ad un giudice diverso da quello che ha pronunciato la decisione gravata, imponendo l'applicazione delle correlative norme processuali di riferimento.

Nel caso di specie, è dato constatare come la corte d'appello abbia «revocato» d'ufficio l'ordinanza emessa da altro giudice – il tribunale –, che, reputando valida la nomina fiduciaria pervenuta via telefax alla cancelleria, aveva rilevato la nullità del decreto che dispone il giudizio.

La qual cosa sembra cozzare tanto con la statuizione dell'art. 586, comma 1, c.p.p. – che espressamente grava le parti che intendano censurare l'ordinanza emessa «nel corso degli atti preliminari [a]l dibattito» dell'onere di proporre, a pena di inammissibilità, tempestiva «impugnazione contro la sentenza» –, quanto con quella dell'art. 597, comma 1, c.p.p. – a mente della quale «[l]'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti» –.

Infatti, se, sul piano fattuale, è dato osservare come, avverso la sentenza resa dal tribunale, avessero proposto appello i soli imputati, sul piano giuridico, è dato constatare come l'art. 597, comma 5, c.p.p. – prescrizione di natura eccezionale, (in quanto tale) «non

⁸ Il riferimento è qui agli artt. 59, 89, 424 e 501 c.p.p. 1930.

⁹ Aricò, *Ordinanza*, cit., 963.

¹⁰ Leone, *L'atto processuale*, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, 647.

¹¹ Per questa impostazione v. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Torino, 1932, 407. Sul punto, cfr. anche Massa, *Ordinanza (Diritto processuale penale)*, *Nov. Dig. it.*, XII, 1965, 85.

¹² Benché, come chiarisce Lorusso, *Provvedimenti "allo stato degli atti"*, cit., 86, nel passare dal piano astratto a quello degli accadimenti concreti, la questione vada risolta caso per caso. In giurisprudenza, ipotesi di irrevocabilità della pronunciata ordinanza sono prospettate da Cass., sez. un., 12 novembre 1993, Galluccio, *CED Cass.*, 195806 (in tema di sequestro preventivo), Id., sez. I, 21 ottobre 1993, *Cass. pen.*, 1995, 585 (in materia esecutiva), Id., sez. I, 21 dicembre 1993, *CED Cass.*, 196542 (in tema di indulto), nonché Id., sez. I, 2 dicembre 1992, *CED Cass.*, 192713 (in materia di inammissibilità dell'impugnazione).

¹³ Vannucci, *Ordinanza*, cit., 70.

¹⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, artt. 41, comma 1, 127 comma 7, 309, 310, 318, 322 e 322-bis c.p.p.

¹⁵ Cfr. art. 586, comma 1, c.p.p.

applicabile al di fuori dei casi tassativamente indicati»¹⁶ – consenta alla corte d'appello di concedere «anche di ufficio» esclusivamente «la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e una o più circostanze attenuanti»¹⁷.

Se quanto precede è corretto, non sembra allora azzardato prospettare l'erroneità della decisione officiosa assunta in merito dal giudice di secondo grado, cui pare fare da *pendant* la "svista" che sembra inficiare il ragionamento condotto sul punto dai giudici di legittimità.

Nell'affermare che «il provvedimento [di cui trattasi] non rientra tra quelli suscettibili di divenire irrevocabili indicati nell'articolo 648 c.p.p.», infatti, la Corte di cassazione pare avere obliterato che «il provvedimento non [più] suscettibile di revoca deve essere qualificato come "non revocabile", anziché come "irrevocabile"»¹⁸.

La qual cosa, a ben guardare, sembrerebbe destituire di fondamento l'operato richiamato al paradigma normativo dell'art. 648 c.p.p.

L'atto di nomina del difensore di fiducia quale negozio a forma libera

Vigente il codice Rocco, la giurisprudenza di legittimità, se, per un verso, si mostrava incline ad ammettere che la nomina del difensore di fiducia fosse negozio a forma libera¹⁹ – la nascita del quale non soggiaceva a «forme particolari»²⁰ –, per l'altro verso, pretendeva, però, che ne fosse garantita la provenienza dalla parte.

Su queste basi, la Corte di cassazione giungeva sovente ad affermare che essa «d[ovesse] avvenire in uno dei modi tassativamente indicati dall'art. 134 c.p.p. [1930]», non essendo ammessi equipollenti²¹.

In dottrina, accanto a chi avallava la tesi della tassatività delle forme testé enunciata²²,

¹⁶ Così, tra le tante, Cass., sez. I, 10 gennaio 2002, *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 157.

¹⁷ Nonché di «effettua[re], quando occorre, il giudizio di comparazione a norma dell'art. 69 del codice penale».

¹⁸ Aricò, *Ordinanza*, cit., 966.

¹⁹ Cass., sez. I, 16 aprile 1984, *Cass. pen.*, 1986, 950; Id., sez. V, 28 maggio 1974, *Cass. pen.*, 1975, 854; Id., sez. III, 25 gennaio 1967, *Cass. pen.*, 1967, 1168. Sottolinea correttamente Nacar, *Requisiti formali per l'ammissibilità dell'impugnazione e nuove esigenze antiformalistiche*, *Giur. it.*, 2000, 1256, che la nomina a difensore di fiducia è, a tutti gli effetti, un conferimento di mandato ad agire che trova la propria regolamentazione nelle norme di cui agli artt. 1703 ss. c.c., le quali ultime «non [...] richie[dono] nessuna particolare forma per l'incarico conferito».

²⁰ A mente dell'art. 134, comma 1, c.p.p. 1930, «[q]uando la legge prevede[va] la nomina di un difensore senza esigere [appunto] forme particolari, la nomina p[oteva] farsi dalla parte interessata in qualsiasi atto del procedimento ricevuto dall'autorità giudiziaria o ad essa presentato ovvero con dichiarazione resa personalmente o per mezzo di procuratore speciale nella cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario procedente o con lettera raccomandata diretta alla stessa cancelleria o segreteria».

²¹ Cass., sez. VI, 23 marzo 1982, *Cass. pen.*, 1983, 1366; Id., sez. VI, 3 dicembre 1981, *Cass. pen.*, 1983, 111; Id., sez. III, 18 gennaio 1980, *Cass. pen.*, 1981, 238; Id., sez. IV, 30 gennaio 1976, *Cass. pen.*, 1977, 399. Per l'affermazione in base alla quale l'atto di nomina del difensore è valido e produce i propri effetti anche laddove non sia compiuto nelle forme di cui all'art. 134 c.p.p., «purché sussistano gli elementi idonei a garantire la data e la provenienza dello stesso atto», v. Cass., sez. V, 4 aprile 1979, *Cass. pen.*, 1980, 800, nonché Id., sez. V, 20 gennaio 1967, *Cass. pen.*, 1967, 1169.

²² Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Torino, 1968, 501; Zaccone, *Incarico professionale e nomina del difensore di fiducia nel processo penale*, *Giur. it.*, 1955, I, 12; Massa, *Il difensore nel processo penale*, *Arch. pen.*, 1953, I, 200; Gius. Sabatini, *Il difensore e l'elemento formale della sua nomina nel processo penale*, *Giur. completa Cass. pen.*, 1944, 252.

si poneva chi, invece, auspicava maggiori aperture, evidenziando come dovesse essere reputata valida «qualunque manifestazione di volontà di nomina di un difensore comunque portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria»²³.

Nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale, a fronte della precisa scelta di campo operata dal legislatore delegato – che ha rimarcato come «[l]e formalità della nomina s[iano] le più semplici»²⁴ –, si registrano, in giurisprudenza, tre orientamenti contrastanti.

Se, secondo i fautori della tesi restrittiva, deve negarsi recisamente che la nomina possa essere formalizzata mercé modalità dissimili da quelle legislativamente previste – considerata l'importanza che l'atto assume in ordine alla salvaguardia dell'inviolabile diritto di difesa²⁵ –, esegesi maggiormente garantiste considerano la stessa «del tutto efficace anche se compiut[a] con telegramma», costituendo il conferimento del mandato negozio a forma libera²⁶.

In posizione intermedia si collocano quelle pronunce giurisprudenziali che evidenziano

che l'art. 96 c.p.p. «[avrebbe] una duplice veste», l'una pubblica, l'altra privata: se, in chiave pubblicistica, la forma richiesta dalla citata norma sarebbe *ad substantiam* – incidendo, in quanto tale, sugli adempimenti legislativi di cui giudice ed ufficio risultano gravati –, in chiave privatistica, essa sarebbe *ad probationem tantum* – quale componente prodromica alla verifica dell'effettiva volontà dell'imputato e, dunque, dell'effettiva esistenza del sottostante rapporto fiduciario²⁷ –. Da quanto precede sembrerebbe discendere, insomma, che l'eventuale irregolarità genetica dell'atto di nomina possa essere sanata anche *per facta concludentia*²⁸. A venire qui in emergenza, in altre parole, parrebbe essere una fattispecie complessa, le cui componenti strutturali si sostanziano e nella trasmissione dell'atto di nomina mediante modalità operative non conformi a quelle proprie del paradigma legale prescritto dall'art. 96, comma 2, c.p.p. e nel conseguente esperimento, da parte del patrono (così) nominato, dell'atto difensivo al compimento del quale il conferimento del mandato risulta essere finalizzato²⁹.

²³ Leone, *Il difensore, Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, 582. Sembra condividere questa impostazione anche Tranchina, *In tema di formalità per la nomina del difensore di fiducia*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, 925 ss.

²⁴ «[O] la dichiarazione all'autorità procedente o [...] l'atto sottoscritto e trasmesso con raccomandata» (*Rel. Prog. prel. c.p.p. 1988, G.U.*, 24 ottobre 1988, 250, Suppl. ord. 2, 44) ovvero la consegna da parte del difensore («[g]ià oggi la prassi accetta questa modalità, che consente di agevolare l'immediato esercizio di attività difensive». *Rel. Prog. def. c.p.p., G.U.*, 24 ottobre 1988, 250, Suppl. ord., 175-176).

²⁵ Cass., sez. I, 21 giugno 1996, *CED Cass.*, 205371. Nello stesso senso, Cass., sez. I, 30 giugno 1999, *Riv. pen.*, 2000, 506; Id., sez. I, 31 marzo 1995, *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 423; Id., sez. I, 2 novembre 1993, *CED Cass.*, 196717; Id., sez. V, 4 agosto 1992, *CED Cass.*, 191619; Id., sez. I, 4 luglio 1991, *CED Cass.*, 187684. In particolare, negano la possibilità di fare ricorso al telefax Cass., sez. I, 18 gennaio 2000, *Cass. pen.*, 2001, 1269, nonché Id., sez. I, 19 novembre 1999, *Cass. pen.*, 2000, 3347.

²⁶ Cass., sez. II, 26 agosto 1994, *Giur. it.*, 1995, II, 153; Id., sez. IV, 15 giugno 1994, *CED Cass.*, 198753. In dottrina, per tutti, Scalfati, *sub art. 96 c.p.p.*, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 1047.

²⁷ La distinzione che precede, a ben guardare, parrebbe riflettere la dicotomia codicistica: infatti, se l'art. 96 c.p.p. si preoccupa di disciplinare il versante pubblicistico dell'istituto, il successivo art. 27 norme att. e coord. c.p.p. – «[d]ocumentazione della qualità di difensore» – ha esclusivo riguardo a quello privatistico.

²⁸ Cass., sez. V, 27 gennaio 1997, *Cass. pen.*, 1998, 1484; Id., sez. V, 6 novembre 1996, *CED Cass.*, 205919.

²⁹ Ad «una sorta di postuma autenticazione della pregressa nomina informale» accenna Ricci, *Il difensore*, Dean (a cura di) *I soggetti*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. I, Tomo I, Torino, 2009, 695.

La dottrina, per parte sua, appare concorde nel rifiutare paradigmi improntati a «gratuit[i] rigorism[i]»³⁰, che conducano a negare validità a nomine «la cui forma, ancorché non strettamente riferibile ad uno dei “tipi” descritti, consenta comunque di apprezzare chiaramente la volontà dell’imputato di conferire l’incarico»³¹.

Ciò in considerazione altresì del fatto che «[l]’osservanza d[elle] formalità [previste dall’art. 96, comma 2, c.p.p.] non è nemmeno prescritta sotto pena di sanzioni di natura processuale [...]». Ne consegue, per quel che qui importa, «che qualsiasi manifestazione di volontà concernente la nomina del difensore, comunque comunicata all’organo procedente, dovrebbe esser pienamente efficace»³².

In quest’ottica, perplessità ha destato, in particolare, l’orientamento giurisprudenziale summenzionato³³ che esclude, siccome irrituale, la validità della nomina del difensore di fiducia trasmessa a mezzo telegramma. Si è osservato, infatti, vuoi che l’art. 583, comma 1, c.p.p. prevede espressamente tale modalità di spedizione allorché si tratti di proporre impugnazione, vuoi che il tele-

gramma «ha l’efficacia probatoria della scrittura privata» (arg. ex artt. 2705 ss. c.c.)³⁴.

L’autenticazione dell’autografia della sottoscrizione: una formalità gravosa e superflua

A ben guardare, nell’ambito di sistema processuale caratterizzato dall’affermazione alla stregua della quale «non è più prevista alcuna autenticazione o certificazione di autografia della sottoscrizione» apposta in calce all’atto di nomina³⁵, si stenta a comprendere le ragioni che conducono, ancora oggi, la Corte di cassazione a sottolineare che il problema non atterrebbe tanto alla forma in sé, quanto all’esigenza di garantire l’effettiva provenienza del documento dall’interessato³⁶.

Come è stato correttamente osservato, in effetti, «certezza in ordine alla identità» della parte non sussiste nemmeno nell’ipotesi in cui l’atto di nomina venga trasmesso con raccomandata – e, dunque, in ossequio al paradigma normativo di cui all’art. 96, comma 2, c.p.p.³⁷ –, non essendo imposta, neppure in questo caso, l’autenticazione della sottoscrizione³⁸.

³⁰ Cordero, *Procedura*, cit., 289.

³¹ Così, testualmente, Frigo, *Difensore*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 615.

³² Tranchina, *Il difensore*, AA.VV., *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, 222 ss.

³³ Per tutte, Cass., sez. I, 4 luglio 1991, cit.

³⁴ Patané, *Forma del «mandato specifico» del contumace al difensore per impugnare*, *Giust. pen.*, 1992, 518.

³⁵ Formalità, queste, «che sarebbero risultate [...] gravose, spesso incompatibili con l’urgenza dell’atto, e comunque superflue a fronte della possibilità di agevoli riscontri». In questi termini, la *Rel. Prog. prel. c.p.p. 1988*, cit., 44.

³⁶ Si v., tra le altre, la stessa pronuncia in commento.

³⁷ Nacar, *Requisiti formali*, cit., 1256.

³⁸ Cass., sez. V, 19 giugno 1995, *CED Cass.*, 201799; Id., sez. III, 10 dicembre 1992, *CED Cass.*, 192742. Secondo Cass., sez. II, 7 febbraio 1997, *CED Cass.*, 207548, l’autenticazione della firma sarebbe imposta unicamente laddove il soggetto, a causa di difetti di alfabetizzazione, non sia in grado di scrivere. Il c.d. crocesegno, infatti, può valere come speciale sottoscrizione qualora sia accompagnato dall’autenticazione di un pubblico ufficiale – ivi compreso il difensore –, autenticazione che assicura, in forza della intrinseca efficacia certificativa, la conoscenza dell’identità della persona da cui il segno grafico proviene. In dottrina, cfr., tra gli altri, Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano 1999, 73 ss., nonché Di Chiara, “Crocesegno”, *processo penale e mandato difensivo: l’analfabetismo come “deminutio capitis”?*, *Foro it.*, 1999, II, 98.

Né a contrarie conclusioni sembra potersi pervenire semplicemente osservandosi come, nel caso di specie, si trattasse di vagliare la validità di atti di nomina del difensore di fiducia che constavano di «due fogli manoscritti», recanti «sottoscrizioni illeggibili».

Non sembra seriamente revocabile in dubbio, infatti, che «illeggibil[e]», in potenza, possa essere anche la sottoscrizione apposta in calce all'atto di nomina che venga recapitato all'autorità giudiziaria mediante raccomandata. E laddove ciò "accadesse", sarebbe invero arduo giustificare la ritualità di consimile documento sul solo presupposto dell'intervenuta spedizione dello stesso tramite raccomandata.

La ratio dell'art. 96, comma 2, c.p.p.: le tecniche di trasmissione a distanza dell'atto «certificate quanto all'effettività del risultato ottenuto»

Appurato, dunque, che il (vero) discrimine che viene qui in emergenza non può essere individuato nella «certezza in ordine alla identità» del soggetto che conferisce il mandato defensionale³⁹, pare allora opportuno focalizzare l'attenzione sulle tecniche di trasmissione a distanza dell'atto a favore delle quali il legislatore delegato ha espressamente optato.

In proposito, è stato osservato, in termini condivisibili, che il codificatore, consentendo la trasmissione del documento «con raccomandata», sembrerebbe avere prediletto modalità di spedizione «certificate quanto all'effettività del risultato ottenuto»⁴⁰.

Prendendo le mosse da consimili premesse, la dottrina ha ipotizzato che l'inoltro dell'atto di nomina all'autorità procedente mediante tecniche di trasmissione a distanza diverse da quelle codificate – nella specie, telegramma – possa essere giudicato rituale sulla scorta di un'interpretazione di natura analogica⁴¹.

Secondo autorevole insegnamento, «ricorso all'analogia è [...] l'operazione che si compie risalendo da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella che appunto contiene la regola del caso analogo a quello espressamente disciplinato»⁴².

Se, tuttavia, si vaglia il tenore letterale dell'art. 96, comma 2, c.p.p. – «[l]a nomina è fatta con dichiarazione [...] trasmessa con raccomandata» – attraverso il prisma proprio delle summenzionate tecniche «certificate quanto all'effettività del risultato ottenuto», sembrerebbe legittimo ipotizzare che a venire qui in emergenza possa essere un'interpretazione di natura (semplicemente) estensiva, intesa essa alla stregua «[de]l risultato della scoperta, fatta dall'interprete, che sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio, che, per quanto non chiaramente enunciato, vi è appunto incluso»⁴³.

Se la *ratio* della statuizione in commento, insomma, è davvero quella di avvallare l'esperimento delle sole modalità di trasmissione a distanza che garantiscano l'effettività del risultato ottenuto, non pare allora azzar-

³⁹ Nella misura in cui, se questa fosse la *ratio* dell'art. 96, comma 2, c.p.p., il legislatore avrebbe imposto (quel)l'autenticazione della sottoscrizione che, per contro, ha espressamente escluso.

⁴⁰ In questi termini, Ricci, *Il difensore*, cit., 689.

⁴¹ Nacar, *Requisiti formali*, cit., 1256.

⁴² Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, Dig. pen., I, Torino, 2002, 159.

⁴³ Vassalli, *Analogia*, cit., 159.

dato affermare che, accanto alla raccomandata, possano figurare tecniche di spedizione del documento dissimili da quelle codificate ma, non di meno, idonee a certificare l'avvenuta ricezione dell'atto da parte dell'ufficio, quali, appunto, telegramma e telefax.

Né a consimile conclusione pare ostare l'osservazione secondo la quale, mentre la raccomandata consente la spedizione dell'atto in originale, il telefax, per sua stessa natura, permetterebbe di inviare unicamente copie fotostatiche: come è stato chiaramente affermato, infatti, il telefax è «un mezzo tecnologico che consente la perfetta ed integrale trasmissione del contenuto del documento di cui riproduce fotograficamente il testo e la sottoscrizione autografa»⁴⁴.

Dal modello inquisitorio al modello accusatorio: il difensore tra “diritto di difesa”, “giusto processo” e regola dell’«al di là di ogni ragionevole dubbio»

Le conclusioni che precedono, se, da un lato, paiono sorrette da convincenti argomenti di carattere tecnico, dall'altro lato, sembrano fondate anche in chiave sostanziale.

Secondo l'insegnamento tradizionale, difensore è quel soggetto, in possesso di specifiche qualifiche professionali⁴⁵ e non portatore di interessi propri nel procedimento⁴⁶, chiamato ad assistere e rappresentare l'imputato⁴⁷.

Orbene, se, nell'ambito del modello inquisitorio, è dato constatare come le funzioni pro-

⁴⁴ Così, testualmente, Cass., sez. I, 8 gennaio 1991, *Cass. pen.*, 1992, 988 (fattispecie avente ad oggetto la trasmissione via telefax dell'atto di impugnazione da parte del p.m.). Identico principio di diritto è propugnato da Cass. 18 dicembre 1991, *Cass. pen.*, 1993, 905 (fattispecie avente ad oggetto la trasmissione via telefax del provvedimento di fermo da parte del p.m.). Di contrario avviso, non di meno, risulta essere la prevalente giurisprudenza di legittimità. Se, in alcune pronunce, infatti, si è affermato che la parte privata la quale, nell'avanzare una richiesta, si sia avvalsa di un mezzo tecnico non previsto dalla legge, si assume l'alea della intempestività con cui l'atto perviene al giudice (Cass., sez. V, 28 giugno 1996, *CED Cass.*, 205599), in altre, è stato osservato che, in base ai principi generali in tema di atti processuali, la trasmissione mezzo fax di una istanza non costituisce valida forma di comunicazione (Cass., sez. VI, 1° ottobre 1996, *CED Cass.*, 206357), sia perché tale forma non è idonea a garantire l'effettiva provenienza dell'atto dalla persona che figura esserne l'autore (Cass., sez. I, 20 gennaio 1998, *Cass. pen.*, 1999, 2219, con nota di Mendoza, *Trasmissione di atti via telefax e astensione collettiva dalle udienze da parte degli avvocati*), sia perché l'utilizzo di detto strumento è previsto unicamente per le notificazioni disposte dal giudice ai sensi dell'art. 150 c.p.p. – il quale ultimo ammette sì l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto, ma lo subordina alla sussistenza di circostanze particolari – (Cass., sez. V, 20 gennaio 2000, *Cass. pen.*, 2001, 1511). Per l'affermazione secondo la quale è legittima la trasmissione via telefax della lista testimoniale di cui all'art. 468, purché essa non contenga anche la richiesta al giudice di autorizzazione alla citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici – che impone la forma rituale dell'istanza –, cfr. Cass., sez. VI, 10 luglio 1996, *CED Cass.*, 206504. In materia cautelare, se Cass., sez. III, 18 febbraio 2009, *CED Cass.*, 243458, ha affermato che la richiesta ex art. 299, comma 3, c.p.p. può essere inoltrata anche mezzo fax senza incorrere in alcuna inammissibilità, Cass., sez. IV, 21 febbraio 2008, *inedita*, ha statuito che è inammissibile la richiesta di scarcerazione per decorrenza del termine massimo di custodia cautelare in carcere inoltrata via fax dall'avvocato nell'interesse del proprio assistito. A parere dei giudici di legittimità, infatti, troverebbe qui esclusiva applicazione l'art. 121 che prevede che memorie e richieste delle parti vengano presentate al giudice mediante deposito in cancelleria.

⁴⁵ Frigo, *Difensore*, cit., 568. Di «qualità e [...] titoli necessari per offrire un'assistenza difensiva esperta e serena» parla Curtotti Nappi, *Difesa penale*, *Dig. pen.*, Agg. ***, Torino, 2005, 380.

⁴⁶ Kostoris, *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, 1986, 256.

⁴⁷ E le altre parti private. Cristiani, *Difensore (diritto processuale penale)*, *Ns. Dig. it.*, II, Torino, 1957, 1089.

prie dello stesso siano, fondamentalmente, di tipo «argomentativo» – essendo il medesimo deputato a «stimol[are il] controllo, attraverso “eccezioni” [...] sulla legalità degli atti del processo» –, «[d]i ben altra qualità è la funzione difensiva in un sistema accusatorio», che consente ad imputato e difensore vuoi di partecipare alla presentazione ed escussione della prova *ex adverso*, vuoi, più specificamente, di (contro)esaminare direttamente i testimoni addotti dalla controparte⁴⁸.

E, per quanto la nozione di “difesa penale” risulti, ancora oggi, controversa⁴⁹, non sembra revocabile in dubbio che il difensore, in quanto tale, sia diretta emanazione del diritto di rango primario, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, di cui all’art. 24, comma 2, Cost.⁵⁰.

A ciò aggiungasi, per un verso, come la figura del difensore di fiducia sia espressamente richiamata nelle carte sovranazionali⁵¹, per l’altro verso, come il “nuovo” art. 111 Cost., elevando a rango primario i canoni e le regole del giusto processo, accolga una concezione della difesa «funzionale a garantire [...] l’imputato [anche] sul piano del contraddittorio»⁵². Come è stato acutamente osservato, infatti, «“[i]l contraddittorio in senso sog-

gettivo” si esplica in una serie di situazioni strumentali prese in considerazione [...] dall’art. 111, comma 3, Cost., suscettibili di essere ascritte nel più ampio perimetro del diritto di difesa fissato dall’art. 24, comma 2, Cost.», che si estrinsecano nel diritto, riconosciuto all’imputato, di «[essere] informat[o] riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico», di «dispo[rre] del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa», «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico», «di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa», nonché di ottenere «l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore»⁵³.

Sotto altra prospettiva, si è evidenziato altresì come, posto che il processo «non mette mai capo ad un risultato del quale l’uomo saggio sia del tutto sicuro»⁵⁴, la decisione che il giudice penale è chiamato ad assumere «deve superare il dubbio»⁵⁵, il quale ultimo, a livello strutturale, «implica [almeno] due soluzioni»: in quest’ottica, «tanto meglio il giudice è in grado di scegliere, quanto più chiaramente gli stiano davanti [almeno] due soluzioni possibili». Scenario, questo, a garan-

⁴⁸ Frigo, *Difensore*, cit., 569-571.

⁴⁹ Interessanti annotazioni in merito si ritrovano in Ricci, *Il difensore*, cit., 669 ss.

⁵⁰ Di norma «decisamente povera in senso denotativo» parla Ferrua, *Difesa (diritto di)*, *Dig. pen.*, III, Torino, 1988, 477.

⁵¹ Il riferimento è qui agli artt. 6 n. 3 lett. c) Cedu («[o]gni accusato ha diritto soprattutto a: [...] c) difendersi personalmente o con l’assistenza di un difensore di sua scelta [...]») e 14 n. 3 lett. d) Pidcp («[o]gni individuo accusato di un reato ha diritto [...] come minimo alle seguenti garanzie: [...] d) ad essere presente al processo e a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta [...]»).

⁵² Ricci, *Il difensore*, cit., 672.

⁵³ Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell’accertamento penale*, Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 188.

⁵⁴ Di qui l’affermazione secondo la quale la regola del giudicato non avrebbe fondamento scientifico alcuno (considerato che, «allo stato attuale della scienza, nessuna verità è immutabile»). Vanni, *Revisione del giudicato penale*, *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 161.

⁵⁵ «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»: così, testualmente, l’art. 533, comma 1, c.p.p.

zia del quale si pone proprio il contraddittorio che si instaura grazie all'attivo contributo della difesa, qui chiamata a bilanciare ed integrare l'accusa, la cui sola presenza risulta insufficiente⁵⁶.

Se quanto precede coglie nel segno, è, dunque, anche alla luce di annotazioni consimili che sembra doveroso rifiutare, in chiave sostanziale, «gratuit[i] rigorism[i]»⁵⁷, non imposti da prescrizioni tassative di legge⁵⁸, che conducano a negare validità a nomine fiduciarie la cui forma permetta comunque di apprezzare chiaramente la volontà dell'imputato di conferire il mandato defensionale.

Benché i limiti strutturali del presente con-

tributo non consentano di approfondire adeguatamente il tema – che deve necessariamente essere affrontato in altra sede –, è nostra opinione che le molteplici – e profonde – implicazioni sistematiche direttamente connesse alla figura del difensore non ammettano la sussunzione della nomina fiduciaria di quest'ultimo in schemi (meramente) formali, non finalizzati alla salvaguardia di esigenze processuali (davvero) meritevoli di tutela, ma idonei a privare, senza apprezzabile ragione, l'imputato – parte “ontologicamente” debole⁵⁹ – dell'inviolabile diritto di essere difeso, in sede processuale, dal proprio patrono di fiducia.

⁵⁶ Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, Enc. dir., XII, Milano, 1997, 455. È noto, d'altro canto, che, fissando la direttiva secondo la quale «[i]l processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», l'art. 111, comma 4, Cost., se, in positivo, opera come principio cui fa da *pendant* l'onere del legislatore ordinario di allestire scenari processuali atti ad assumere le prove nel contraddittorio, in negativo, funge da regola di esclusione probatoria, condannando «alla radicale irrilevanza ai fini della decisione» qualsivoglia contributo conoscitivo che si caratterizzi per l'essere stato unilateralmente approntato. Sul punto, cfr. Ferrua, *Garanzie del processo penale*, Id., *Il “giusto processo”*, Bologna, 2005, 94, nonché, volendo, Sola, *L'udienza preliminare quale vaglio di transito dell'accusa: “molto rumore per nulla”*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 339. In argomento, v. anche Siracusano, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, 265 ss.

⁵⁷ V. *supra*, nota 30.

⁵⁸ Di norma “duttile”, con espresso riferimento all'art. 96, comma 2, c.p.p., parla anche Cass., sez. un., 11 luglio 2006, *CED Cass.*, 233974 (fattispecie in cui la Suprema Corte ha ritenuto che l'elezione di domicilio presso il difensore – il quale, pur non formalmente nominato, aveva autenticato la sottoscrizione apposta in calce all'atto di querela presentato dalla persona offesa dal reato – fosse elemento tale da esprimere anche la nomina a difensore di fiducia).

⁵⁹ Amodio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, 2003, 154, nonché Id., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze difensive*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 797.

Nell'ipotesi di nuovo metodo scientifico, è ammissibile l'istanza di revisione

Corte di cassazione, Sezione I, sentenza 13 aprile 2011, n. 15139 - Pres. Di Tomassi; Rel. Cassano

La novità della prova scientifica può essere correlata all'oggetto dell'accertamento oppure al metodo scoperto o sperimentato, successivamente a quello applicato nel processo ormai definito, di per sé idoneo a produrre nuovi elementi fattuali. Il vaglio di novità della prova scientifica in sede di revisione si articola in cinque diversi momenti: a) l'apprezzamento della innovazione del metodo introdotto; b) la valutazione della sua scientificità; c) l'applicazione del nuovo metodo scientifico alle risultanze probatorie già vagliate, alla stregua delle pregresse conoscenze, nel processo già celebrato; d) il giudizio di concreta novità dei risultati ottenuti grazie al nuovo metodo; e) la loro valutazione nel contesto delle prove già raccolte nel precedente giudizio allo scopo di stabilire se essi sono idonei a determinare una decisione diversa rispetto a quella di condanna già intervenuta.

1. Con ordinanza del 16 luglio 2010 la Corte d'appello di Trento dichiarava inammissibile l'istanza di revisione proposta il 27 maggio 2010 da S.G., condannato con sentenza della Corte d'assise d'appello di Venezia alla pena dell'ergastolo in relazione ad una serie di reati, fra i quali i delitti di rapina e di omicidio commessi in [omissis] nell'aprile del 1993.

La Corte, richiamate le precedenti, analoghe istanze di revisione - l'ultima delle quali valutata e dichiarata inammissibile con ordinanza del 18 novembre 2009 - evidenziava che la prova considerata "nuova" dalla difesa (consulenza tecnica antropometrica svolta dal consulente di parte sul DVD estrapolato dall'originale supporto VHS, contenente le riprese filmate della rapina commessa) non poteva, in realtà, essere considerata tale, in quanto era già stata considerata e valutata nell'ambito del giudizio di merito dalla Corte d'assise d'appello di Venezia che, nel respingere la richiesta di riapertura dell'istruttoria dibattimentale, aveva osservato che la perizia antropometrica, richiesta dalla difesa di G., non avrebbe potuto dare risultati certi a causa delle cattive condizioni del filmato della rapina che avrebbe dovuto essere utilizzato come termine di raffronto.

2. Avverso la predetta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione, tramite il difensore di fiducia, G., il quale, anche mediante una memoria difensiva, lamenta erronea applicazione dell'art. 634, comma 1, cod. proc. pen., mancanza e manifesta illogicità della motivazione. Osserva, in proposito, che la Corte territoriale, in violazione dei limiti dettati dall'art. 634 cod. proc. pen., ha effettuato in sede preliminare una non consentita valutazione nel merito, escludendo che la consulenza tecnica di parte avesse potuto utilizzare immagini migliori rispetto a quelle acquisite, negando la possibilità di potere svolgere un accertamento tecnico

sulle immagini già acquisite (non valutabili né leggibili secondo le precedenti decisioni), sminuendo, infine, immotivatamente il risultato della consulenza di parte ritualmente prodotta a sostegno della domanda.

3. All'udienza del 25 febbraio 2011, fissata per la trattazione del procedimento in camera di consiglio, il Collegio riservava la decisione all'8 marzo 2011 ai sensi dell'art. 615, comma 1, cod. proc. pen., attesa l'importanza della questione da decidere.

Osserva in diritto.

Il ricorso è fondato.

1. La revisione costituisce un'impugnazione straordinaria che può essere esperita in ogni tempo in presenza di "prove nuove" che, sole o unitamente a quelle già valutate, siano idonee a far sorgere quanto meno un ragionevole dubbio, tale da imporre la pronuncia di una sentenza di proscioglimento.

Con riferimento alla prova scientifica, la richiesta di revisione può essere giustificata con la sopravvenienza di nuovi elementi che richiedono un accertamento di tipo tecnico oppure - come nel caso di specie - con la domanda di espletamento di una consulenza tecnica o di una perizia su reperti già valutati nel processo concluso. Secondo un indirizzo giurisprudenziale più risalente, in quest'ultima ipotesi non può mai parlarsi di "prova nuova", in quanto si tratta di effettuare una diversa e nuova valutazione tecnico-scientifica di dati già apprezzati dal perito e dal giudice e, quindi, di compiere un'attività esulante dalla natura e dalle finalità proprie dell'istituto della revisione. Le nuove valutazioni rischiano di risolversi esclusivamente in apprezzamenti critici di elementi già conosciuti e valutati nel giudizio e, in quanto tali, sono inammissibili, perché si pongono in contrasto col principio della improponibilità per il giudizio di revisione di diverse e nuove valutazioni di dati acquisiti al processo, conosciuti e valutati (cfr. Sez. I, 21 settembre 1992, n. 5392; Sez. II, 12 dicembre 1994, n. 5494; Sez. I, 23 febbraio 1998, n. 1095). Questo orientamento esegetico si fonda innanzitutto su una concezione positivista della scienza intesa come insieme di conoscenze complete, certe, uniche. Esso rifiuta l'idea che nella nozione di scienza sia insito il concetto di fallibilità, di relatività, di evoluzione; rifugge il metodo della smentita e della falsificabilità, nonché la ricerca e la valutazione di altre differenti ricostruzioni del fatto storico al fine di dimostrare che le alternative non sono ragionevolmente configurabili; non accetta la prospettiva che l'utilizzazione di un diverso metodo, pur se applicato agli stessi elementi, possa produrre esiti affatto diversi; rifugge la dimostrazione dell'applicabilità di leggi scientifiche alternative che diano al fatto provato una spiegazione differente. Ad esso si accompagna la preoccupazione di una inconciliabilità logica tra le esigenze di certezza e di stabilità proprie dell'accertamento effettuato nel processo penale e assicurate dal giudicato e le finalità gnoseologiche della scienza, contraddistinta, per sua stessa natura, dalla incompletezza e provvisorietà delle acquisizioni conoscitive raggiunte.

Un secondo e più recente orientamento esegetico, sviluppatosi in coerenza con le indicazioni provenienti, da un lato, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e, dall'altro, dalle Sezioni unite di questa Corte (Sez. Un. 26 settembre 2001, n. 624) osserva, invece, che, ai fini del giudizio di revisione, deve essere riconosciuto il carattere di novità alle prove che comunque

non abbiano formato oggetto di valutazione giudiziale, essendo irrilevante la loro mera acquisizione agli atti del processo. In tale prospettiva si osserva che la necessità di nuovi accertamenti peritali può rendere ammissibile la richiesta di revisione non solo quando riguardi nuove sopravvenienze fattuali, ma anche quando sia motivata dall'impiego di nuove tecniche e conoscenze scientifiche su dati già acquisiti (Sez. I, 6 ottobre 1998, n. 4837; Sez. VI, 11 aprile 1999, n. 1155; Sez. I, 31 ottobre 2002, n. 13001; Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 26734). Ciò comporta, quindi, che anche il giudizio di revisione debba confrontarsi con la nuova prova scientifica per tale dovendosi intendere il mezzo ad efficacia dimostrativa che utilizza la legge scientifica per accertare il fatto ignoto ed è preordinato a procurare, nell'ambito di un procedimento che coinvolge le parti in un serrato contraddittorio tecnico, un sapere al giudice in relazione ad un'evenienza di cui non gli è più possibile la diretta percezione.

Alla stregua di questa diversa impostazione, quindi, la novità della prova scientifica può essere correlata all'oggetto stesso dell'accertamento oppure al metodo scoperto o sperimentato, successivamente a quello applicato nel processo ormai definito, di per sé idoneo a produrre nuovi elementi fattuali. In questo secondo caso al giudice spetta stabilire se il "nuovo metodo" applicato alle emergenze processuali già acquisite sia in concreto produttivo di effetti diversi rispetto a quelli già ottenuti e se i risultati così conseguiti, o da soli o insieme con le prove già valutate, possano far sorgere il ragionevole dubbio della non colpevolezza della persona di cui è stata affermata la penale responsabilità con una sentenza passata in giudicato.

Sulla base delle considerazioni sinora svolte è possibile affermare che il vaglio, da parte del giudice, della novità della prova scientifica in sede di revisione si articola in cinque diversi momenti: a) l'apprezzamento della novità del metodo introdotto; b) la valutazione della sua scientificità; c) l'applicazione del nuovo metodo scientifico alle risultanze probatorie già vagliate, alla stregua delle pregresse conoscenze, nel processo già celebrato; d) il giudizio di concreta novità dei risultati ottenuti grazie al nuovo metodo; e) la loro valutazione nel contesto delle prove già raccolte nel precedente giudizio allo scopo di stabilire se essi sono idonei a determinare una decisione diversa rispetto a quella di condanna già intervenuta.

2. Il provvedimento impugnato non ha fatto corretta applicazione di questi principi sotto diversi profili.

Innanzitutto ha ommesso di effettuare la valutazione giudiziale in ordine alla novità della prova scientifica introdotta dalla difesa distinguendo le diverse fasi in precedenza descritte.

In secondo luogo ha sovrapposto la nozione di oggetto della prova (le immagini contenute nell'originario filmato della rapina) con quella di novità del metodo successivamente sperimentato per: a) trasportare le immagini in forma digitale e, quindi, in forma più nitida; b) leggere il filmato così ottenuto mediante l'utilizzo di sistemi tecnici più moderni; c) effettuare una consulenza antropometrica fondata sull'esame comparato delle immagini contenute nell'originaria videocassetta in sequestro, nel filmato trasposto su cd rom, nei fotogrammi acquisiti dalla Questura di Vicenza.

Infine, non ha correttamente effettuato il giudizio di ammissibilità della domanda nel rispetto degli artt. 631 e 634, comma 1, cod. proc. pen.

3. A tale ultimo proposito il Collegio osserva che, alla luce del mutato quadro normativo, nella fase preliminare del giudizio alla Corte d'appello spetta valutare se gli elementi adottati

dalla parte, per gli aspetti di congruenza e di non manifesta infondatezza, che condizionano radicalmente la stessa ammissibilità della domanda e del relativo giudizio (artt. 631 e 634.1 cod. proc. pen.), siano potenzialmente idonei nella loro obiettività a dar luogo ad una pronuncia di proscioglimento anche sotto il profilo di un "dubbio ragionevole" circa la colpevolezza del condannato a causa dell'insufficienza, dell'incertezza o della contraddittorietà delle prove d'accusa. Una conclusione del genere è avvalorata dal chiaro tenore letterale dell'art. 631 cod. proc. pen., che esplicitamente richiama tutte le formule assolutorie di cui all'art. 530, comprese quelle di cui ai commi 2 e 3 ispirate al canone di garanzia *in dubio pro reo* (Corte cost., 5 luglio 1991, n. 311; Sez. I, 12 maggio 2004, n. 25678; Sez. I, 4 ottobre 2007, n. 41804; Sez. I, 17 giugno 2008, n. 29486; Sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 2437; Sez. II, 11 novembre 2009, n. 44724).

La delibazione prognostica, proprio per la sua intrinseca natura e connotazione, non può tuttavia tradursi in un'approfondita valutazione probatoria dei fatti e in un'illegittima anticipazione del conclusivo giudizio di merito, che va effettuato con le garanzie del contraddittorio ed alla stregua di una dimostrazione di fondatezza delle ragioni poste a base della domanda secondo la più ampia regola liberatoria stabilita dall'art. 631, in riferimento a tutte le fattispecie assolutorie stabilite dall'art. 530 c.p.p.

4. Il percorso argomentativo della decisione impugnata, oltre a non rispettare i limiti del giudizio preliminare di ragionevole previsione di incongruenza e manifesta infondatezza della prospettazione difensiva (che deve risultare evidente, chiaramente non controvertibile e immediatamente percepibile, senza che siano necessari particolari approfondimenti, com'è proprio di una delibazione preliminare), è contraddistinto da manifesta illogicità, quanto alla valutazione di inconsistenza dei dati probatori offerti dal ricorrente e perciò di inidoneità della prospettata consulenza antropometrica a ribaltare l'originario costruito accusatorio. La novità della prova addotta dalla difesa è stata esclusa sulla base del contenuto dell'ordinanza con la quale la Corte d'appello aveva in precedenza respinto la richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, evidenziando le cattive condizioni del filmato della rapina da utilizzare come termine di raffronto.

Al contempo non è stata fornita alcuna compiuta risposta alla "nuova" prova indicata dalla difesa, tenuto conto dell'avvenuta trasposizione digitale delle immagini in base a nuove metodiche e dell'acquisizione di fotogrammi, in precedenza non esaminati, presso la Questura di Vicenza, astrattamente idonei a fungere da elementi di comparazione rispetto al filmato contenuto nella cassetta in sequestro.

Infine, dall'altro, con evidente antinomia rispetto alla prima delle affermazioni in precedenza illustrate, la Corte ha argomentato che la consulenza antropometrica era già stata valutata nell'ambito del giudizio di merito.

Sulla base di quanto sinora esposto la Corte ritiene che i motivi di ricorso siano fondati, in quanto la prova indicata come "nuova" nella domanda di revisione, diretta a sostenere un'alternativa ipotesi ricostruttiva del fatto, è potenzialmente idonea ad inficiare quella ritenuta invece valida dalla sentenza di condanna del ricorrente.

[omissis]

ADA FAMIGLIETTI

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

Nuova prova scientifica e giudizio di revisione

New scientific evidence and revision judgment

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

In materia di istanza di revisione basata su nuove prove scientifiche, la Corte di cassazione sposta l'asse del filtro di ammissibilità dall'oggetto di prova al metodo utilizzato, identificando ben cinque momenti valutativi nell'esame preliminare della domanda. I profili critici si annidano sulla delibazione preliminare di ammissibilità; inevitabilmente, a fronte dello sviluppo di nuove metodologie sempre più precise e sofisticate, un diniego ingiustificato alla richiesta di revisione del processo, compiuto nell'assenza del contraddittorio, finisce per tradirne la finalità di giustizia sostanziale.

In matter of revision request established on new scientific evidences, the Supreme court entitled to quash a judgment moves the eligibility filter from the test object to the utilized method, identifying five judgment steps in the preliminary examination of the question. The critical profiles nestle on the preliminary deliberation of admissibility; unavoidable, in view of development of new methods ever more precise and advanced, an unjustified denial to the trial revision request, conducted in contradictory absence, betrays the aim of substantial justice.

Nuovi metodi scientifici e procedimento di revisione

La Corte di cassazione torna sul tema delle nuove prove nel giudizio di revisione, affermando la possibilità di utilizzare metodi o tecniche scientifiche innovative ai fini dell'emersione di un ragionevole dubbio prodromico di un proscioglimento del condannato.

È noto, infatti, che fra i casi di revisione, mezzo di impugnazione straordinario attivabile in ogni tempo a favore del condannato, figura quello concernente nuove prove, che, sole o unite a quelle già valutate, possano condurre ad un proscioglimento, secondo quanto previsto dall'art. 631 c.p.p.

In tempi di spostamento sempre più incessante del baricentro processuale verso la

prova scientifica¹, il risultato interpretativo raggiunto dai giudici di legittimità nella sentenza in esame rappresenta un'interessante acquisizione, che ribalta alcuni dei punti fermi maturati in passato dalla giurisprudenza. Se, infatti, una certa uniformità esegetica caratterizza l'ipotesi della sopravvenienza di nuovi elementi che necessitano di accertamenti di tipo tecnico², ancora controversa è la trama interpretativa sull'ammissibilità dell'istanza di revisione diretta ad ottenere una perizia o una consulenza tecnica su dati già valutati nel processo giunto alla sentenza definitiva di condanna, oggetto specifico della decisione in commento. Nella specie, l'istanza di revisione, dichiarata inammissibile dalla Corte di appello, aveva ad oggetto una consulenza tecnica antropometrica svolta su un supporto DVD, estrapolato da un originale filmato in VHS.

In materia, si registrano due indirizzi interpretativi nettamente contrapposti; da un lato, un orientamento secondo cui non costituisce prova nuova una diversa valutazione

tecnico-scientifica di dati già stimati, in quanto si tradurrebbe in un apprezzamento critico di emergenze oggettive già conosciute e deliberate nel procedimento³. Le matrici culturali di tale linea di pensiero vanno rintracciate, in linea di fondo, nell'intangibilità del giudicato e nell'impossibilità di ripetere il giudizio *sine die*, a presidio della stabilità delle decisioni giudiziarie; in secondo luogo, nell'asserita natura della perizia⁴ come mezzo di prova neutro⁵, sottratto alla disponibilità delle parti le quali, pertanto, ad essa difficilmente potrebbero affidarsi per la richiesta di revisione; infine, nel ridurre la prova peritale a semplice mezzo di (ri)valutazione dei dati, incompatibile con l'idea che la revisione è inammissibile se fondata su una diversa modalità ricostruttiva di elementi già vagliati⁶.

A questo orientamento si è contrapposto un indirizzo meno rigoroso, secondo cui la richiesta di revisione deve considerarsi ammissibile, oltre che nel caso di nuove emergenze fattuali sulle quali verte l'indagine peritale, anche quando l'accertamento è basato

¹ In argomento, Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 1193; Conti, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, De Cataldo Neuburger (a cura di), *Linee guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2010, 153; Tonini, *Prova scientifica*, Spangher (a cura di), *Procedura penale, Dizionari sistematici*, Milano, 2008, 380.

² Al riguardo, Conti, *Scienza e processo penale*, cit., che propone l'esempio della macchia di sangue scoperta dopo la sentenza irrevocabile.

³ Cass., sez. II, 14 maggio 2009, n. 25577, *CED Cass.*, 244152; Cass., sez. I, 22 settembre 2010, n. 36224, *inedita*, entrambe in materia di revoca della confisca definitiva di prevenzione, che, secondo i giudici di legittimità, si muove nello stesso ambito della revisione del giudicato penale di condanna.

⁴ In materia, Scalfati, *Perizia (dir. proc. pen.)*, *Enc. giur.*, XXIII, 1997; Id., *Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)*, *Enc. giur.*, 1997, VIII.

⁵ Cass., sez. V, 30 aprile 1997, n. 6074, *Giust. pen.*, 1998, III, 309, secondo cui il diritto alla controprova non può avere ad oggetto l'espletamento di un mezzo di prova per sua natura neutro come la perizia, che non è classificabile né a carico né a discarico dell'accusato, essendo 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. Analogamente, Cass., sez. VI, 26 novembre 1996, n. 275, *CED Cass.*, 206894.

⁶ Cass., sez. I, 21 settembre 1992, C., *Cass. pen.*, 1994, 1314; Cass., sez. III, 14 settembre 1993, n. 1875, *CED Cass.*, 196273; Cass., sez. II, 12 dicembre 1994, n. 5494, *ivi*, 201111; Cass., sez. I, 23 febbraio 1998, n. 1095, *Cass. pen.*, 1999, 1216, quest'ultima relativa alla richiesta di una c.d. "superperizia" sul DNA che avrebbe consentito, secondo l'istanza, accertamenti più sofisticati sul reperto sanguigno, tali da poter escludere il suo coinvolgimento nell'omicidio.

su nuove metodologie scientifiche⁷. Il salto interpretativo è dato dall'applicazione, ai fini del vaglio di ammissibilità dell'istanza, di tecniche accreditate e rese pienamente attendibili dalla condivisione e accettazione della comunità scientifica, dato che soltanto tale condizione conferisce un tasso di ragionevole affidabilità ai risultati della nuova indagine.

È da sottolineare, peraltro, come nella giurisprudenza statunitense il criterio basato sul "consenso della comunità scientifica" sia stato superato nel 1993 dalla sentenza Daubert, che rappresenta una pietra miliare in materia di ammissione della prova scientifica. Con tale decisione, infatti, sono stati enunciati i criteri secondo cui il giudice deve valutare la scientificità ed affidabilità del metodo utilizzato, dati da: a) verificabilità del criterio; b) falsificabilità della teoria di riferimento; c) diffusione del metodo in riviste specializzate, in modo da essere controllabile; d) indicazione del tasso di errore. In tal modo, il giudice diventa *gatekeeper*, ossia guardiano del metodo,

valutandone la sua scientificità, così superando il tradizionale indice di accettazione della comunità scientifica⁸.

Evoluzione interpretativa: dall'oggetto di prova al metodo

In materia di nuove prove scientifiche nel giudizio di revisione, influisce significativamente sia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹, sia l'individuazione della categoria dei *nova* ad opera delle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹⁰. La distinzione, infatti, fra *noviter repertae* e *noviter productae* è stata, da sempre, uno dei temi maggiormente dibattuti sia in dottrina sia in giurisprudenza, culminato con il noto principio secondo cui per prove nuove rilevanti, ai fini dell'ammissibilità della revisione, devono intendersi non solo le prove sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche

⁷ Cass., sez. V, 14 maggio 1997, n. 1976, *Cass. pen.*, 1998, 901; Cass., sez. I, 6 ottobre 1998, n. 4837, *Giust. pen.*, 1999, III, 321. Si v., altresì, App. Brescia, sez. I, 1 marzo 2005, *Foro ambr.*, 2005, 296.

⁸ Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579, 113, S. Ct. 2786, 1993, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 219 ss., con il commento di Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*.

⁹ Corte e.d.u., 13 ottobre 2005, *B. c. Italia*, (§ 62-65), *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 284; Corte e.d.u., 12 gennaio 2006, *M. c. Malta*, in tema di disconoscimento di paternità basato su un test del DNA. Al riguardo, Canzio, *Revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 479; Scalfati, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 447.

¹⁰ Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, *Foro it.*, 2002, II, 461. Su tale decisione: D'Orazi, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, 455; Lonati, *Sul criterio per la definizione di prova "nuova" in vista del giudizio di revisione*, *Cass. pen.*, 2002, 3180; Monastero, *Revirement delle Sezioni Unite: la prova non valutata legittima una richiesta di revisione*, *Cass. pen.*, 2002, 2009; Moscarini, *Novum probatorio ed error in procedendo nel sistema delle impugnazioni penali*, *Dir. pen. proc.*, 2004, 631; Id., *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, 95; Scalfati, *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 495. Le aperture della giurisprudenza in materia di revisione, tese a colmare le ristrettezze di una disciplina ancorata al mero controllo testuale della motivazione nel giudizio *de legitimitate*, sono state fronteggiate con la possibilità di censurare, già con le impugnative ordinarie, l'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato: si allude alla riscrittura dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. ad opera dell'art. 8, l. 20 febbraio 2006, n. 46, laddove emerge un collegamento fra l'introduzione della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e l'ampliamento del sindacato di legittimità.

quelle non acquisite nel precedente giudizio, ovvero acquisite, ma non valutate neppure implicitamente, ossia *noviter cognita*¹¹.

La decisione in commento aderisce a quest'ultima linea interpretativa, con un significativo salto culturale, superando la concezione positivista di una scienza completa e infallibile: se la scienza è per sua stessa definizione incompleta e provvisoria¹², la scoperta di un nuovo metodo o tecnica, idonei a consentire l'emersione di un ragionevole dubbio tale da condurre al proscioglimento del condannato, obbliga a ritenere ammissibile la richiesta di revisione.

Certo, si palesa il rischio che, in tal modo, il giudice resta schiacciato dalla centralità della prova scientifica, come mero spettatore di un partita che sarà poi decisa dagli esperti, periti o consulenti; ma il pensiero manifestato dalla Corte di cassazione è quello di attribuire all'organo giudicante la scelta consapevole di stabilire se il nuovo metodo, applicato alle emergenze processuali già acquisite, è in concreto produttivo di effetti diversi e, se i risultati così ottenuti, sono in grado di insinuare il ragionevole dubbio della non colpevolezza del condannato.

E così, l'asse dell'ammissibilità della revisione, quando la richiesta è basata su nuove prove scientifiche, si sposta dall'oggetto di

prova al metodo utilizzato; qui la Corte percepisce l'ampiezza di prospettive che scaturisce dal principio e lo circoscrive, invocando ben cinque stadi valutativi del metodo allegato con la domanda: l'apprezzamento della sua novità; la valutazione del grado di scientificità; l'applicazione del nuovo metodo alle risultanze probatorie già vagliate nel processo già celebrato; il giudizio di effettiva novità dei risultati ottenuti grazie al nuovo metodo; la loro valutazione nel contesto delle prove già raccolte nel precedente giudizio, al fine di verificare la loro idoneità a determinare una decisione diversa rispetto a quella di condanna già intervenuta¹³. In ordine a ciascuno di detti momenti, spetta alla Corte d'appello l'impervio compito di verificare la solidità dei metodi utilizzati e la loro capacità dimostrativa a far assolvere il condannato, ai sensi dell'art. 631 c.p.p.¹⁴.

Contenuto dell'istanza di revisione ai fini della richiesta di nuova prova scientifica

Limitatamente al contenuto della richiesta di revisione, ferma la necessità di indicare specificamente le ragioni e le prove che la giustificano (art. 633, comma 2, c.p.p.), è facoltà delle parti corroborarla di tutti gli allegati

¹¹ Secondo la felice intuizione di Moscarini, *L'omessa valutazione della prova*, cit., 87, per il quale tale ipotesi costituisce un *error in procedendo*, censurabile in sede di legittimità alla stregua dell'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p. e, dunque, non quale caso di revisione. Si tratta, però, di un risultato interpretativo superato dalla modifica dell'art. 606, lett. e), c.p.p. effettuata dall'art. 8, l. 20 febbraio 2006, n. 46.

¹² Del resto, anche le leggi scientifiche universali possono essere sempre soggette a falsificazione e, pertanto, sottoposte a controllo giurisdizionale; per queste riflessioni, Dominioni, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, 115 ss.; Bettiol, *Ammissibilità del procedimento indiziario ai fini della ricostruzione del nesso causale*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1547.

¹³ In dottrina, per queste considerazioni, Conti, *Scienza e processo penale*, cit.

¹⁴ In passato, già Cass., sez. II, 17 ottobre 2003, n. 834, *CED Cass.*, 208464, aveva affrontato il tema della perizia eseguita con metodo computerizzato su fotogrammi di telecamera a circuito chiuso della banca oggetto di rapina, finalizzata alla selezione e al confronto delle immagini insieme alla comparazione foto-antropometrica fra i tratti somatici dei rapinatori e quelli degli imputati, sulla base di tecniche geometriche e matematiche, e con l'ausilio di strumenti informatici.

necessari alla sua ammissibilità, fornendo, se necessario, pubblicazioni scientifiche, relazioni di consulenti di parte o memorie, a conforto dell'istanza presentata sulla base di nuove prove. Si tratta, a ben vedere, di una possibilità e non di un obbligo vero e proprio, per evitare "pericolosi rigorismi" formali¹⁵; pertanto, potranno costituire fondamento della richiesta di revisione anche le risultanze e documentazioni dell'attività di investigazione difensiva, attesa la loro spendibilità per l'impugnazione straordinaria, secondo quanto previsto dall'art. 327-bis c.p.p.¹⁶. Al riguardo, i giudici di legittimità hanno precisato che la facoltà del difensore di svolgere attività investigative, finalizzate al giudizio di revisione, deve essere esercitata nelle forme di cui all'art. 391-bis c.p.p., a pena di inutilizzabilità dei risultati¹⁷. È stato, in particolare, specificato che non rappresentano prove "nuove" gli elementi desumibili da ulteriori indagini difensive, quando siano posti a fondamento di elaborati tecnici basati su acquisizioni scientifiche non effettivamente innovative e insuscettibili di fornire risultati idonei a superare i criteri di valutazione adottati nel precedente giudizio¹⁸. Conseguentemente, nel-

l'ipotesi di richiesta di revisione basata sull'applicazione di nuove tecniche adottate in relazione a reperti già noti, sarà onere della parte dimostrare che si tratta di un metodo precedentemente non utilizzato o escluso, anche a causa dell'assenza di un sufficiente margine di falsificabilità e/o di affidabilità scientifica dello stesso. Nell'ipotesi di un metodo scientifico precedentemente conosciuto ma non utilizzato, taluni auspicano una chiusura al giudizio di revisione¹⁹; il rischio paventato, infatti, è che un'apertura generalizzata dell'impugnazione straordinaria alle nuove prove scientifiche comporti un'inflazione del lavoro giudiziario e una significativa erosione dell'intangibilità del giudicato. Si tratta, però, di un sacrificio accettabile, a fronte dell'attuale regola del giudizio di condanna basata sull'al di là di ogni ragionevole dubbio e del mutamento del fattore tempo nei rapporti fra processo e diritto, derivante da una nuova concezione epistemologica della prova²⁰.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in materia di prova atipica, profilo che si sa intimamente legato al *novum* scientifico; qualora, in sede di valutazione prognostica, la corte territoriale ritenga tali prove idonee

¹⁵ Jannelli, sub art. 633 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1992, 365.

¹⁶ In tal senso, Astarita, *Revisione*, Dig. pen., Agg. III, II, Torino, 2005, 1368.

¹⁷ Cass., sez. I, 25 novembre 2003, n. 45612, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1302, con nota di Lorenzetto, *Richiesta di revisione ed indagini difensive: un discutibile caso di inutilizzabilità promozionale*. In argomento, Bruno, *Indagini difensive: il mancato rispetto delle "forme" rende inammissibile la revisione del processo*, *Dir. pen. proc.*, 2004, 1131.

¹⁸ Cass., sez. I, 9 marzo 2005, n. 16455, *CED Cass.*, 231579; analogamente, Cass., sez. I, 28 maggio 2008, n. 26637, *inedita*, in materia di prova ematochimica effettuata con il c.d. "luminol". Si è anche affermato che, nell'ipotesi in cui al difensore sia stato conferito mandato per compiere attività di investigazione preventiva, l'istanza con cui lo stesso chiede l'autorizzazione al prelievo di campioni su reperti sequestrati, in custodia all'autorità giudiziaria, va presentata al giudice dell'esecuzione e non già alla Corte d'appello territorialmente competente per la revisione, sulla base di un'asserita attività prodromica delle indagini difensive alla presentazione dell'istanza di revisione. In tal caso, il giudice dell'esecuzione non potrà negare la suddetta autorizzazione sulla base di una sua valutazione d'inammissibilità dell'istanza di riapertura del processo in sede straordinaria; così, Cass., sez. I, 8 aprile 2008, n. 16798, *CED Cass.*, 239581.

¹⁹ Conti, *Scienza e processo penale*, cit.

²⁰ Per queste considerazioni, Canzio, *La revisione del processo*, cit., 501.

per l'accertamento della non colpevolezza del condannato e non pregiudizievoli della libertà morale della persona, potrà decidere l'ammissibilità della richiesta, sempre che in fase di giudizio sia recuperato il contraddittorio sulle concrete modalità di assunzione²¹. Al giudice della revisione, quindi, sarà affidato un duplice vaglio: di ammissibilità della richiesta e di rispetto del precetto di cui all'art. 189 c.p.p. Da parte di alcuni, in ogni caso, si ritiene preferibile la riconduzione della prova atipica a contenuto scientifico nel paradigma della perizia o della consulenza tecnica²²; il pericolo concreto, infatti, sta nel giudice che abbandona la sua libertà di scelta e si trasforma in mero esecutore del volere degli esperti, sottomettendosi a procedure sganciate dalla tipicità legale di modelli probatori esistenti ed affidate integralmente ai tecnici.

Profili della delibazione di ammissibilità

Alle conclusioni raggiunte, si può replicare che il sindacato sulla validità di nuovi metodi scientifici, ai fini del vaglio di ammissibilità, non è perfettamente compatibile con

l'ambito di valutazione assegnata *in limine litis* alla corte d'appello.

È noto, infatti, che l'impugnazione straordinaria consta di due momenti: una fase preliminare, segreta e senza alcun contraddittorio, deliberativa della richiesta, e il giudizio vero e proprio²³; superata la dicotomia vigente nel codice del 1930, appare improprio distinguere tra fase rescindente e rescissoria, non essendovi alcun momento procedimentale di revoca o annullamento della precedente sentenza²⁴.

In passato, sono sorti significativi dubbi circa l'indagine preliminare assegnata alla corte d'appello, in riferimento, sia ai profili concernenti la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 631 c.p.p.²⁵, sia al sindacato sulla manifesta infondatezza.

Leggendo l'art. 634 c.p.p., il controllo di ammissibilità appare scisso in due segmenti: il primo riguarda provvedimenti impugnabili e la configurabilità dei "casi", nonché l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 631, 632, 633 e 641 c.p.p., concernenti prognosi di proscioglimento, soggetti legittimati, forma della richiesta e riproposizione di nuova domanda, a seguito di una già rigetta-

²¹ Così, Marchetti, *La revisione*, Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, V, Milano, 2009, 962.

²² In tal senso, Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 495, secondo il quale ove vengano introdotti metodi o tecniche sperimentali, tali da non potersi considerare acquisiti al patrimonio della comunità scientifica, sarà il giudice a pronunciarsi sulla loro validità. Nel caso, invece, di una perizia fondata su cognizioni di comune dominio fra gli esperti, la verifica giudiziale in fase di ammissibilità della domanda di revisione concerne solo la loro corretta applicazione.

²³ Al riguardo, *amplius*, Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, *passim*; Spangher, *Revisione*, *Dig. pen.*, XII, Torino, 1997, 131; Dean, *Provvedimenti soggetti a revisione ed ambiti della declaratoria di inammissibilità della richiesta*, *Giur. it.*, 1999, 806; Id., *La revisione*, Padova, 1999, *passim*.

²⁴ In dottrina, concordano sul punto: Bronzo, *Il giudizio di ammissibilità del nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, *Cass. pen.*, 1998, 906; Canzio, *La revisione del processo*, cit., 481; Scalfati, *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova"*, cit., 496. In giurisprudenza, è affermazione oramai pacifica: cfr., *Cass.*, sez. I, 6 ottobre 1998, n. 4837, cit.; *Cass.*, sez. un., 26 settembre 2001, n. 624; *contra*, *Cass.*, sez. I, 22 aprile 1991, T., *Cass. pen.*, 1992, 1873.

²⁵ A norma del quale: «Gli elementi in base ai quali si chiede la revisione devono, a pena di inammissibilità della domanda, essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli articoli 529, 530 o 531».

ta, basata su elementi diversi.

Il secondo segmento d'indagine preliminare riguarda, invece, la manifesta infondatezza della richiesta, e non coincide né può essere sovrapposto alla verifica di congruenza ed adeguatezza della domanda, come si desume chiaramente dal termine disgiuntivo "ovvero". Si è affermato, infatti, che mentre la verifica compiuta secondo l'art. 631 c.p.p. corrisponde ad un giudizio prognostico astratto²⁶, che non può in alcun modo sconfinare in un'anticipata decisione di merito, il controllo sulla manifesta infondatezza assume connotazioni di maggiore concretezza²⁷. Inevitabilmente, anche sulla richiesta di nuove prove o tecniche scientifiche, la delibazione preliminare sulla domanda va effettuata tenendo conto della loro idoneità a capovolgere l'esito del giudizio di condanna, con un «limitato potere-dovere di valutazione, anche nel merito»²⁸. Tuttavia, alla luce

del mutato quadro normativo, caratterizzato dall'introduzione dei principi del giusto processo nell'art. 111 Cost. e dall'inserimento della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio nel testo dell'art. 533 c.p.p.²⁹, la revisione finisce per subire una profonda mutazione, in base alla quale occorre comparare molto più attentamente i *nova* con le conclusioni probatorie che hanno determinato la condanna³⁰. Ne consegue che l'esame preliminare, concepito senza l'intervento delle parti, richiede una sorta di *favor* in chiave di ammissibilità della richiesta, rinviando, nei casi dubbi, la disamina alla fase di merito. Soprattutto dinanzi a nuove metodologie scientifiche, sempre più precise e sofisticate, uno sbrigativo diniego preliminare, compiuto in assenza di contraddittorio, finisce per tradire la mutata fisionomia dell'istituto, sempre più orientato a salvaguardare la c.d. giustizia sostanziale.

²⁶ Cass., sez. VI, 30 ottobre 1997, D.M., *CED Cass.*, 210308; Cass., sez. III, 11 aprile 1994, V., *ivi*, 197399. È stato, altresì, specificato che l'indagine propria della fase preliminare «deve limitarsi ad una sommaria delibazione dei nuovi elementi di prova adottati, al fine di stabilire se essi, nei termini in cui sono stati prospettati, appaiano astrattamente idonei, da un canto, ad incidere sostanzialmente e in maniera favorevole sulla valutazione delle prove a suo tempo già raccolte e sul conseguente giudizio di colpevolezza dell'imputato; dall'altro canto, a consentire di prevedere ragionevolmente che essi elementi, soli o congiunti a quelli già esaminati, possano condurre al proscioglimento dell'istante»; così, Cass., sez. I, 25 maggio 1992, L.G., *Cass. pen.*, 1994, 373.

²⁷ Cass., sez. I, 6 ottobre 1998, n. 4837, cit. Di contrario avviso, Scalfati, *L'esame sul merito*, cit., 320; analogamente Bronzo, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 904.

²⁸ Così, Canzio, *La revisione del processo*, cit., 481.

²⁹ Attraverso l'art. 5, l. 20 febbraio 2006, n. 46; al riguardo, Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, Scalfati (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, 87; Garofoli, *I nuovi standars valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*, Gaito (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006, 77; Paliero, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, *Guida dir.*, 2006, 10, 73; Piergallini, *La regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di civil law*, Bargis-Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007, 361.

³⁰ Cfr. Cass., sez. I, 12 maggio 2004, n. 25678, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 679, con nota di D'Alessandro, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*. Si ricorda, che la prima decisione che ha enunciato il principio del ragionevole dubbio, tradotto nell'acronimo inglese BARD (*beyond any reasonable doubt*) è la nota Cass., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, *Dir. pen. proc.*, 2003, 50, con commento di De Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza ed accertamento*. Secondo Conti, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, Tonini (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, *Dir. pen. proc.*, Dossier, 2008, 29, la citata decisione ha ricollocato «la prova del rapporto di causalità all'interno della comune epistemologia giudiziaria. E tale operazione ha costituito il volano per far entrare la prova scientifica nelle logiche dell'accertamento processuale».

Rilievi conclusivi

Dall'analisi compiuta, è emerso come la novità del metodo scientifico scaturisca dai *risultati probatori* ottenibili attraverso l'introduzione della nuova tecnica e dalla sua capacità di ribaltare il costruito accusatorio ritenuto valido per l'emanazione della sentenza di condanna.

Al riguardo, si è sostenuto che solo la valutazione astratta di novità del metodo scientifico può svolgersi nel segreto della camera di consiglio³¹, mentre si prevede un recupero nella fase successiva dell'indagine sugli altri quattro momenti valutativi delineati in materia di prova scientifica (applicazione del nuovo metodo alle risultanze probatorie già vagliate; giudizio di effettiva novità dei risultati ottenuti grazie al metodo inedito; valutazione nel contesto delle prove già raccolte nel precedente giudizio; idoneità a determinare una decisione diversa rispetto a quella di condanna già intervenuta).

In più, si è affermato che solo la sopravvenienza di un nuovo metodo scientifico non

conosciuto né conoscibile dalle parti al momento del giudizio di merito, può dare ingresso al procedimento di revisione, che altrimenti si trasformerebbe in un quarto grado di giudizio. Tuttavia, si tratta di visione non giustificata dalla disciplina codicistica (art. 630 lett. c) c.p.p.), che non limita la novità alla sua precedente impossibilità di dedurla ad opera delle parti; niente esclude che il metodo sia processualmente nuovo quando di esso non vi sia alcuna traccia nel ragionamento giudiziario seguito nel pregresso accertamento di condanna.

È auspicabile, invece, il superamento di una visione estremamente formalistica dell'impugnazione straordinaria, in applicazione del canone di garanzia sostanziale implementato dal significativo peso della giurisprudenza europea, la quale ha attribuito rilevanza significativa alla concreta attitudine del mezzo di prova a giungere, per effetto del progresso scientifico, a risultati diversi, capaci di modificare il contenuto dell'accertamento nel precedente giudizio³².

³¹ Conti, *Scienza e processo penale*, cit.

³² Canzio, *La revisione del processo*, cit., 501.

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS



GIORGIO PIZALI

Giudice - Tribunale di Verona

Il processo e l'organizzazione: questioni sull'ufficio del giudice per le indagini preliminari

Criminal proceeding and organization: the preliminary judge bureau

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

La vicenda giudiziaria non si risolve solo attraverso norme processuali, ma è fortemente influenzata dalle regole organizzative degli uffici che, anzi, condizionano il modello stesso dell'accertamento. Lo provano i rapporti tra la disciplina del codice e la disciplina ordinamentale, dove le scelte, anche di natura secondaria, effettuate sull'organizzazione del magistrato per le indagini preliminari influiscono persino sul ruolo funzionale del giudice rispetto a com'era stato progettato dal legislatore.

The judicial process is not governed just by procedural rules. In fact it is strongly influenced by the organizational rules coordinating the enquiry system. This is proved by the relations between the rules of the code and the rules set by the legal order. Indeed the choices regarding the organization of the office in charge of preliminary enquiries affect the functional role of the judge, in spite of the project defined by the legislator.

L'organizzazione della giurisdizione penale

Esiste, accanto al processo penale, un'organizzazione della giurisdizione penale, che raramente assurge all'interesse degli studiosi e che trova attuazione nella pratica quotidiana senza eccessiva considerazione per la sua interferenza concreta con il processo e senza effettiva consapevolezza dei valori che essa può coinvolgere.

Il processo penale, infatti, opera necessariamente all'interno di una struttura organizzativa, fatta spesso di regole ulteriori e

autonome rispetto a quelle dettate dal codice, ma che con la procedura interagiscono fortemente, contribuendo a realizzare, o a vanificare, valori importanti della giurisdizione.

Per prima cosa, in questa prospettiva, vengono in rilievo disposizioni di rango primario dettate dalle leggi dell'ordinamento giudiziario; ma, in aggiunta, concorrono anche tutta una serie di disposizioni, di rango secondario, che discendono dall'ampia attività di normazione effettuata dal Consiglio Superiore della Magistratura ed attuata nei singoli uffici con le c.d. "tabelle organizzative".

L'analisi delle interferenze e relazioni di questo compendio normativo con il processo è ampia e non può essere qui trattata, ma può esserne data una dimostrazione.

L'ufficio del giudice per le indagini preliminari

L'incidenza sulla struttura "profonda" del codice delle norme organizzative si può cogliere, infatti, in modo estremamente significativo rispetto ad uno dei settori più delicati della giurisdizione penale, come quello relativo alle funzioni del giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare.

Proprio rispetto a questo settore, ad esempio, già in sede di introduzione della codificazione vigente vennero alla luce specifici profili organizzativi, che hanno in seguito influito sul modo di atteggiarsi concreto delle funzioni processuali rimesse a quell'organo.

Un primo aspetto, emblematicamente, riguarda la scelta compiuta in origine di consentire il trapasso nelle nuove funzioni di giudice per le indagini preliminari di magistrati che, magari per anni, avevano svolto in precedenza le funzioni di giudice istruttore¹.

Non si è probabilmente analizzato a sufficienza quanto quella continuità abbia inciso sul modo di interpretare il ruolo di garanzia che il codice intendeva attribuire al nuovo organo, rispetto al precedente, nonché su quanto abbia inciso quella continuità soggettiva sull'evaporare di criteri relativi ai presupposti applicativi delle misure cautelari (con riferimento alle esigenze cautelari), pur fissati con dovizia di dettaglio dal legislatore².

Ma anche altre regole espresse dettate dal legislatore hanno avuto ed hanno un rilievo importante.

Una disposizione specificamente dettata in sede di norme ordinamentali, ma imposta da un punto espresso dalla delega per la riforma processuale³, ha voluto che nel determinare, ad opera dei singoli uffici, i meccanismi di assegnazione degli affari al giudice per le indagini preliminari, venissero previsti criteri idonei a concentrare, per quanto possibile, tutti gli affari di un procedimento in capo allo stesso magistrato⁴.

Tale opzione, da un lato, ha reso estremamente delicato l'aspetto concernente l'individuazione del giudice assegnatario dovendosi stabilire quale sia il suo primo atto nell'am-

¹ È interessante che nella *Relazione al progetto preliminare* e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale e di quello a carico degli imputati minorenni, si osservi che ad «impedire il permanere di consuetudini professionali acquisite nel vigente sistema processuale» sarà sufficiente l'abrogazione della figura del giudice istruttore, *G.U.*, suppl. ord. n. 2, 1988, 229. Per vero, già osservava Zagrebelsky V., *Modifiche all'ordinamento giudiziario e nuovi ruoli del pubblico ministero e del giudice*, *Cass. pen.*, 1989, 2127, come «all'abolizione dell'ufficio di istruzione penale avrebbe dovuto far riscontro il tentativo – almeno – di attribuire funzioni di giudice dell'indagine preliminare a persone fisiche diverse da coloro che hanno fino ad ora svolto le funzioni di giudice istruttore», lamentando l'omissione al riguardo attribuibile al CSM.

² Non a caso con dovizia crescente, proprio per cercare di far fronte, sul piano della norma processuale, a quello svaporare.

³ Art. 2, punto 40, legge delega 16 febbraio 1987, n. 81.

⁴ L'art. 4 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449 prevedeva, nell'introdurre l'art. 7-ter r.d. 30 gennaio 1941, n. 42, che «nel determinare i criteri per l'assegnazione degli affari penali al giudice per le indagini preliminari, il Consiglio Superiore della Magistratura stabilisce la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice di tutti gli incidenti probatori e di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento».

bito di un procedimento⁵, a seguito del quale verranno tutti gli altri atti. Ma, soprattutto, malgrado il suo apparente buon senso, quella soluzione è stata decisiva nello spostare il baricentro della qualificazione funzionale di quell'organo verso un modello opposto a quello che, contemporaneamente, con la codificazione processuale, si andava realizzando attraverso la creazione di un giudice *ad acta*, chiamato solo ad interventi estemporanei connotati, proprio per questo, in termini di neutralità⁶.

La concentrazione di tutti gli atti di un procedimento in capo allo stesso magistrato, ovviamente, era destinata a facilitare una specifica assunzione di ruolo di "compartecipe" del giudice nella gestione "investigativa" del procedimento, trasformandolo in un giudice *ad processum*⁷. Una compartecipazione, infatti, che si è tentato di fronteggiare con norme ordinamentali (o processuali, ma di

evidente natura organizzativa), dirette a spezzare, sia pure in parte, la *cognitio ad processum*, prevedendo, rispetto al principio di concentrazione di cui si è detto, almeno una cesura tra atti di indagine e udienza preliminare e imponendo la designazione, in sede di organizzazione tabellare, di un giudice diverso per l'udienza preliminare⁸, con radicale incompatibilità tra g.i.p. e g.u.p. secondo l'art. 34, comma 2-bis, c.p.p.⁹.

Ma, nello stesso contesto riformatore, anche un ulteriore profilo organizzativo ha, probabilmente, contribuito a tradire il modello che il codice voleva delineare.

Infatti, in sede di norme organizzative, è stato abrogato l'ufficio istruzione (art. 44 ord. giud.) che individuava quell'organo come un "ufficio", al di fuori, quindi, della struttura del tribunale ripartita in sezioni. Nel frattempo, però, per «le numerose funzioni processuali, rimesse a magistrati giudicanti, [...]

⁵ Oltre che l'individuazione esatta del concetto di medesimo procedimento.

⁶ Con estrema lucidità il dato è indicato da Di Lello, *Il nuovo ruolo del Gip a quattro anni dall'entrata in vigore del codice: la terzietà tra accusa e difesa*, *Aggiornamento professionale per i giudici delle indagini preliminari*, Quaderni CSM, 1993, 22 ss., laddove segnala come quella previsione, ritenuta imprescindibile per non imporre ogni volta lo studio del fascicolo ad altro magistrato ha, però, «realizzato inevitabilmente il ripristino della coppia gip-pm» e indotto il primo a «vivere come anche suo il processo gestito dal secondo» ad avere «interessi processuali comuni» in modo incompatibile con la funzione di controllo terzo, invece, demandatogli dal codice.

⁷ Ed è significativo che nell'apprezzare la norma per la sua idoneità ad evitare la frantumazione degli interventi tra g.i.p. diversi, sia stato affermato che la collocazione della norma fuori dal codice abbia inteso evitare il pericolo che, inserendola nel codice, si favorisse la riappropriazione del processo da parte del g.i.p. V. Neppi Modona, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Conso-Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 1996, 373 e Vigna, sub art. 328 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, IV, Torino, 1991, 32. Interessanti le notazioni di Ichino, *La terzietà del giudice per le indagini preliminari: un problema aperto*, *Quest. Giust.*, 1993, 431.

⁸ L'art. 6 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, intervenendo sull'art. 7-ter r.d. n. 12 del 1941, ha confermato «la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice dei provvedimenti relativi al medesimo procedimento», ma ha aggiunto l'onere della «designazione di un giudice diverso per lo svolgimento delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare».

⁹ Introdotto sempre con il d.lgs. n. 51 del 1998, art. 171; peraltro una norma transitoria inserita con la l. 22 luglio 1999, n. 234, di conversione del d.l. 24 maggio 1999, n. 145, ha previsto che «fino alla data del 2 gennaio 2000, l'art. 34, comma 2-bis, del codice di procedura penale, inserito dall'art. 171 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, non si applica ai procedimenti nei quali l'udienza preliminare è in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Restano comunque salvi gli atti e le attività compiuti dal giudice», ferma la facoltà per le parti di proporre istanza di ricasazione «se il giudice, dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, fuori dei casi consentiti dalla legge, esprime giudizi che manifestano una valutazione di colpevolezza».

previste dal nuovo codice nella fase antecedente al dibattimento» si è ritenuto «necessario prevedere l'istituzione di un apposito ufficio»¹⁰, benché collocato tra le sezioni in cui è ordinariamente ripartito il tribunale¹¹, allo scopo di facilitare l'interscambio dei magistrati all'interno del tribunale ed impedire così l'incancrenirsi di posizioni¹².

Tuttavia, da un lato, la semplicità del meccanismo di interscambio di magistrati appartenenti a diverse sezioni, garantito dalla riconducibilità della mobilità al sistema tabellare, non ha assolutamente evitato il cristallizzarsi nelle posizioni, tanto che è dovuto intervenire il legislatore, in più tornate, per imporre *ex lege* la temporaneità delle funzioni di giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare¹³.

Ma il dato più interessante è che anche quella struttura organizzativa in sezione autonoma, per i magistrati giudicanti incaricati delle funzioni processuali richieste nella fase antecedente al dibattimento, ha probabilmente contribuito a focalizzare le funzioni in termini di specificità; mentre ciò non sarebbe stato necessario se davvero

si fosse voluto delineare quelle funzioni come un complesso di interventi giurisdizionali *ad acta*, in una fase caratterizzata dall'attività investigativa del pubblico ministero.

Un'organizzazione coerente con la funzione che si voleva attribuire al giudice per le indagini preliminari – non già di giudice della fase, ma di giudice chiamato ad intervenire saltuariamente nella fase – probabilmente avrebbe dovuto più opportunamente escludere una sua individuazione in chiave di autonomia¹⁴. Detto in termini più espliciti, probabilmente, non ha giovato ai magistrati incaricati dell'intervento giurisdizionale nella fase antecedente al dibattimento il loro isolamento organizzativo rispetto ai magistrati incaricati dello svolgimento delle funzioni dibattimentali¹⁵.

Certo è agevole osservare, oggi, che soluzioni diverse, con le quali si prevedesse lo svolgimento di interventi giurisdizionali *ad acta* da parte degli stessi giudici incaricati dello svolgimento delle ordinarie funzioni dibattimentali, sono diventate impraticabili anche a causa del proliferare delle incompa-

¹⁰ Così nella *Relazione al progetto preliminare*, cit., 229.

¹¹ Inoltre, lo spiccato favore per la costituzione di quella sezione ha condotto ad escludere che per essa valesse il limite di almeno cinque giudici previsto in generale dall'art. 46.5 ord. giud. per l'istituzione di sezioni autonome.

¹² Così si esprimeva la *Relazione al progetto preliminare*, cit., 229.

¹³ L'originaria previsione, per la quale le funzioni in esame non potevano essere esercitate «per più di sei anni consecutivi» è avvenuta con l'art. 57, l. 16 dicembre 1999, n. 479, che ha introdotto il comma 2-ter, nell'art. 7-bis del r.d. n. 12 del 1941, ma successivamente, oltre agli assestamenti della disciplina transitoria realizzati con l'art. 1, l. 27 febbraio 2002, n. 31, e l'art. 2, comma 28, l. 25 luglio 2005, n. 150, la norma è stata modificata dall'art. 2, comma 27, l. 25 luglio 2005, n. 150, che ha elevato a dieci gli anni e, poi, complessivamente riformata nel tenore vigente dall'art. 4, comma 19, l. 30 luglio 2007, n. 111.

¹⁴ La successiva previsione ordinamentale che ha condotto ad introdurre posti in organico di Presidente della sezione g.i.p. e, addirittura, di aggiunto, ha contribuito a delineare quella sezione come «un ufficio autonomo – e spesso contrapposto – rispetto al giudice del dibattimento», così Zagrebeky V., *Modifiche all'ordinamento giudiziario*, cit., 2127.

¹⁵ Ed è meritevole di essere sottolineato come quell'autonomia e specificità è stata, in qualche modo, rinforzata anche da previsioni tabellari che addirittura precludono l'applicazione o la coassegnazione dei giudici per le indagini preliminari a svolgere funzioni dibattimentali. Ciò, infatti, ha accentuato l'impermeabilità tra le due aree della stessa giurisdizione penale.

tibilità¹⁶. Ma ad un'osservazione attenta non può sfuggire come, paradossalmente, la problematica delle incompatibilità sia esplosa anche a causa della pervasività del ruolo via via assunto da un giudice sempre più *ad processum*.

Ed è significativo, a questo proposito, che oggi il legislatore, per cercare di recuperare aspetti di terzietà che si ritengono persi, pensi di sottrarre al giudice incaricato «dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari e per l'udienza preliminare» alcune sue specifiche e caratterizzanti competenze¹⁷.

Un auspicabile divorzio tra Gip e Gup

A parte le prospettive riformatrici di lungo periodo, queste riflessioni oggi potrebbero indurre quantomeno a discutere dell'opportunità di mantenere unitaria la sezione dei giudici «incaricati dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase

delle indagini preliminari» e di quelli designati per «l'udienza preliminare» e, soprattutto, della possibilità di accorpate questi ultimi, invece che in una sezione unitaria con i primi, alla sezione dibattimentale¹⁸.

Questione che può essere posta all'ordine del giorno in occasione dell'elaborazione, che è in corso da parte del CSM, della *Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2012/2014*.

Sul punto il CSM, nel tempo, ha adottato soluzioni diverse.

Con la *Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il biennio 2002/2003*¹⁹, al punto 21.7 era specificato che non è imposto da alcuna norma che «ai fini dell'organizzazione della sezione g.i.p./g.u.p., le funzioni di giudice per le indagini preliminari debbano essere separate dalle funzioni di giudice per l'udienza preliminare»²⁰; tuttavia, la previsione non escludeva espressamente quella possibilità, già operata in effetti in alcuni uffici²¹.

¹⁶ Fermo che, ad esempio, per l'incidente giurisdizionale più tipico, costituito dallo svolgimento dell'incidente probatorio, è espressamente escluso che produca l'incompatibilità a svolgere il giudizio.

¹⁷ Con il d.d.l. n. 1415-A, approvato dalla Camera dei deputati, si è proposta una modifica dell'art. 267 c.p.p. che pone in capo al tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, che decide in composizione collegiale, la competenza ad autorizzare le intercettazioni telefoniche. Una norma già introdotta, seppure in via straordinaria e transitoria, con il d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito, con modificazioni, nella l. 14 luglio 2008, n. 123, dedicato alle *Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania*, che all'art. 3, comma 2, prevedeva la competenza ad adottare misure cautelari da parte del «tribunale in composizione collegiale». È, peraltro, estremamente significativo che l'attuazione tabellare di quella norma fu realizzata prevedendo un organo collegiale composto da magistrati appartenenti alla sezione g.i.p.: ossia un g.i.p. collegiale. Con ciò, a parere di scrive, aggirando il senso della previsione, che non era solo di introdurre la collegialità, ma di sottrarre la competenza all'ufficio g.i.p., spostandola sul tribunale collegiale.

¹⁸ Segnalava l'opportunità di un confronto su questo punto Chiavario, *Dall'istruzione formale al controllo sulle indagini preliminari: la figura e il ruolo del giudice per le indagini preliminari nella transizione al modello di tipo accusatorio*, relazione tenuta in data 8.2.2010 al Corso di aggiornamento sul medesimo tema organizzato dal CSM, reperibile all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/18843.pdf>.

¹⁹ Circolare n. P-24710/2001 del 21 dicembre 2001 - Deliberazioni del 12 e del 20 dicembre 2001.

²⁰ Il CSM più precisamente si fa carico di chiarire che quella separazione non è imposta dalla disposizione di cui all'art. 8 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4.

²¹ Tanto che nella stessa circolare è previsto come titolo preferenziale per l'assegnazione alla sezione g.i.p./g.u.p. anche il pregresso svolgimento di funzioni di giudice dell'udienza preliminare (punto 21.4), mentre le stes-

Con la successiva circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il biennio 2004-2005, venne formalizzato (al punto 23.12) che «la sezione del giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare può essere articolata, a seconda delle dimensioni e dell'organizzazione del tribunale, componendo o meno la sezione con ruoli separati per le funzioni del giudice per le indagini preliminari e quelle del giudice dell'udienza preliminare e prevedendo, eventualmente, posizioni di reciproca supplenza»; pur con l'aggiunta (23.13) che «nell'ipotesi in cui siano previsti ruoli separati, nella proposta tabellare dovranno essere previste forme di rotazione predeterminata».

Una soluzione che, invece, è stata in seguito totalmente abbandonata con la Circolare ad oggi vigente sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2009/2011²² la quale, al punto

26.5, ha statuito che «la sezione o l'ufficio del giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare non può essere articolata componendo la sezione o l'ufficio con ruoli separati per le funzioni del giudice per le indagini preliminari e quelle del giudice dell'udienza preliminare»²³.

Una soluzione fondata sull'assunta unicità delle funzioni di giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare, che forse andrebbe verificata nella sua bontà, potendo anche non essere irragionevole concludere, invece, che oggi si tratta in realtà di due attività diverse e che quella di giudice per l'udienza preliminare – per il concentrarsi in essa di vere e proprie funzioni di giudizio²⁴, sia di tipo prognostico²⁵ che effettivo – debba essere maggiormente avvicinato alle funzioni di giudice del dibattimento²⁶.

D'altra parte, indici normativi in questo senso emergono ormai dalle norme succedu-

so legislatore con la l. 1 marzo 2001, n. 63, all'art. 24, parimenti riconosceva la stessa cosa, integrando l'art. 7-bis, comma 2-bis, del r.d. n. 12 del 1941, aggiungendo, ai fini dei presupposti per l'assegnazione alle sezioni g.i.p./g.u.p. che «le funzioni di giudice dell'udienza preliminare sono equiparate a quelle di giudice del dibattimento».

²² Circolare P. 21241 del 1° agosto 2008 - Delibera del 17 luglio 2008 e succ. mod. al 21 gennaio 2010. Mentre ancora con il *Regolamento in materia di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio alla luce della modifica introdotta dal Decreto Legislativo 160 del 30 gennaio 2006 come modificato dalla Legge 30 luglio 2007, n. 111*, deliberato il 13 marzo 2008 era previsto anche il caso di funzioni g.u.p. o g.i.p. svolte in via esclusiva.

²³ Soluzione ribadita nella risposta a quesito del 5 novembre 2008, allorché il CSM ha precisato che non vi è «alcuna possibilità di deroga al principio di osmosi tra le funzioni GIP e quelle GUP, che deve intendersi funzionale ed assicurare il miglior esercizio della complessa funzione giurisdizionale affidata ai magistrati delle Sezioni o degli Uffici GIP/GUP». Peraltro, con altra risposta a quesito del 28 luglio 2009, una deroga è stata ammessa dal CSM per i Tribunali per i minorenni, con argomentazioni, in realtà, esportabili in tutti gli uffici di minori dimensioni, essendo fondate sull'assunto che le dimensioni ridotte dei Tribunali per i minorenni rende frequente il concretarsi di incompatibilità, che impongono l'applicazione a svolgere le funzioni di giudice per l'udienza preliminare di giudici provenienti da altri uffici. E, difatti, altra deroga è stata, infine, consentita con la Risposta a quesito del 23 febbraio 2011, ammettendo la possibilità di ruoli distinti tra g.i.p. e g.u.p. rispetto a Tribunali di piccole dimensioni e, per di più, con scoperture rilevanti o con presenza nell'organico di magistrati che non possono svolgere le funzioni di g.i.p. o g.u.p. Ambedue queste deroghe ora pare che stiano confluendo nella nuova Circolare per le tabelle 2012/2014.

²⁴ V. anche C. cost., sent. 4 luglio 2001 n. 224, *Giur. cost.*, 2001, 1955.

²⁵ E per prognostico non si intende solo la valutazione relativa al rinvio a giudizio, ma anche circa la completezza del materiale investigativo.

²⁶ Con risultati probabilmente apprezzabili anche in relazione agli esiti più propriamente decisori, con particolare riferimento al trattamento sanzionatorio.

tesi in materia, a cominciare dall'art. 34, comma 2-bis, c.p.p. che prevede una radicale incompatibilità tra le due funzioni, a prescindere dall'adozione di provvedimenti pregiudicanti, esattamente com'è per l'incompatibilità tra giudice per le indagini preliminari e giudice del dibattimento.

Si vedano poi l'art. 7-bis, comma 2-bis, del r.d. n. 12 del 1941, che equipara le funzioni di giudice per l'udienza preliminare a quelle di giudice del dibattimento, e l'art. 7-bis, comma 3-bis, del r.d. n. 12 del 1941, il quale nel fissare un termine massimo di permanenza nelle funzioni espressamente utilizza una locuzione che pare disgiungere le due funzioni, prevedendo che il limite temporale valga per «il giudice incaricato dei provvedimenti previsti per la fase delle indagini preliminari *nonché* per il giudice dell'udienza preliminare»²⁷.

Peraltro, proprio la norma che introdusse un termine massimo per la permanenza nell'incarico di giudice per le indagini prelimi-

nari e dell'udienza preliminare²⁸, nel dettare le norme transitorie, sia nella versione originaria che nella successiva²⁹, utilizzava ancora una volta una formula disgiuntiva nell'elencare i giudici incaricati dei provvedimenti previsti per la fase delle indagini preliminari "o" i giudici dell'udienza preliminare.

Naturalmente, sono stati tratteggiati solo alcuni punti, essendo il discorso più complesso; così come ulteriori aspetti pertinenti alle norme organizzative delle funzioni del giudice per le indagini preliminari o del giudice dell'udienza preliminare meriterebbero di essere analizzati. Ne esce rafforzata la convinzione che le regole ordinamentali, apparentemente anche di semplice attuazione, spesso producono effetti maggiori di più ardue riforme della procedura. Specularmente, è assai ingenuo pensare che un modello processuale delineato dal legislatore sia immune dall'assetto dell'organizzazione giudiziaria che, anzi, lo condiziona e, talvolta, lo gabella a sua immagine e somiglianza.

²⁷ Con locuzione identica utilizzata anche nel comma 2-bis che precede. Per vero al riguardo il CSM nel Regolamento 13 marzo 2008 sui termini di permanenza massima nel medesimo incarico, ha sottolineato che anche nei casi - consentiti nella vigenza della precedente Circolare 2006-2007 - di funzioni GIP/GUP esercitate disgiuntamente, "... non sarà possibile rimuovere le condizioni di superamento del termine massimo transitando da una funzione all'altra, trattandosi sostanzialmente di diverse articolazioni delle medesime funzioni".

²⁸ L'art. 57 l. 16 dicembre 1999, n. 479.

²⁹ Il comma 3 venne sostituito dall'art. 1, l. 27 febbraio 2002, n. 31, e, successivamente, modificato dall'art. 2, comma 28, della l. n. 150 del 2005.

ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS



ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale - Università di Roma Tor Vergata

La deriva scienziata dell'accertamento penale

The scientific drift of criminal inquiry

Si parla molto della prova scientifica, dalle prime indagini alla valutazione del fatto; ci si preoccupa che il risultato fondato sul sapere specialistico sia massimamente accettabile, inneggiando alla falsificabilità delle teorie proposte e alla presenza di protocolli tecnici affidabili. Ma il punto nodale è altrove: sta nell'evitare che un nuovo positivismo giudiziario consegna alla scienza il dominio sul processo penale, ignorandone le regole.

Scientific evidence is a very controversial issue, from the first investigations to the assessment of the fact; there is a creeping concern that the result based on specialist know-how should be utmost acceptable, invoking the possibility to counterfeit the proposed theories and the existence of reliable protocols. But the crucial point is elsewhere: namely, preventing new judicial positivism from conferring the primacy onto criminal process to science, while ignoring its rules.

Scienza e processo

Il dilagante impiego di nuove tecniche, il ricorso a macchinari sempre più sofisticati e la rapida circolazione di ipotesi ad alto tasso razionale, generano frequenti iniezioni del sapere scientifico nel tessuto processuale, già a partire dalla fase investigativa

La materia, ghiotta al punto di consigliarne uno sfruttamento cinematografico, qui induce a riflettere (*sicut illo tempore*) sui rapporti tra accertamento giudiziario e scienza, non senza ipotizzare una conseguente messa a punto delle categorie esistenti, incluse le interrelazioni tra indagine e prova: la repentina evoluzione tecnologica, dalla fulminante efficacia pratica, è capace di arrugginire rapida-

mente l'arsenale nozionistico del processualista, costringendolo a rivedere gli schemi.

Tuttavia, l'ammiccante novità nasconde molte insidie, più di quante se ne scorgano a prima vista.

Il discorso potrebbe cominciare da lontano, scivolando lungo la compatibilità tra tecniche intrusive e libertà della persona e affrontando l'interrogativo del se l'imputato può legittimamente essere costretto a diventare oggetto di prova *contra se*. È capitato - nelle avanzate corti statunitensi - che immagini del cervello umano, captate coattivamente attraverso macchine, abbiano pesato sulla valutazione relativa all'aggressività dell'imputato provocando talune conseguenze sul giu-

dizio di colpevolezza¹. Per ora, nell'Europa continentale, indagini del genere sembrano sconsigliate dall'imperscrutabilità scientifica del "foro psichico", gelosamente custodito anche dalla Corte europea dei diritti umani; ma non è possibile escludere che le cose cambino nell'immediato futuro.

Al fondo, indipendentemente da quanto appena detto, emerge un interrogativo cruciale: quali sono le tinte che assume l'accertamento giudiziario quando è pervaso da un'elevata fiducia dei mezzi tecnico-scientifici?

Peraltro, l'uso dei moderni ritrovati spinge a riaprire – con effetto domino – fascicoli polverosi, riscoprendo vicende vecchie di 25 anni; ed essendo taluni delitti imprescrittibili, niente vieta viaggi a ritroso più lunghi, fin tanto che l'imputato viva. Si tratta di iniziative impensabili fino a poco fa, che rivelano una straordinaria vocazione taumaturgica dell'indagine scientifica, nuovo toccasana delle inevitabili incertezze insite nell'accertamento giudiziario: le verifiche sul fatto vengono consegnate nelle mani del progresso e il risultato assume un valore ineluttabile.

Animato dall'esigenza di svelare verità inaccessibili al profano, l'elogio della prova scientifica occulta un nuovo positivismo giudiziario, dove macchine infallibili e teorie rigorose hanno il compito di fotografare tracce e desumere fatti, come nelle indagini condotte in laboratorio; sotto abiti meno rozzi, si cela l'eterno ritorno dell'idea che vorrebbe trasformare i protagonisti del processo in esperti dal camice bianco, capaci di analizzare dati e formulare tesi.

Si obietterà che le cose sono molto cambiate rispetto alle versioni originarie di quel pensiero: oggi, tutti sanno come la scienza non si prefigga obbiettivi assoluti, le teorie scientifiche siano falsificabili e durino fintanto che qualcuno non le mette in crisi. L'argomento serve a dire che, se la scienza si ammanta della relatività, ad essa ci si può affidare per fronteggiare le opzioni cognitivo-giudiziarie, senza il rischio di derive assolutistiche.

Ma il ragionamento rasserena poco, perché non modifica la prospettiva secondo cui il contributo scientifico tende a dominare la giurisdizione. Il punto di partenza è speculare: il processo non è il "luogo" destinato a spiegare gli eventi, semmai è il teatro in cui devono essere rappresentati fatti giuridici così come allegati dalle parti, in base alle rispettive pretese; l'intervento del "terzo" è uno strumento sociale imprescindibile, che mira a ricomporre un conflitto, vivendo esso stesso dentro le norme, dove ciascuno assume un ruolo sulla base di un canovaccio scritto dal legislatore². La conclusione giudiziaria rappresenta una "verità" che nasce da un percorso in cui ciascuno fa la sua parte *secundum legem*; lì, lo strumento scientifico può assumere un rilievo funzionale sempre che non operi liberamente, secondo propri statuti, ma si inserisca e si adegui all'itinerario processuale scandito da un preciso ordine. L'affidabilità del risultato giudiziario non sta tanto nella purezza delle teorie (o delle tecniche) impiegate per rilevare dati ed esaminarli, quanto nel rispetto delle regole, delle quali è spiccatamente intriso il procedimento probatorio.

¹ Le potenzialità della neuroscienza sull'accertamento giudiziario sono state recentemente tracciate da Caprao, *Problematiche relative al diritto processuale penale*, AA.VV., *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, 253 ss.

² Cfr. Corradini Broussard, *Quali immagini soavi? La contesa*, Pisa, 2006, 25 ss.

Se si accede alla prospettiva in base alla quale la soluzione di una controversia persegue obiettivi che coincidono con la meccanica spiegazione degli eventi, si cede alla tentazione di pensare che la ricerca scientifica debba condizionare l'accertamento giudiziario, trasformandolo nuovamente in un formidabile strumento materialistico per la ricostruzione *de rerum natura*; si delinea un modello di neoinquisizione positivista dove, grazie all'affidabilità del progresso, si punta a fotografare, ora per allora, gli accidenti della storia.

Dai molti ed acuti rilievi svolti sul fenomeno della c.d. prova scientifica, risulta la consapevolezza dei rischi connessi al suo impiego e alla irragionevolezza di certe conclusioni; e così, i moniti sono volti ad evitare che nel processo entri la "cattiva scienza" (sollecitando l'enunciazione di *best practices*), ci si rivolga ad esperti poco attrezzati, il giudice si appiattisca sui risultati del perito, e così via³.

Ma il nodo cruciale si staglia "a monte" delle osservazioni relative alle cautele circa l'affidabilità del risultato probatorio e concerne la sottostima del ruolo che assume l'accertamento giudiziario in una comunità laica: nella logica *d'antan*, oggi riapparsa sotto le spoglie della "scienza relativa", il pericolo è che il processo perda la connotazione di mezzo per ricucire l'ordine giuridico e diventi, tramite una rinnovata tensione fideistica, uno strumento tecnocratico, dove gli esperti guidano l'accertamento verso un risultato scientificamente accettabile.

Ordo criminalis e prova scientifica

Non si nega che l'apporto delle modernità sia utile a dipanare la vicenda giudiziaria, contribuendo a rappresentare i fatti descritti dalle parti; ma la priorità, a prescindere dall'affidabilità delle teorie scientifiche, sta nelle regole mediante le quali matura il percorso decisorio, le cui tappe sono frutto di una sintesi legislativa che media tra gli interessi in gioco. Ciò che sta fuori dalle regole, insomma, sta fuori dall'accertamento giudiziario. Per esemplificare, ecco una possibile equazione: se il risultato dell'intercettazione illegittima non è utilizzabile – anche se contiene circostanziate ammissioni dell'imputato – quando il pubblico ministero non ha motivato il decreto che ordina il compimento delle operazioni fuori dall'ufficio giudiziario, così la difformità dal modello delle condotte investigative dovrebbe influire sulla spendibilità del prodotto finale, a prescindere dal preteso rigore scientifico della verifica.

Ma le cose non stanno così. Innanzitutto, la prassi tende a svalutare il dato normativo che accompagna la formazione della c.d. prova scientifica, metabolizzando tutto quanto capita sotto gli occhi del giudice; domina l'idea che la scienza (o la tecnica) sia "neutra" e mal sopporti i lacci che vincolano al *quomodo* giuridico la gestione della prova. Poi, è lo stesso legislatore – forse colto di sorpresa dinanzi all'impeto del fenomeno – a non approntare regole adeguate in questo delicato settore; cosicché, il ridotto tasso di legalità è destinato ad alimentare

³ Da ultimo, la densa ricostruzione di Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 263 ss.

l'asimmetria tra l'invasione del sapere scientifico e la tenuta dell'ordine processuale.

Esistono perlomeno tre aree nelle quali il reticolo positivo non è in grado di contenere l'ipertrofia della c.d. prova scientifica: l'eterodosso impiego della perizia, i solitari "rilievi" di polizia, l'abuso della "testimoniaza tecnica".

"Terzietà" della perizia

Stando alla prassi, il ricorso alla perizia non è affare delle parti⁴; se il giudice ritiene, la dispone, quasi che la prova capace di maneggiare dati scientifici dipenda solo da lui. In chiave di contrappeso, si legge che alla parte basta introdurre cognizioni specialistiche tramite un suo esperto; ma è un'aspettativa debole, considerando che l'intero procedimento peritale, a differenza dell'attività svolta dal consulente, è astrattamente assistito da un principio dialettico, permettendo una formazione progressiva del risultato nella tendenziale pluralità degli apporti. La menzionata scelta interpretativa si fonda su un'idea sconcertante, secondo cui la perizia sarebbe prova neutra, immune dalle prospettive di parte; come se esistesse un risultato asettico, diverso da quello cui tendono i contendenti del processo, attingibile solo attraverso l'intervento, altrettanto neutro, del giudice. Si intuisce il predominio del principio autoritario, che tende a limitare il diritto alla prova e ad appannare le potenzialità del contraddittorio sulle questioni scientifiche.

Nell'ottica di neutralità della perizia, anche il *corpus* positivo è refrattario ad ogni protocollo operativo, fatta salva la possibilità

di intervenire alle operazioni tramite difensori e consulenti; l'esperto, al di là delle disposizioni date dal giudice per casi particolari alle quali deve attenersi, ha piena libertà di forme nell'eseguire l'accertamento. Il legislatore si è di recente preoccupato di riempire un vuoto aperto dalla Corte costituzionale in ordine all'uso della forza nei confronti del soggetto che rifiuti di sottoporsi all'indagine; la questione attiene alla tutela della libertà personale, laddove impone la doppia riserva per l'ipotesi di interventi coattivi. Per il resto, è aperta ogni soluzione tecnico-procedurale, a scelta del perito.

A ben vedere, l'arretratezza legislativa è tale che, né la designazione dell'esperto, né le metodiche scientifiche da lui proposte si sottopongono al contraddittorio, sfuggendo alle parti ogni verifica preventiva che, invece, discende interamente "dall'alto".

D'altro canto, l'idea della perizia come prova del "terzo" è confermata dal giuramento del perito: egli si impegna a svolgere il suo ruolo non avendo altro scopo "che non quello di far conoscere la verità"; ancorata all'idea che il suo contributo abbia carattere oggettivo, la dimensione superindividuale dell'esperto rivela le perduranti tracce del positivismo giudiziario, passate indenni dal codice abrogato a quello attuale.

Investigazione a scarso livello di determinatezza

Altro rilevante settore in cui l'apporto tecnico-scientifico domina l'accertamento giudiziario è quello delle operazioni di polizia; qui la scena del crimine è soggetta ad un'intrusione devastante, tramite metodiche e

⁴ Per un'efficace sintesi del problema e delle sue implicazioni, Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 364 ss.

macchinari impensabili sino a poco fa. La tradizionale distinzione tra “rilievi” e “accertamenti” – già messa in crisi da un *tertium genus* a basso quoziente di determinatezza (le “operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche”, art. 348, comma 4, c.p.p.) – smarrisce la sua linea di confine: è innegabile come anche il metodo della captazione dei dati (il semplice rilievo), ancor prima dell’analisi da compiere sul dato medesimo, condizioni l’intera procedura di valutazione e, dunque, il risultato finale. Senza trascurare il rischio di manomissione sulla materia che, una volta intervenuta, provoca derive ricostruttive non recuperabili.

En pendant, si registra la mancanza di accurate scelte legislative sulle condizioni che autorizzano l’esercizio del potere acquisitivo, tra polizia giudiziaria e pubblico ministero. Risultano confini poco scanditi tra rilievi urgenti (art. 354 c.p.p.) e accertamenti tecnici non ripetibili condotti dal magistrato, dove niente esclude che la valutazione del prodotto deperibile sia preceduta dalla raccolta indifferibile di dati; eppure, lo *standard* difensivo tra i due strumenti è notevolmente differenziato.

Ancora, manca del tutto l’accento sulle procedure da seguire per l’acquisizione e la conservazione degli elementi, salvo un blando richiamo a tali esigenze nella disciplina del c.d. sequestro informatico (art. 254 *bis* c.p.p.) e della banca dati genetica. Invece, l’argomento sul quale andrebbe misurata la tenuta della prova tecnica sta nella qualità delle regole che fissano i protocolli operativi, rappresentando il *prius* ineludibile per evitare che la scienza trasformi il processo in un

veicolo per affermare la sua libertà.

La prassi accentua tale rischio⁵; tende a proteggere il dato acquisito con mezzi tecnologici, anche quando è stata elusa qualche garanzia difensiva, e allarga l’ambito più tradizionale dell’irripetibilità. Si pensa erroneamente che la dispersione processuale dell’apporto scientifico non abbia alcuna ragion d’essere, trattandosi di un aspetto neutro sul quale l’intervento della parte non influisce in termini di risultato finale.

Sapere specialistico e testimonianza

A discapito della legalità si colloca il frequente impiego della “testimonianza tecnica”, ovvero la possibilità che la fonte competente riferisca “apprezzamenti personali” quando essi siano inscindibili dai fatti che racconta (art. 194, comma 3, c.p.p.). Il caso più frequente è quello dell’esperto di polizia, il quale riferisce sulle indagini svolte; è sin troppo evidente come allo specialista basti semplicemente usare il linguaggio di settore perché la sua deposizione implichi una pluralità di giudizi tecnici.

Peraltro, l’esperienza mostra molte aperture al riguardo, introducendosi di conoscenze tecnico-scientifiche attraverso l’esame del testimone specializzato. Non sfugge la caratteristica di questo soggetto di prova: egli giura di non mentire anche quando riferisce suoi “apprezzamenti” tecnici, con intuibili implicazioni circa la ricorrente idea di verità dell’apporto scientifico; naturalmente, è un modo surrettizio per approvvigionarsi della conoscenza specialistica, aggirando i canoni della prova per esperti (perizia, consulenza), in cui le incompatibilità

⁵ Si veda il quadro esposto da Lorusso, *L’esame della scena*, cit., 264 ss.

soggettive, le cadenze operative, le tecniche dell'esame e l'oggetto della valutazione sono affatto diverse rispetto a quelle concernenti la testimonianza⁶.

Dialettica debole

Al difetto di legalità si abbina, come in una miscela esplosiva, l'incapacità del contraddittorio di dominare il campo della prova scientifica; del resto se, in linea di fondo, la scienza è considerata neutrale, la sua chiamata in causa indebolisce le parti, spingendole ai margini della vicenda giudiziaria.

Il fenomeno lo abbiamo già visto a proposito della perizia, sia in termini di iniziativa, sia sul piano della conduzione autoritaria della procedura probatoria. Ma il valore delle garanzie partecipative flette già a partire dalle investigazioni scientifiche d'accusa, potenziali rivelatrici di fatti eppure prive di un effettivo contributo dei contro-interessati; questi le subiscono, il più delle volte, senza riuscire a confezionare una simmetrica indagine: la modifica dello stato dei luoghi a causa del primo intervento, la non immediata facoltà di accesso sulla scena del crimine con propri esperti e il diffuso sospetto che qualcuno manipoli (anche inconsapevole) le tracce, depaupera le facoltà riconosciute dalla legge per contrastare efficacemente l'opera tecnica diretta da pubblico ministero e dai suoi ausiliari.

Naturalmente, per quanto non privo di tutele partecipative, non soddisfa la possibilità d'intervenire durante accertamento tecnico irripetibile disciplinato dall'art. 360 c.p.p.; il ruolo delle parti private è relegato alla formulazione di osservazioni e riserve nono-

stante i risultati siano destinati a confluire nel fascicolo del dibattimento; il divario tra accusa e difesa, peraltro, si accentua se la procedura tecnica distrugge l'oggetto materiale della verifica, impedendo la ripetizione dell'atto.

In definitiva, la logica della "non dispersione" è granitica quando entra in gioco la c.d. prova scientifica; mentre il contraddittorio diventa una fragile misura postuma, da impiegare a cose fatte, allorché si tratta di decidere se un certo risultato è spendibile e come.

Stando così le cose, nemmeno il ricorso al modello contemplato dall'art. 189 c.p.p. rimedierebbe alle enunciate *defaillances*; la struttura della prova atipica presuppone che le parti si confrontino prima, in vista di quanto si intende assumere, e non dopo, in funzione della spendibilità di dati acquisiti unilateralmente. Senza considerare che la detta disciplina potrebbe essere impiegata solo quando si tratta di procedure acquisitive inedite, cosa che, allo stato, è difficilmente ipotizzabile, visto che il difetto di determinatezza sul *quomodo* consente di impiegare la disciplina vigente come un contenitore utile per ogni evenienza.

De jure condendo

Se l'ipertrofia della c.d. prova scientifica, mortificando legalità e contraddittorio, rappresenta una deriva che travolge la fisionomia dell'accertamento giudiziario, occorre un intervento legislativo che riconduca l'impiego delle modernità nell'ambito di regole salde, capaci di restituire al processo il ruolo proprio di regolata composizione di un conflitto.

⁶ In argomento, anche per un'interessante disamina dell'esperienza statunitense, Miucci, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, 92 ss.

Ed ecco qualche proposta in pillole che, naturalmente, merita approfondimento.

In primis, l'estensione del contraddittorio sin dalle prime indagini, dominato dal giudice, aperto alla partecipazione dei consulenti e collocato nelle verifiche irripetibili o non rinviabili. In secondo luogo, la previsione, nell'ipotesi di perizia, di un confronto dialettico sulla qualità dell'esperto e sull'affidabilità del metodo scientifico, in-

clusi i profili concernenti le procedure di rilevamento dei dati. Inoltre, la stesura normativa di *guide-lines* che statuiscono le modalità dell'acquisizione, anche richiamando o recependo protocolli operativi improntati alle migliori pratiche. Infine, la precisazione che, in riferimento all'intervento tecnico-scientifico, la violazione delle procedure influisce sulla spendibilità del risultato probatorio.

AUTORI / AUTHORS

Laura Capraro

Astensione e ricusazione: sempre sindacabile la scelta “interinale” sull’efficacia degli atti compiuti dallo *iudex suspectus* / “Disqualification” and “recusation”: *the “temporary” decision on the proceedings of the iudex suspectus can always be questionable* 62

Donatella Curtotti

Corte costituzionale 34

Alessandro Diddi

Il “fattore tempo” nella valutazione degli elementi necessari al mantenimento della misura cautelare / *The “time element” in the appraisal of the factors essential to keep the preventive detention* 102

Ada Famiglietti

Nuova prova scientifica e giudizio di revisione / *New scientific evidence and revision judgment* 127

Paola Maggio

Sezioni Unite 38

Con la “litispendenza cautelare” le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero / *With “precautionary litispendenza” the joined sections intervene in the index of exclusions at the initiative of the Public Prosecutor* 82

Renzo Orlandi

Principio di preclusione e processo penale / *The principle of “estoppel” and criminal trial* 1

Luca Perri

Corti europee / *European Courts* 28

Giorgio Piziali

Il processo e l’organizzazione: questioni sull’ufficio del giudice per le indagini preliminari / *Criminal proceeding and organization: the preliminary judge bureau* 136

Nicola Russo

Novità legislative interne / *National Legislative News* 12

Gioia Sambuco

De jure condendo 19

Adolfo ScalfatiLa deriva scienziata dell'accertamento penale/*The scientific drift of criminal inquiry* 144**Guido Sola**La nomina del difensore di fiducia tra libertà formali codificate e rigorismi giurisprudenziali/*The appointment as hired counsel between formally codified liberties and jurisprudential rigorisms* 112**Elena Zanetti**Novità sovranazionali/*Supranational News* 15**PROVVEDIMENTI / MEASURES***Corte costituzionale*sentenza 22 luglio 2011, n. 231 35
sentenza 22 luglio 2011, n. 233 34*Corte di cassazione - Sezioni Unite penali*sentenza 1° marzo 2011, n. 7931 69
sentenza 31 marzo 2011, n. 16085 93
sentenza 5 aprile 2011, n. 13626 52
sentenza 24 maggio 2011, n. 20798 48
sentenza 1° giugno 2011, n. 22242 39
sentenza 9 giugno 2011, n. 42
sentenza 13 luglio 2011, n. 27361 43
sentenza 13 luglio 2011, n. 27610 48
sentenza 14 luglio 2011, n. 27918 38
sentenza 14 luglio 2011, n. 27919 46*Corte di cassazione - Sezioni semplici*Sezione III, sentenza 10 febbraio 2011, n. 115 109
Sezione I, sentenza 13 aprile 2011, n. 15139 123*Corte europea dei diritti dell'uomo*24 maggio 2011, "Association 21 decembre 1989" c. Romania 29
7 giugno 2011, Hadzic e Suljic c. Bosnia Erzegovina 30
14 giugno 2011, Movsayevi c. Russia 28
7 luglio 2011, Al-Jedda c. Regno Unito 32
7 luglio 2011, Al-Skeini e Altri c. Regno Unito 32*Atti sovranazionali*Rapporto di conformità sul primo e secondo ciclo di valutazione congiunti relativo all'Italia di GRECO, 51^a riunione plenaria (Strasburgo 23-27 maggio 2011) 15

Norme interne

Legge 21 aprile 2011, n 62 «*Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*» 12

De jure condendo

Schema di decreto legislativo concernente il «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*» 19

Disegno di legge S 2785 «*Modifiche agli articoli 117 e 371-bis c.p.p. in materia di poteri di coordinamento del procuratore nazionale antimafia*» 25

Disegno di legge C 4310 «*Modifica all'art. 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per ingiusta detenzione*» 27

MATERIE / TOPICS**Appello**

• *omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale d'appello ad uno dei due difensori*
Cass., sez. un., 1° giugno 2011, n. 22242 39

Condizioni di procedibilità

• *querela*
Cass., sez. un., 13 luglio 2011, n. 27610 48

Dibattimento

• *letture*
dichiarazioni rese da persona residente all'estero
Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918 38

Difesa e difensori

Valida la nomina del difensore a mezzo fax se è garantita la provenienza
(Cass., sez. III, 10 febbraio 2011, n. 115), con nota di Guido Sola 109

Giudice

• *astensione e ricusazione*
L'inefficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato non esclude un successivo sindacato in chiave di recupero probatorio (Cass., sez. un., 5 aprile 2011, n 13626), con nota di Laura Capraro 52
Cass., sez. un., 9 giugno 2011, n. 23122 42

Indagini preliminari

• *coordinamento*
Disegno di legge S 2785 «*Modifiche agli articoli 117 e 371-bis c.p.p. in materia di poteri di coordinamento del procuratore nazionale antimafia*» 25

Mezzi di ricerca della prova• *intercettazioni*

Corte e.d.u., 24 maggio 2011, "Association 21 decembre 1989" c. Romania 29

Misure cautelari personali• *computo dei termini*

C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233 34

La durata della custodia cautelare pari a due terzi della pena inflitta non autorizza l'automatica cessazione della misura (Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085), con nota di Alessandro Diddi 93

• *sospensione dei termini (e redazione della sentenza)*

Cass., sez. un., 13 luglio 2011, n. 27361 43

• *criteri di scelta*

C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231 35

• *impugnazioni**litispendenza*

Le Sezioni Unite e la litispendenza cautelare (Cass., sez. un., 1° marzo 2011, n. 7931), con nota di Paola Maggio 69

• *infermi di mente*

Corte e.d.u., 7 giugno 2011, Hadzic e Suljic c. Bosnia Erzegovina 30

Ordinamento penitenziario• *detenute madri*

Legge 21 aprile 2011, n. 62 «Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori» 12

Processo penale• *principi*Principio di preclusione e processo penale/*The principle of "estoppel" and criminal trial*, di Renzo Orlandi 1• *organizzazione degli uffici*Il processo e l'organizzazione: questioni sull'ufficio del giudice per le indagini preliminari/*Criminal proceeding and organization: the preliminary judge bureau*, di Giorgio Piziali 136• *successione di leggi processuali (e libertà personale)*

Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 27919 46

• *violazione dei diritti fondamentali*

Corte e.d.u., 7 luglio 2011, Al-Jedda c. Regno Unito 32

Corte e.d.u., 7 luglio 2011, Al-Skeini e Altri c. Regno Unito 32

Corte e.d.u., 14 giugno 2011, Moysayevi c. Russia 28

Prova

• *prova scientifica*

La deriva scientifica dell'accertamento penale/*The scientific drift of criminal inquiry*, di Adolfo Scalfati 144

anche: **Revisione**

Recliva

Cass., sez. un., 24 maggio 2011, n. 20798 48

Revisione

Nell'ipotesi di nuovo metodo scientifico, è ammissibile l'istanza di revisione
(*Cass., sez. I, 13 aprile 2011, n. 15139*), con nota di Ada Famiglietti 123

Riparazione per ingiusta detenzione

Disegno di legge C 4310 «*Modifica all'art. 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per ingiusta detenzione*» 27

Sicurezza pubblica

• *criminalità organizzata*

Schema di decreto legislativo concernente il «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*» 19

Finito di stampare nel mese di settembre 2011
con tecnologia *print on demand*
presso il Centro Stampa "Nuova Cultura"
p.le Aldo Moro, 5 - 00185 Roma
www.nuovacultura.it
per ordini: ordini@nuovacultura.it

[Int_9788861347113_04]